

PRINCIPIOS DE GARANTÍA JURÍDICO-PROCESAL

Doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ.
Presidente del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.
Tratadista de Derecho Procesal Penal.

1. DEBIDO PROCESO

Este principio es un mandato de la Constitución Nacional, en cuyo art. 26 se prescribe que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La ley procesal penal, al desarrollar este principio en su art. 1º, requirió además el aseguramiento pleno de la garantía de defensa en el respectivo proceso, lo cual incluye naturalmente las tres etapas en que se encuentra sistematizado el Código de Procedimiento Penal, a saber, la instructora, la de acusación y la de juzgamiento.

Todo el postulado del debido proceso, imperativo para el juzgamiento, es equivalente al otro principio de la ley sustancial, que consagra el de la legalidad referida al hecho punible, a la pena y a la medida de seguridad. Son dogmas legales, en el sentido de que su inobservancia hace irrelevante la condena o enerva el juzgamiento, los que no obstante producirse con flagrante violación de aquellos principios rectores, estigmatizarían el proceso penal con un altísimo coeficiente de injusticia, de arbitrariedad, de atropello a las vías legales.

Ambas filosofías, la de la "legalidad" en el Código Penal, y la del "debido proceso" en el Código de Procedimiento, tienen su nacimiento institucional en la Constitución y su desarrollo a la vida jurídica en ambos estatutos. Por eso los dos códigos tienen un profundo contenido de garantías individuales, no solo para quien delinque sino también para el hombre inocente, quien por una equivocada interpretación de la ley o abuso del poder, puede verse perseguido contra todo derecho.

Por lo anterior, las normas penales deben mantenerse en estrecha relación jurídica con las de procedimiento. Y por ello, un código penal que quiera verse inspirado en principios democráticos y liberales, no puede llegar a serlo si faltare entre sus mandatos legales el principio de reserva, el cual ha sido acuñado en el aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*. Constituye clamorosamente una auténtica garantía de las libertades individuales. Representa además una verdadera seguridad jurídica, en el sentido de que a nadie se puede sorprender con la imputación de un hecho delictuoso, si

este no ha sido previamente declarado así por el legislador y con la conminación de una sanción penal, la que entre nosotros constituye pena de prisión, arresto o multa. La extensión del principio de legalidad comprende naturalmente las medidas de seguridad que solo persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación¹. Por lo mismo, yace en el subfondo del principio una cierta indiferencia y autorización para que el ciudadano pueda hacer todo lo que no está legalmente previsto como hecho punible, así se trate de la conducta más reprobable jurídica y moralmente, sin que el magisterio punitivo pueda intervenir para contrarrestarla penalmente. Es la llamada "zona de libertad" de que hablara SEBASTIÁN SOLER.

Este principio de reserva, freno al despotismo, control de la tiranía y los abusos del poder estatal, ha regido desde hace siglos el mundo de la juridicidad. Y tanta ha sido su significación como derrotero en la civilización jurídica de los pueblos, que distintas corrientes filosóficas y escuelas del derecho penal lo han declarado su aliado, cuando no han reclamado para sí su paternidad. Unos al sostener que encuentra su origen en el *Digesto*, otros que en la Carta Magna de Juan sin Tierra, o que proviene del pensamiento roussoniano, o que viene del Iluminismo, de BECCARIA. Pero la más acertada investigación histórica se lo atribuye a FEUERBACH en Alemania.

Lo cierto del caso es que el principio se incrustó con tanta hondura en la conciencia pública de los pueblos, que la propia Revolución Francesa lo incluyó en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y que en los últimos tiempos fue solemnemente reiterado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando en su Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, prescribió en su art. 15: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, al delincuente se beneficiará de ello...". A esta declaración adhirió nuestro país, por medio de la ley 74 de 1968, mediante la cual se aprobaron los pactos internacionales de derechos civiles y políticos².

En muchas partes del mundo jurídico de hoy se están violando persistentemente estas reglas. En su remplazo han irrumpido los gobiernos totalitarios, los regímenes despóticos, las abyectas tiranías, ciertas aparentes democracias, en donde se ha entronizado el abuso del poder en contra de la libertad individual.

