

El art. 417 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano y la presunción de inocencia (a la luz de la doctrina alemana)

Javier Llobet Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

En el ámbito latinoamericano en general se considera que, como consecuencia de la presunción de inocencia¹, las causales de prisión preventiva solo pueden perseguir finalidades de aseguramiento procesal y no funciones de carácter penal². Ello no ha sido obstáculo para que algunos autores que propugnan que la prisión preventiva solo pueda dictarse con base en causales de naturaleza procesal, acepten

* Secretario de la Sala de Casación Penal de Costa Rica y Magister de la Universidad de Friburgo (Alemania).

¹ Art. 29 de la Constitución colombiana; art. 2° del C. de P. P. colombiano; art. 8° inciso 2° de la Conv. Am. D. H.

² Cfr. ALFREDO VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. 1, Argentina, 1969, pág. 325; ABALOS, *Código Procesal Penal de Mendoza*, t. 1, Argentina, 1982, pág. 6.; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. 1 b., Argentina, págs. 252-289; Ídem, "La reforma al procedimiento penal de Costa Rica", en *Revista Judicial* (Costa Rica), núm. 47, 1989, págs. 278-279; DE LA RÚA/MAIER, "Informe sobre las «Bases completas para orientar en Latinoamérica la unificación en materia procesal penal»", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala*, 1982, pág. 90; CAFFERATA, "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación", en *Excarcelación y eximición de prisión* (Editor: R. Levene), Buenos Aires, 1986, págs. 113; B. MINVIELLE, "La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el enjuiciamiento penal", en *Doctrina Penal* (Argentina), núm. 41, 1988, pág. 92; ABAL, *¿Cuándo disponer la prisión preventiva?*, 1986, pág. 172; F. CRUZ, *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, San José, 1989, págs. 113-120; TORRES, *Derecho procesal penal*, Panamá, 1973, pág. 125; LLOBET, *Código de Procedimientos Penales*, San José, 1991, págs. 306-307; G. VITTELE, "Reforma neuquina en materia de «excarcelación». Ley 1821. Su inconstitucionalidad", en *Doctrina Penal* (Argentina), 1990, págs. 470-471.

como causal de prisión preventiva el peligro de que el imputado continúe su actividad delictiva³. Frente a esta posición se ha pronunciado otro sector de la doctrina, el que ha alegado que la causal de peligro de reiteración quebranta la presunción de inocencia, ya que al perseguir la prevención especial, y no funciones de aseguramiento procesal, se convierte en una pena⁴ o en una medida de seguridad anticipada⁵.

La polémica al respecto ha quedado en el plano doctrinal, ya que en el legislativo la causal de peligro de reiteración se encuentra presente en las diversas legislaciones latinoamericanas⁶. El peligro de reiteración es regulado en Latinoamérica no solo al establecerse en forma directa "el peligro de que el imputado continúe su actividad delictiva", sino también en forma indirecta al contemplarse como causales de prisión preventiva o de denegación de la excarcelación el hecho de que el imputado sea

³ Aceptan el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva: VÉLEZ MARICONDE, *op. cit.*, t. I, pág. 338; J. CLARÍA OLMEDO, *Tratado de derecho procesal penal*, t. v, Argentina 1964, pág. 239; el mismo, "Medidas de coerción personal del imputado. Constitucionalidad de las normas que prohíben o limitan la libertad provisional", en *Cuadernos de los Institutos* (Argentina), núm. 121, 1973, pág. 91; J. BERNAL, "La detención durante el proceso penal", en *Hacia la justicia penal*, Buenos Aires, 1989, pág. 225; G. VILLARROEL, *Código de Procedimientos Penales Anotado*, La Paz, 1987, págs. 284-285; L. LÓPEZ, L. GRAETZER, "La excarcelación", en *La excarcelación y la eximición de prisión* (Editor: R. Levene), 1986, pág. 59; HUACUJA, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, 1989, págs. 100-101. El Tribunal Constitucional costarricense declaró que la causal de peligro de reiteración es conforme a la Constitución. Se basó para ello en que dicha causal persigue la prevención especial, lo que es una función del derecho penal. Tribunal Constitucional, resolución del 2 de junio de 1992. Dicha resolución contradice la función procesal que debe cumplir la prisión preventiva, afirmada por el Tribunal Constitucional costarricense en diversas resoluciones, puesto que se autoriza con base en argumentos propios del derecho penal sustantivo.