¹ Código Penal colombiano, art. 1º: "Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté previsto expresamente como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada el 22 de noviembre de 1969 y que fue aprobada por medio de la ley 16 de 1972, dice en su art. 9º: "Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos, según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello".

Es en estos críticos y oscuros momentos de la humanidad, cuando en ciertos países se busca, por medio de la legislación penal, darle amplísimas facultades al juez, haciéndolo casi omnímodo intérprete de la ley, para que con dicha facultad pueda aplicarla de una manera extensiva y analógica. A estos fines, se crean tipos penales indefinidos, borrosos, abiertos, o tipos aparentes de acción, todo lo cual constituye un derecho penal antiliberal, porque atenta ostensiblemente contra el supremo derecho de la libertad individual e introduce dentro de la sociedad la más inquietante y peligrosa inseguridad jurídica. Por eso ha dicho RICARDO C. NÚÑEZ:

“La exigencia de que la punibilidad de un hecho solo puede ser establecida por una ley anterior a su comisión, obedece a la idea política de reservarles a los individuos, como zona exenta de castigo, la de que aquellos hechos que por ilícitos, inmorales o perjudiciales que sean, no están configurados y castigados por una ley previa a su acaecer. La punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. Tratándose de una garantía individual, esa zona de reserva debe estar claramente trazada. Esto se logra fundamentalmente mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquellos y estas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia”³.

Este principio llamado también de “exclusividad”, es considerado burgués por los marxistas; en Alemania nazi se desconoció y se reemplazó por el de “juez legislador”, quien debería aplicar justicia según el “sano sentimiento del pueblo”. Y en Rusia, los jueces están autorizados para condenar de acuerdo con su “conciencia revolucionaria”. El tristemente célebre proceso de Nüremberg quedó estigmatizado en la conciencia jurídica universal, por haber constituido el más ominoso desconocimiento y violación de dicho principio. Fue una afrentosa violación de los derechos humanos.

Por lo mismo que venimos diciendo, en la creación de los delitos e imposición de las penas, no puede existir en derecho penal más fuente que la ley. La doctrina, la costumbre, la jurisprudencia podrán tener influencias más o menos directas en la formación y modificación de las leyes penales, pero no son fuentes de derecho⁴. Si no fuera así, la libertad individual estaría permanentemen-

³ Cita de FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS, *Manual de derecho penal mexicano*, Edit. Porrúa, S. A., México, 1974.

Por su parte, GONZALO QUINTERO OLIVARES ha dicho: “Así pues, el principio de legalidad hoy, es, ante todo, un postulado de ‘garantía’, que según JESCHECK compone la ‘parte formal’ del principio de Estado de derecho. Mejor sería entender que, bajo un aspecto exterior ‘formal’, late una íntima referencia material al Estado de derecho. La constatación del cumplimiento por la ley positiva de los enunciados del principio de legalidad es, como indica en España RODRÍGUEZ MOURILLO y ratifica MUÑOZ CONDE, «piédra de toque para comprobar si se respetan o no las exigencias del Estado de derecho... precisa determinación que constituye la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de derecho una verdadera exigencia ética»”. (*Represión penal y Estado de derecho*, Edit. Di-rosa, Barcelona, 1976, pág. 52).

⁴ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pág. 122.

te amenazada y nunca podríamos estar seguros de no estar incurriendo en la comisión de un delito. Por ello el principio de reserva o de legalidad del hecho punible, de las penas y medidas de seguridad, constituyen la máxima garantía dentro de un auténtico Estado de derecho. Es dogma o postulado que no puede faltar en donde exista una auténtica inspiración democrática en la orientación del destino de los pueblos. Por eso decía CARRARA, que si queremos que la ley penal sea el supremo código de la libertad, la ley debe ser la única fuente del derecho penal.