⁴ Cfr. J. MAIER, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y situación en el proceso penal*, Argentina, 1981, pág. 84; MINVIELLE, *op. cit.*, pág. 92; A. ABAL, ¿Cuándo disponer la prisión preventiva?, págs. 170-171; el mismo, "Régimen actual de la prisión preventiva", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, pág. 32; el mismo "Régimen de la prisión preventiva a partir de la ley 16058", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1989, págs. 156-157; F. PALACIO, "Captura, detención y libertad del imputado en el nuevo Código de Procedimiento Penales", en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 11, Bogotá, 1972, págs. 29-30; G. VITELE, "Reforma neuquina en materia de excarcelación", Ley 1821. Su inconstitucionalidad", en *Doctrina Penal* (Argentina), 1990, págs. 471-472; F. CRUZ, *op. cit.*, págs. 119-120.

⁵ J. CAFFERATA, *El imputado*, Argentina, 1982, pág. 81; J. LLOBET, *op. cit.*, pág. 320. Desde este punto de vista se hace una semejanza entre la causal de peligro de reiteración y las medidas de seguridad que generalmente se contemplan en la legislación latinoamericana para los delincuentes habituales y profesionales. Paradójicamente en países como Colombia y Costa Rica, en los cuales se eliminaron dichas medidas de seguridad (por vía legal en el primer caso y por vía del control de constitucionalidad de las leyes en el segundo), se sigue contemplando en la legislación procesal penal el peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva o para la denegación de la excarcelación (art. 417, inciso 2°) del C. de P. P. colombiano; arts. 291 y 298 del C. P. P. costarricense. Interesante en lo atinente a Costa Rica es que la misma resolución que declaró inconstitucionales las medidas de seguridad a delincuentes habituales y profesionales, declaró la constitucionalidad del peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva. (Resolución del Tribunal Constitucional del 2 de junio de 1992).

⁶ Sin embargo, el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 no contempla el peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva.

"reincidente", "delincuente habitual" o "profesional", "tenga procesos pendientes", "haya sido excarcelado en otro proceso" o "haya sido condenado con anterioridad". Incluso puede estimarse como causal basada en el peligro de reiteración delictiva aquella contemplada en la legislación brasileña, según la cual se prohíbe la excarcelación cuando se está ante la contravención de vagancia y mendicidad (C. de P. P., art. 323, ap. 2). De esta tendencia a regular al peligro de reiteración como causal para el dictado de la prisión preventiva o de denegación de la excarcelación no escapa la legislación colombiana. Así, el art. 417, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal establece que no se tendrá derecho a la libertad condicional, salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena "cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado existe más de una sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional".

Con el presente trabajo pretendo contribuir a la discusión en el ámbito latinoamericano con respecto a la causal de peligro de reiteración, refiriéndome a las principales discusiones que se han suscitado en Alemania con respecto a su compatibilidad con la presunción de inocencia.

1. REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

La Constitución Federal alemana no contempla en forma expresa la presunción de inocencia. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional [Bundesverfassungsgericht] ha considerado incluida la presunción de inocencia en el principio de Estado de Derecho (Ley Fundamental, art. 20)⁷, y un sector de la doctrina considera que la presunción de inocencia se deduce del principio de respeto a la dignidad humana [Gebot der Achtung der Menschenwürde] (Ley Fundamental art. 1°)⁸. En la Ordenanza Procesal Penal alemana tampoco se prevé expresamente la presunción de inocencia. Sin embargo,

⁷ Cfr. BVerfGE 19, 342 (347); BVerfGE 74, 370; BVerfG NJW 1990, págs. 2741; BVerfG EuGRZ 1992, pág. 122; K. KÜHL, "Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland" (Teil 1), en *ZStW* (Alemania), 1988, págs. 415; H. RÜPING, "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren - Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens", en *ZStW* (Alemania), 1979, pág. 358; el mismo *Strafverfahren*, Alemania, 1983, pág. 68; D. SCHMALZ, *Grundrechte*, Baden Baden, 1991, pág. 283; K. NEHM, "Die Verwirklichung der Grundrechte durch die Gerichte im Prozessrecht und Strafrecht", en *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Werwirkung durch die Gerichte* (Editor: Ministerio Federal de Justicia), Munich, 1990, pág. 197; D. HABERSTHOH, "Unschuldsvermutung und Rechtsfolgeanspruch", en *NZSt* (Alemania), 1984, pág. 290; B. PIEROTH, P. SCHLINK, *Grundrechte Staat*, Heidelberg, 1990, pág. 110; T. STARKE, *Die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach der Strafprozessordnung*, Baden Baden, 1991, págs. 44-45; K. MARKEN, "Medienfreiheit und Unschuldsvermutung", en *GA* (Alemania), 1980, pág. 372; T. LINSS, *Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis*, Gotinga, 1991, pág. 28.

⁸ Cfr. BVerfGE 74, 371; SAX, "Grundsätze der Strafrechtspflege", en *Die Grundrechte* (Compiladores: Bettermann y otros), t. II, Berlin, 1959, pág. 987; SCHORN, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied, 1962, pág. 23; E. ELIBOL, *Die Vermutung der Unschuld im deutschen und türkischen Strafverfahren*, Tubinga, 1965, pág. 64; T. STARKE, *op. cit.*, págs. 44-45; K. MARKEN, "Medien...", pág. 372; T. LINSS, *op. cit.*, págs. 31-33.

dicho principio si fue regulado en las constituciones de diversos Estados de la Federación alemana [Bundesländer]⁹.

Dicho principio se encuentra también expresamente regulado en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6º, ap. 2)¹⁰ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inciso 2)¹¹, ambos ratificados por Alemania Federal.

2. EL PELIGRO DE REITERACIÓN DELICTIVA COMO CAUSAL DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN ALEMANA

La causal de peligro de reiteración delictiva no estaba contemplada inicialmente en la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1877, ya que se quería mantener a esta libre de ideas preventivas¹². Debe reconocerse que algunas legislaciones procesales anteriores a la Ordenanza la habían previsto como causal¹³.

Durante el régimen nazi fue introducida en 1935 como causal de prisión preventiva, pero una vez que se terminó la Segunda Guerra Mundial fue derogada en 1950, ya que se estimó que no era compatible con los principios de un Estado de Derecho¹⁴.

En 1964 fue restablecida como causal de prisión preventiva con respecto a delitos sexuales. Con posterioridad se amplió la posibilidad del dictado de la prisión preventiva con base en dicha causal, siendo posible también con respecto a delitos que, de acuerdo con la experiencia, son cometidos en serie¹⁵.

La causal de peligro de reiteración es regulada por el § 112a OPP: "Existirá también motivo de prisión cuando el inculpado fuera muy fundadamente sospechoso de haber cometido: 1. un hecho según los §§ 44 174, 174a, 176 a 179 del Código Penal, o 2. reiterara o prosiguiera un hecho punible que menoscabara gravemente el

⁹ Bremen (art. 6º, inciso 3); Hessen (art. 20, inciso 2); Saarland (art. 14, inciso 2); Rheinland Pfalz (art. 6º, inciso 3); Berlin (art. 65, inciso 2).

¹⁰ "Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente mientras no se haya probado legalmente su culpabilidad" (Conv. Eur. D. H., art. 6º, ap. 2).

¹¹ "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (Conv. D. Civ. y P., art. 14, inciso 2).

¹² Cfr. PABFFGEN, *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des U-Haftrechts*, Colonia y otros, 1986, pág. 140; J. BAUMANN, "Wird die Untersuchungshaft umfunktioniert?", en *JZ* (Alemania), 1969, pág. 136; H. CORNEL, "Die praxis der Verhängung von Untersuchungshaft und Möglichkeiten, sie durch das Angebot sozialpädagogischer ambulanter Hilfen zu vermeiden oder zu reduzieren", en *MschKrim* (Alemania), 1987, pág. 67.

¹³ Cfr. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 136.

¹⁴ Cfr. E. GERNER, "Rechtseinheit im Strafverfahrenrecht", en *NJW* (Alemania), 1950, pág. 727; W. DALLINGER, "Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens", en *SJZ* (Alemania), 1950, pág. 727; H. CORNEL, *op. cit.*, págs. 67-68.