El *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, ha sido una de las grandes conquistas del Derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico⁵. Y ese bautismo lo tuvo ciertamente en la Revolución Francesa, cuando en la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, proclamada el 26 de agosto de 1789, se dijo en su artículo octavo: “Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”. Como se puede advertir, tan sabia fórmula consagratoria de los principios de legalidad y del debido proceso, está recogida en la portada de nuestros dos códigos, el penal y el de procedimiento, principios que, como ya hemos visto, tienen su origen en el art. 26 de la Constitución Nacional. Por esta razón resulta aplicable entre nosotros lo que con referencia a la legislación de su país decía en México el jurista JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE:

“Las normas de procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el derecho constitucional de un pueblo. Si la Constitución Política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existiese esa identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la Constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de las disposiciones contenidas en contrario en otros cuerpos de leyes”⁶.

⁵ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “La detención preventiva”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 6, 1980, pág. 25: “En la portada de los códigos penales y de procedimiento, lo mismo que en los títulos sobre derechos civiles y garantías sociales de las Constituciones, no puede faltar la consagración del principio de reserva o de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su libertad mediante una condena, sino por un hecho que previamente haya sido definido en la ley como delito. Porque un código penal que quiera inspirarse en principios de una verdadera filosofía democrática y liberal, no puede dejar de inscribir dicho postulado dentro de su normatividad jurídica. El *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*, ha sido una de las grandes conquistas del derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico”; GIUSEPPE BETTIOL, en *Instituciones de derecho penal y derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, pág. 95: “Desde el punto de vista técnico-formal el principio equivale a una reserva de ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad. En general, no solo los códigos sino también las Constituciones sancionan tal principio para que sean garantizadas las libertades de los ciudadanos. Reserva de ley significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir, el poder legislativo”.

⁶ JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, México, Ed. Botas, 1945, pág. 190. Por su parte, BETTIOL, en ob. cit., pág. 89, al hacer referencia al art. 25 de la Constitución italiana que consagra el “principio de legalidad”, dice: “Estamos frente al tradicional principio liberal democrático que ha caracterizado todo código penal europeo y latinoamericano desde la época del Código Penal de Napoleón de 1810. Su solemne afirmación en la Constitución italiana presenta un evidente significado político tras las experiencias, incluso penales, de la dictadura ideológica del fascismo. Es una reafirmación de la libertad de la persona humana”.

Por toda esta tradición jurídica y filosófica, resultaba entonces como un imperativo abrir el articulado del Código de Procedimiento Penal con la siguiente norma:

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso, en el que aparezca asegurada plenamente la garantía de defensa.

De este precepto y del art. 26 de la Constitución Nacional, se desprenden los siguientes principios:

1º) Para la existencia legal de un hecho punible, se requiere la existencia previa de la ley que lo tipifique. Es el llamado principio de reserva: *Nullum crimen sine praevia lege penale;*

2º) No puede imponerse pena o medida de seguridad sin que estén previstas en la correspondiente disposición penal y con anterioridad al hecho punible: *Nulla poena sine praevia lege penale;*

3º) La garantía de toda persona a quien se le haya imputado un hecho punible, a ser juzgada por los tribunales competentes, por sus jueces naturales previstos en la Constitución y en la ley: *Nemo iudex sine lege*⁷.

4º) La plena observancia de las formas propias de "cada juicio", como dice la Constitución, o de "cada proceso", según el artículo que se analiza, lo que permite afirmar que sin el respeto debido a las ritualidades procesales para el esclarecimiento del hecho punible y el juzgamiento de su autor, no se puede llegar a una sentencia condenatoria. Quebrantar esta garantía, es también violar el derecho de defensa: *Nemo damnatur nisi per legale iudicium, o nulla poena sine iudicio.*

Sobre esto último ha dicho EUGENIO FLORIAN que "la ley penal no puede aplicarse sino siguiendo las formas procesales establecidas en la ley; en otras palabras: el derecho penal material no puede realizarse más que por la vía del derecho procesal penal, de suerte que nadie pueda ser castigado sino mediante un juicio regular y legal. El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión más que en forma procesal y ante los órganos jurisdiccionales establecidos en la ley"⁸.

Desde luego que la norma sobre el debido proceso, en lo que hace referencia al juzgamiento por "juez competente previamente establecido", tiene a nuestro juicio una excepción, cuando al producirse el tránsito de una legisla-

⁷ EUGENIO FLORIAN, *Elementos de derecho procesal penal*, Barcelona, Edit. Bosch, pág. 17: "En el campo del procedimiento como en el del derecho penal, rige el principio de legalidad, el cual se encuentra expresado en dos máximas fundamentales: *Nemo iudex sine lege*, que expresa que la persona llamada a conocer de un delito y a aplicar la pena, no puede ser una cualquiera, sino solo la que esté habilitada por la ley, pues en cuanto órgano de la jurisdicción penal es delegado por esta para la función. La ley penal no puede aplicarse sino por los órganos y los magistrados instituidos por la ley para ello, los cuales son, por tal causa, los poseedores del poder de ejercer la jurisdicción penal. Y, consecuentemente con esto, la ordenación de la jurisdicción penal no puede establecerse o variarse más que por la ley; nadie puede ser llevado ante jueces que no sean los que tienen jurisdicción sobre él, ni sería lícito crear tribunales especiales o extraordinarios".

⁸ EUGENIO FLORIAN, ob. cit., pág. 17.

ción a otra, la nueva ley prima sobre la anterior, entra a regir inmediatamente, cuando establece los jueces o tribunales de competencia o determina el procedimiento. Así lo establece el art. 40 de la ley 153 de 1887, en armonía con el artículo quinto del procedimiento penal al decir que la ley que "determine la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará a partir de su vigencia".

Corolario de lo anterior, es que la jurisdicción y la competencia pueden establecerse por medio de la ley, con posterioridad a la comisión del hecho punible, lo mismo que la ritualidad del proceso, en todo aquello que no afecte las garantías sobre la libertad individual o derecho de defensa. Con lo cual se evidencia una restricción al alcance del principio rector sobre juez competente "previamente establecido". Y esto es apenas lógico dentro del ordenamiento jurídico procesal, por cuanto la nueva ley de procedimiento generalmente se presume más ágil, más adecuada a los fines del proceso, más técnica, más receptora de las nuevas y más avanzadas corrientes del pensamiento en dichas materias. Por eso ha dicho BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ.

"Las leyes que determinan la jurisdicción y competencia tienen vigencia inmediata. Al procesado no le es dable escoger juzgador; este lo determina el Estado, alindando las competencias. Y las ritualidades del proceso, la forma de sustanciarlo, rigen automáticamente. Las competencias se determinan según necesidades de dividir correctamente el trabajo de la jurisdicción penal, considerando la naturaleza de los hechos punibles y el territorio de su ocurrencia. Es el Estado quien determina qué juez debe conocer de determinado delito y las formalidades a que debe someterse cada proceso. Ambos aspectos son de inmediata observancia para el correcto desarrollo de la función penal. Cosa bien distinta son las garantías procesales, en que rige el principio de la ley más favorable, así sea posterior al hecho que se juzgaba conforme a la ley coetánea a su ocurrencia"⁹.

Alternativamente hemos venido analizando en esta exposición tanto el principio de "legalidad", consagrado en el primer artículo del Código Penal, como el precepto sobre el "debido proceso" del artículo primero del Código de Procedimiento Penal, no solo por el estrecho parentesco jurídico que los une, sino también por la influencia tan directa que el primero tiene sobre el segundo. Es así como en varias de las disposiciones procesales, para poderse tomar alguna decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación, se requieren algunos presupuestos que respetan el principio de "legalidad". Un ejemplo sería el objeto de la investigación tendiente a establecer preferentemente si el hecho es o no constitutivo de delito y quién o quiénes sus autores o cómplices. Y con respecto a las medidas de aseguramiento, solo podrán proceder contra el procesado, cuando en el respectivo expediente exista prueba que permita al funcionario inferir razonablemente que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado, según reza el art. 333. Otro ejemplo sería el referente a la acusación, la cual solo se podrá formular cuando en el expediente aparezca

⁹ BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, *Instituciones de derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 171.

prueba suficiente que permita al funcionario inferir razonablemente la existencia probable del hecho típicamente antijurídico, que el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa; o que al momento de realizar el hecho se encontraba en las circunstancias del art. 31 del Código Penal, según lo dispone el art. 356 del de Procedimiento. Por último, para poder profirir sentencia condenatoria, el juez debe tener certeza de la responsabilidad del procesado, basada en prueba legalmente producida, al tenor del art. 126 de la ley procesal.