¹⁵ Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1991, pág. 201; H. SCHÖCH, "Wird in der Bundesrepublik zu viel verhaftet", en *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin, 1987, pág. 993.

ordenamiento jurídico, según el § 125a, según los §§ 223a a 226, según los §§ 243, 244, 249 a 255, 260, según el § 263, según los §§ 306 a 308, 316a, del Código Penal, o según el § 29, ap. 1, num. 1, 4, 10, ap. 3, § 30, ap. 1 de la ley de estupefacientes, y hechos determinados fundaran el peligro de que antes de la condena firme cometerá otros delitos relevantes de igual clase, o proseguirá el delito, cuando fuera necesaria la prisión para prevención del peligro que amenaza y fuera de esperar en los casos del num. 2 una pena privativa de libertad de más de un año. En los casos del num. 2, presupondrá por regla general la aceptación de tal peligro, que el inculpado haya sido condenado a pena privativa de libertad dentro de los últimos cinco años a causa de un hecho punible de igual clase, con efectos de cosa juzgada..."¹⁶.

La causal de peligro de reiteración interviene con respecto a los delitos de abuso sexual de protegidos (C. P., § 174); abuso sexual de presos, custodiados por orden oficial o enfermos en establecimientos (ib., § 174a); abuso sexual de niños (ib., § 176); violación (ib., § 177); coacción sexual (ib., § 178); abuso sexual de incapaces de oponer resistencia (ib., § 179). Entra en función también con respecto a reiterados o continuados hechos de gravedad en el ámbito del quebrantamiento de la paz (ib., § 125a); lesiones (ib., §§ 223a-226), de quebrantos a la propiedad o al patrimonio (ib., §§ 243, 244, 260, 263); de la criminalidad violenta (ib., §§ 249-255, 306-308, 316a) y de la criminalidad de estupefacientes (§ 29, ap. 1, nums. 1, 4, 10 o ap. 2; § 30, ap. 1 de la ley de estupefacientes).

3. LA PROBLEMÁTICA ENTRE LA CAUSAL DE PELIGRO DE REITERACIÓN Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA SEGÚN LA DOCTRINA ALEMANA

Ha existido una gran polémica en Alemania en lo relativo a si la causal de peligro de reiteración es compatible con la presunción de inocencia. Importante es que un sector de la doctrina ha dicho que, como consecuencia de la presunción de inocencia, la prisión preventiva debe cumplir funciones de aseguramiento procesal, de modo que se requiere que no cumpla funciones de prevención especial (ni general)¹⁷.

¹⁶ *El proceso penal alemán*, trad. de J. L. GÓMEZ COLOMER, España, 1985, págs. 307-308. El texto del artículo fue actualizado por mí.

¹⁷ Cfr. HASSEMER, "Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft", en *StV* (Alemania), 1984, pág. 66 ff; WOLTER, "Untersuchungshaft Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen", en *ZStW* (Alemania), 1981, pág. 454a ff.; JEHL, *Untersuchungshaft zwischen Unschuldvermutung und Wiedereingliederung*, München, 1985, pág. 11; *Arbeitskreis Strafprozessreform. Die Untersuchungshaft*, Heidelberg, 1983, págs. 31-32; H. MÜLLER-DIETZ, "Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozess", en *ZStW* (Alemania), 1981, págs. 1268-1269; K. KRAUSS, "Der Grundsatz der Unschuldvermutung im Strafverfahren", en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik* (Editor: Müller-Dietz), Colonia/Berlin/Bonn/München, 1971, pág. 161; T. LINSS, *op. cit.*, pág. 43; I. FACHAUSCHUSS, "Strafrecht und Strafvollzug des Bundeszusammenschlusses für Straffälligenhilfe. Stellung des Ausschusses", *Reform der Untersuchungshaft* (Editores: Müller-Dietz, H. Jung), Bonn, 1983, pág. 11.

Un sector importante, tal vez mayoritario, de la doctrina alemana defiende dicha causal. Se ha dicho así que la sociedad debe defenderse ante la posibilidad de que el imputado durante el proceso cometa nuevos delitos¹⁸. El propio Tribunal Federal Constitucional parte de este punto de vista para justificar dicha causal, ello a pesar de que reconoce que desempeña una función preventiva policial¹⁹. GNAM, defensor de esta tesis, sostiene que la opinión de que la causal de peligro de reiteración no es compatible con los principios propios de un Estado de Derecho es débil debido a su generalidad, y presenta el defecto de que el criterio del Estado de Derecho es visto de manera aislada, sea desde el punto de vista de una limitación de un determinado derecho constitucional, y no en relación con la necesidad de una protección de los derechos constitucionales en su totalidad²⁰. Solamente unos pocos como EBERHARD SCHMIDT han pretendido darle un fundamento procesal a la causal de peligro de reiteración y han dicho que dicha causal persigue una función de aseguramiento procesal, ya que la comisión de nuevos delitos por el imputado produce un retardo en el proceso, puesto que la investigación tendrá que abarcar también los nuevos hechos²¹.