Como se advierte, son todos ordenamientos jurídicos que en una forma u otra están garantizando el debido proceso, la legalidad de todo el juicio, pero fundamentalmente de la recepción de las pruebas, previa existencia a todo esto de la legalidad del hecho punible, de la pena y las medidas de seguridad.

Cuando entremos en el estudio de las normas referentes al objeto de la investigación penal, de las medidas de aseguramiento, de los requisitos para la acusación y presupuestos para poder dictar sentencia condenatoria, puntualizaremos la filosofía que cada una de ellas encierra y el alcance de las mismas.

2. EL DERECHO DE DEFENSA

Desde el primer artículo del Código de Procedimiento Penal se garantiza "plenamente la garantía de defensa".

Es un derecho inviolable en todas las etapas del proceso. En la instrucción, en la acusación y durante el juzgamiento, el acusado, como principal protagonista del proceso penal, está severamente protegido y escudado en la inviolabilidad de su pleno derecho a defenderse dentro de los lineamientos legales del estatuto procesal. Si no fuera así, se habría renegado de una sana y adecuada política en estas materias. Sería un procedimiento enmarcado en una filosofía antiliberal que repugna al mundo jurídico de hoy. Dicho principio, que aureola toda la norma sobre el debido proceso, es la máxima dignificación y espiritualización del derecho procesal moderno. Y si a ello se pudiera agregar en la praxis el respeto profundo por los jueces de la república, bien seguros podrían estar todos los ciudadanos de que el Estado de derecho, por curiosa paradoja, se afianza y vigoriza cuando se invoca en favor del hombre que delinque.

En nuestro procedimiento penal, ese derecho de defensa surge desde el mismo momento en que se tiene noticia de la existencia de un proceso penal en su contra y en el cual obren imputaciones sobre la comisión de un hecho punible. En esta eventualidad, la persona inculpada tiene derecho a solicitar del funcionario respectivo le reciba declaración como procesado.

Los fines de la ley sobre este particular, no pueden ser más claros y definidos. Se busca ante todo que quien va a ser sujeto de la relación procesal, pueda empezar a ejercer su defensa, a través del interrogatorio en calidad de procesado, desde el mismo momento en que ha tenido noticia del proceso incoado en

su contra¹⁰. Constituye igualmente una garantía orientada a no permitir que a espaldas de un acusado se levante una investigación penal que solo se deje trascender en una etapa avanzada de la misma, cuando al inculcado ya le quede más difícil ejercer su derecho de defensa. Como sería el caso en que solo se diera una orden de captura o citación para interrogatorio, con el subsiguiente auto de privación de la libertad, en las postrimerías del término legal de la instrucción. En cuyo caso, de una manera desleal se habría privado al imputado de la oportunidad de presentar sus propios descargos en momentos más propicios para su defensa y a solicitar la recepción de pruebas en su favor.

Otra fundamental garantía orientada al derecho de defensa, es la ninguna obligación por parte del procesado a declarar acerca de la imputación que se le hace. Puede negarse a ello, sin que la autoridad respectiva pueda constreñirlo en ningún sentido a hacerlo.

Sin embargo, se introdujo como inconveniente circunstancia, novedosa dentro del procedimiento penal, el juramento del procesado cuando quisiera declarar sobre los hechos inculcados. En cuanto a esta innovación, que a nuestro juicio vulnera sensiblemente el derecho de defensa, nos ocuparemos a espacio cuando tratemos sobre el interrogatorio al procesado, en su capítulo correspondiente.