Frente a ello, en general la doctrina alemana considera que la causal de peligro de reiteración es un cuerpo extraño en la regulación de la prisión preventiva, ya que esta no debe perseguir la prevención especial²². Algunos consideran que debería

¹⁸ B. WEILAND, *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, München, 1988, pág. 42; T. KLEINKNECHT, G. JANISCHOWSKI, *Das Recht der Untersuchungshaft*, München, 1977, pág. 23; P. GNAM, *Die Wiederholungsgefahr als Grund für die Anordnung von Untersuchungshaft*, Erlangen-Nürnberg, 1972, pág. 245; W. HETZER, "Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft unter verfassungsrechtlichen Aspekten", en *Reform der Untersuchungshaft* (Editores: Müller-Dietz/Jung), 1983, pág. 51. Los defensores de esta causal en general sostienen que solamente en casos de excepción es admisible. Cfr. E. DIEMER-NICOLAUS, *op. cit.*, págs. 1694-1965; W. SCHÖCH, *op. cit.*, pág. 1007; O. RANFT, *Strafprozessrecht*, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1991, pág. 134.

¹⁹ BVerfGE 19, 349-350; BVerfG, NJW 1973, pág. 1365.

²⁰ P. GNAM, *op. cit.*, pág. 245.

²¹ Cfr. E. SCHMIDT, en MEYER, "Tagungsbericht. Bericht über das Kolloquium «Die Untersuchungshaft im ausländischen und deutschen Recht»", en *ZStW* (Alemania), 1970, pág. 1122; E. SCHMIDT, "Repression und Prävention im Strafprozessrecht", en *JR* (Alemania), 1970, pág. 207. También RUPRECHT persigue una justificación procesal de la causal de peligro de reiteración. Indica que una investigación completa de un hecho delictivo cometido depende de que el apesado por ese delito permanezca en prisión, a lo que se agrega que la ejecución posterior de la pena puede verse en peligro, debido a que la tendencia a la fuga aumenta con respecto a los reincidentes (R. RUPRECHT, "Verfassungsrechtssprechung zur Untersuchungshaft", en *NJW* [Alemania], 1973, pág. 1344).

²² Cfr. C. ROXIN, *op. cit.*, pág. 201; H. U. PAEFFGEN, "Haftgründe, Haftdauer und Haftprüfung", en *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie* (Editores: A. Eser/G. Kaiser/E. Weigend, Baden Baden, 1991, pág. 127); M. SEEBODE, "Keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für Vorbeugehaft", en *ZRP* (Alemania), 1969, pág. 26; C. CREIFFELS, "Die Strafprozessnovelle", en *JR* (Alemania), 1964, pág. 1; H. H. JESCHECK, "Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform", en *Probleme der Strafprozessreform* (Editor: H. Lütter, Berlin/Nueva York, 1975, pág. 23; H. ZIFF, *Strafprozessrecht*, Berlin/Nueva York, 1977, pág. 121; J. WOLTER, "Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmassnahmen und Verfahrenssicherung", en *Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie* (Editores: A. Eser/Kaiser/Weigend). Baden Baden, 1991, pág. 102; H. MÜLLER-DIETZ, "Die Stellung...", págs. 1268-1269; el mismo, "Problematik und Reform des Vollzuges der Untersuchungshaft", en *StV* (Alemania), 1984, pág. 83.

ser regulada por el derecho policial que, a diferencia del procesal penal, cae bajo la competencia de los Estados de la Federación [Bundesländer] y no del Estado Federal²³. La mayoría sigue el criterio de que debe ser regulada no en el apartado referente a la prisión preventiva, sino al lado de las medidas precautorias que se dictan durante el proceso, por ejemplo el internamiento provisional del supuesto inimputable²⁴, mientras que unos pocos se oponen no solo a la regulación como medida policial, sino también como medida de seguridad anticipada²⁵.

Algunos critican la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración por ser una pena anticipada, por cuanto persigue al igual que las penas la prevención especial²⁶, aunque la consideración sostenida en Latinoamérica como medida de seguridad anticipada encuentra poca acogida en Alemania²⁷. Así, resulta interesante con respecto a la presunción de inocencia que los propugnadores de la regulación como medida de seguridad anticipada consideren que ello no quebranta la presunción de inocencia, ya que lo que se regula es una presunción de "inculpabilidad" (presunción de inocencia)²⁸ y no una presunción de "no peligrosidad"²⁹.