De todas maneras, este derecho de defensa empieza protegido y reforzado desde la primera oportunidad del interrogatorio, con la exigencia insalvable de que siempre deberá estar asistido en dicha diligencia por un defensor, designado por el propio procesado o nombrado de oficio, bien si precedió una captura, si hubo citación para interrogatorio o presentación espontánea para ser oído en declaración.

Este interrogatorio es indudablemente un medio de defensa y no de prueba¹¹. Por ello se indaga dentro de él, por las facultades mentales del procesado, sus medios de subsistencia, las circunstancias de lugar, tiempo y modo, los motivos determinantes y los demás factores que hayan influido en la comisión del hecho. Por ello, de su propio testimonio puede resultar que al momento de la comisión del hecho punible era un inimputable, o que había obrado dentro de un estado de necesidad, en legítima defensa de su vida, honra o bienes, dentro de alguna de las circunstancias de exclusión de la culpabilidad o de atenuación del hecho punible, etc. Por ello resulta apenas elemental el que dentro del respectivo interrogatorio se le haga conocer, si no por el *nomen ju-*

¹⁰ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 130: "Este interés por solicitar la propia indagatoria puede ser: o por la conveniencia de ejercer inmediatamente la defensa ante la inculcación ya recogida, o por evitar la eventualidad de una captura, con notorias repercusiones públicas en la vida social y familiar. Del ejercicio de este derecho por parte del denunciado, dimana para el juego una equilibrada posición de prudencia y buen juicio".

¹¹ En la Relación Ministerial al proyecto preliminar del Código de Procedimiento Penal para Italia, se dijo: "El proyecto mantiene al interrogatorio el carácter de medio de defensa y no de prueba. El interrogatorio puede ser fuente (no medio) de prueba, por cuanto de él se pueden recabar elementos idóneos para determinadas indagaciones probatorias; pero por sí mismo no puede él caracterizarse más que como medio de defensa reconocido a todo imputado, como que esencialmente sirve para hacerle saber las acusaciones y recibir de él sus eventuales disculpas".

ris, al menos por los elementos descriptivos, el hecho punible de que se le acusa. Con esta información clara y precisa podrá ya en concurso con su defensor, iniciar con mejor eficacia el ejercicio de la defensa.

Pero un momento culminante del proceso, en el cual deba estar firmemente protegido el derecho de defensa, dentro de un auténtico sistema acusatorio, es cuando se formula la acusación por parte de la Fiscalía General. Es así como dictado el auto en que se admite dicha acusación, se ordenará dar traslado de ella al procesado y a su defensor, a fin de que el último la conteste indicando claramente lo que admite o niega sobre la misma, pudiendo además formular las peticiones y proponer las excepciones que sean pertinentes para la defensa y legalidad del proceso, como lo previene el art. 380 del procedimiento penal.

Esta ritualidad procesal contiene el más auténtico núcleo rector sobre el derecho de defensa. Es en esta oportunidad cuando se presenta para el acusado hasta ese momento la mejor concreción de los cargos en su contra. Este conocimiento le va a permitir a la defensa preparar la argumentación y las pruebas dentro del debate público. Por eso ha dicho GIUSEPPE BETTIOL: "¿Cómo se puede entender plenamente la figura del imputado si se prescinde de la concepción del hombre, de sus deberes y de sus fines, que ha animado en la obra del legislador? Se dirá que esta es cosa de la política, no de la filosofía. Pero, ¿qué cosa es la política sino uno de los momentos concretos que una orientación filosófica asume en una determinada situación? ¿Cómo se puede entender el principio del libre convencimiento del juez en la valoración de las pruebas sino en un régimen político, y por tanto, filosófico, de autonomía de la conciencia humana en la búsqueda de la verdad incluso procesal? Y la necesidad de una oportuna y adecuada notificación de la acusación, ¿no es acaso ella una manifestación del derecho de defensa del imputado que no puede ser condenado sin haberse antes justificado? ¿Y no es acaso este derecho de defensa la expresión procesal de una concepción filosófica de libertad?"¹². Este derecho a conocer la acusación y a defenderse de ella con entera libertad, sin trabas procesales, sin subterfugios ni maniobras judiciales, es la confirmación plena del principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio.

Desde luego