La consideración de criterios de prevención por el derecho procesal es utilizada por algunos para defender la misma causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración. Se dice así que una prueba de que al derecho procesal penal no le está vedado seguir criterios preventivos es que diversas medidas contempladas en la

²³ Cfr. I. ANAGNOSTOPOULUS, *Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr* (§ 112 Abs. 3. 112a StPO), Francfort, 1984, págs. 126-149.

²⁴ Cfr. H. H. JESCHECK, *op. cit.*, pág. 23; H. ZIFF, *Strafprozessrecht*, Berlin/Nueva York, 1977; J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489; ROXIN en MEYER, *op. cit.*, pág. 1126; O. RANFT, *op. cit.*, pág. 134.

²⁵ Cfr. *Arbeitskreis Strafprozessreform*, págs. 31-33.

²⁶ J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489; U. KLUG, "Rechtsstaatswidrige Vorbeugehaft", en *ZRP* (Alemania), 1969, pág. 2; H. U. PAEFFGEN, "Vorüberlegungen...", pág. 144.

²⁷ Una excepción a ello es RUDOLPHI, para quien el peligro de reiteración como causal de prisión preventiva supone una medida preventiva de aseguramiento, resultando que bajo una estricta interpretación de la presunción de inocencia se prohíben las medidas de seguridad anticipadas. Sin embargo, luego se aparta de dicha consideración al decir en forma contradictoria que la regulación del peligro de reiteración como causal de prisión preventiva es aceptable cuando existen razones fundadas de que posteriormente el Tribunal va a ordenar el internamiento en un establecimiento de seguridad. H. J. RUDOLPHI, "Strafprozess im Umbruch", en *ZRP* (Alemania), 1976, pág. 170; el mismo, "Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus", en *JA* (Alemania), 1979, págs. 5-6. SCHMITT reconoce que la causal de prisión preventiva basada en el peligro de reiteración es una medida de seguridad anticipada, lo cual celebra como un resultado revolucionario, ya que implica la extensión definitiva del sistema de la doble vía al derecho procesal penal. (R. SCHMITT, "Strafprozessuale Präventivmassnahmen", en *JZ* [Alemania], 1965, pág. 245).

²⁸ El término que se utiliza con respecto a la presunción de inocencia en Alemania es "Unschuldsvermutung", que traducido literalmente sería "presunción de inculpabilidad".

²⁹ J. WOLTER, "Untersuchungshaft...", págs. 488-489. De acuerdo con GROPP la presunción de inocencia, como lo dice convincentemente WOLTER, no significa una presunción de no peligrosidad. W. GROPP, "Zur verfahrenslimitierten Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung", en *JZ* (Alemania), 1991, pág. 809. MÖLLER indica que las medidas provisionales no representan una pena anticipada, por lo que no se quebranta la presunción de inocencia (K. H. MÖLLER, *op. cit.*, págs. 215-216).

Ordenanza Procesal Penal alemana tienen como fundamento consideraciones de prevención de la colectividad, por ejemplo el internamiento provisional (OPP, § 126a); la prohibición provisional de profesión (OPP, § 132a) y la suspensión provisional del permiso de conducir (OPP, § 111a)³⁰. A ello contesta convincentemente PÄEFFGEN que el hecho de que dichas normas encuentren acogida en la Ordenanza Procesal Penal alemana no debe llevar a justificar la causal de prisión preventiva de peligro de reiteración, sino, por el contrario, debe conducir a rechazar también dichas normas³¹.

Un argumento que se da en favor de la causal de peligro de reiteración es que dicha causal es autorizada por el art. 5 ap. 1c) de la Convención Europea de Derechos Humanos³². Se contesta a dicha posición que aun cuando la causal estuviera autorizada por la Convención Europea de Derechos Humanos, ello no autorizaría un quebranto a la presunción de inocencia, ya que dicha convención supone solamente un mínimo de derechos, de donde resulta que la presunción de inocencia tiene en Alemania sustento constitucional (Ley Fundamental, arts. 1º y 20), pero en la Constitución no se regula la posibilidad de que se ordene la prisión preventiva con base en el peligro de reiteración³³.

³⁰ Cfr. PFEIFFER (Editor), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, 1987, pág. 414; D. SCHÜTZ, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei strafprozessualen Massnahmen*, Tubinga, 1969, pág. 55; H. KÜHNE, *op. cit.*, pág. 129.

³¹ H. U. PÄEFFGEN, "Vorüberlegungen...", págs. 147-148. De acuerdo con SEELMANN los §§ 111a, 126a y 132a OPP son difícilmente compatibles con la presunción de inocencia. (K. SEELMANN, "Die Ausschliessung des Verteidigers", en *NJW* [Alemania], 1979, pág. 1132). LINS indica que el § 111a OPP representa una violación a la presunción de inocencia (T. LINS, *op. cit.*, pág. 77). STARKE niega que el § 126a OPP quebrante la presunción de inocencia (STARKE, *op. cit.*, pág. 57).

³² Indica el art. 5º, ap. 1 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es legítima la privación de la libertad de un individuo "Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que haya cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que haya después de haberla cometido" (el subrayado no es del original). Cfr. BVerfG, *NJW* 1973, pág. 1365; T. KLEINKNECHT, "Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetz", en *JZ* (Alemania), 1965, pág. 116; H. SCHORN, *op. cit.*, pág. 842; R. SCHMITT, *op. cit.*, pág. 194; T. KLEINKNECHT, K. MEYER, *op. cit.*, pág. 416; G. PFEIFFER (Editor), *op. cit.*, pág. 414; H. H. KÜHNE, *op. cit.*, pág. 129; J. BAUMANN, *op. cit.*, pág. 136; H. SPECK, *Die Geschichte der Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft, der Art und Weise der Verhaftung und der Überprüfung der Dauer der Untersuchungshaft in der Gesetzgebung seit etwa 1800*, München, 1969, pág. 181; E. DREHER, "Zweifelfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", en *MRD* (Alemania), 1970, pág. 967. El principio 2, ap. 2 de la Recomendación R. (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa contempla como causal de prisión preventiva el peligro de reiteración en caso de delitos de gravedad.

³³ Cfr. H. U. PÄEFFGEN, "Vorüberlegungen...", págs. 160-161. Comparar con E. SCHMIDT, (*Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Gotinga, 1966, pág. 115), quien dice que el art. 5º de la Convención Europea no puede significar la justificación de la causal de peligro de reiteración, ya que a la Convención le faltan aquellos límites necesarios que surgen del principio de Estado de Derecho. A ello agrega que no existe ningún fundamento para considerar a la Convención como derecho natural.

4. TOMA DE POSICIÓN

Es reconocido que la prisión preventiva no puede convertirse en una pena anticipada, pero existen dificultades para diferenciar la pena de prisión de la prisión preventiva, ya que sus consecuencias, o sea la privación de libertad personal del imputado, son similares. La distinción entre la prisión preventiva y la prisión en realidad solo se puede hacer si se parte de los fines que persiguen una y otra. Si la prisión preventiva apuntara a los mismos fines que persigue la pena de prisión (o las medidas de aseguramiento), se convertiría en una pena (o en una medida de seguridad anticipada). Por ello *le está vedado a la prisión preventiva perseguir la prevención general o la especial*, ya que dichos fines deben ser perseguidos por el derecho penal sustantivo, pero no por el derecho procesal penal. De acuerdo con lo anterior *la prisión preventiva debe cumplir fines de aseguramiento procesal, lo cual implica que solamente pueden ser admitidas como causales de prisión preventiva la fuga, el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento*.

La causal de peligro de reiteración ha dado lugar a grandes discusiones en Alemania. *Si se parte de que de acuerdo con la presunción de inocencia la prisión preventiva no puede perseguir la prevención especial, hay que concluir que la causal de peligro de reiteración no soporta una confrontación con la presunción de inocencia*. No puede admitirse tampoco la privación de libertad del imputado con base en el peligro de reiteración como medida de seguridad anticipada, ya que la presunción de inocencia prohíbe tanto las penas anticipadas como las medidas de seguridad anticipadas. *No debe confundirse el término "presunción de inculpabilidad" (presunción de inocencia)³⁴ con el concepto de "culpabilidad" utilizado por el derecho penal sustantivo*, ya que la presunción de inocencia exige que se demuestre no solamente la culpabilidad, sino también la tipicidad y la antijuridicidad del hecho atribuido al imputado³⁵. En realidad *la argumentación que indica que no existe una presunción de "no peligrosidad" no es sino un fraude de etiquetas*, ya que a través de ella se llega a discutir solamente sobre el nombre y la "correcta" ubicación en el Código Procesal Penal del peligro de reiteración como causal de privación de libertad, pero no se niega la posibilidad de que se autorice dicha privación de libertad con base en el peligro de reiteración.

No puede tampoco aceptarse la pretensión de legitimar la causal de peligro de reiteración con base en el principio de proporcionalidad en sentido estricto³⁶.

³⁴ El término "Unschuldsvermutung" utilizado en Alemania, de acuerdo con una traducción literal, significa "presunción de inculpabilidad".

³⁵ Cfr. T. STARKE, *op. cit.*, pág. 43; K. MARXEN, *Straftatsystem und Strafprozess*, Berlin, 1984, pág. 344; KÖSTER, *op. cit.*, pág. 161; K. KÜHL, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, Colonia y otros, 1983, págs. 11-12.

³⁶ Concretamente en que el interés del imputado en permanecer en libertad debe ceder ante el interés de la colectividad en que el imputado no continúe su actividad delictiva.

Ello por cuanto *la presunción de inocencia, como consecuencia que es del principio de intangibilidad de la dignidad humana*³⁷, *no puede ser relativizada con base en el interés de la mayoría.*

La prohibición de perseguir fines de carácter preventivo es válida no solamente con respecto a la prisión preventiva, sino también en relación con otras medidas coercitivas, por lo que debe rechazarse la pretensión de justificar la prisión preventiva con base en que otras medidas coercitivas siguen criterios preventivos.

Tampoco puede aceptarse la justificación de la causal de peligro de reiteración con base en que la Convención Europea la acepta (art. 5° 1 c), ya que, como bien se ha dicho, la Convención supone solamente un mínimo de derechos, y así resulta que dicha causal no encuentra acogida en otras convenciones de derechos humanos, como por ejemplo, el Pacto de la ONU³⁸. Tampoco encuentra sustento en la Constitución alemana³⁹.

Debe rechazarse también la afirmación de que la causal de peligro de reiteración persigue una finalidad de carácter procesal, por cuanto se evita que el proceso se alargue ante la necesidad de investigar los nuevos hechos que se cometan. Si lo que se quiere es evitar que el proceso se prolongue, debido a que la investigación se complica con la necesaria investigación de nuevos hechos, lo correcto más bien sería tramitar la investigación referida a los diversos hechos por separado. Por otro lado, el aceptar como finalidad procesal el peligro de reiteración, llevaría al absurdo de tener que aceptar que la imposición misma de la pena cumple una función de carácter procesal, por cuanto al perseguir la pena funciones de prevención (general y especial) se produce un descongestionamiento de la administración de justicia⁴⁰.

Con base en todo lo anterior, debe concluirse que *el art. 417, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal colombiano, es contrario a la presunción de inocencia*, debido a que, en definitiva, toma el peligro de reiteración como presupuesto para la denegación de la excarcelación, convirtiéndose así en una pena anticipada, al perseguir funciones propias de la pena y no de la prisión preventiva.

³⁷ Dice el art. 1°, inciso 1) de la Ley Fundamental alemana "La dignidad del hombre es intangible...". Confrontar con el art. 1° de la Constitución colombiana, que establece la obligación de respetar la dignidad humana.

³⁸ Tampoco encuentra acogida en la Convención Americana y en la Convención Africana de Derechos Humanos.

³⁹ Lo mismo puede decirse de las constituciones políticas latinoamericanas, las que contemplan en forma expresa (Constitución Política de Colombia, art. 29) o implícita la presunción de inocencia (por ejemplo art. 39 de la Constitución Política de Costa Rica), pero no autorizan la detención del imputado con base en el peligro de reiteración delictiva.

⁴⁰ La justificación de la función procesal de la causal de peligro de reiteración dada por RUPRECHT debe ser también rechazada, ya que el fundamento de dicha causal no es evitar que el imputado llegue a falsear la prueba o se fugue, sino evitar nuevos delitos del imputado. Que el reincidente tenga una tendencia a darse a la fuga es algo que solo puede ser analizado con base en las circunstancias del caso concreto.

ABREVIATURAS

BVerfG	Tribunal Federal Constitucional
BVerfGE	Resoluciones del Tribunal Federal Constitucional
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitung
GA	Gottdammer's Archiv für Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristische Zeitung
MSchKrim	Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StV	Strafverteidiger
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft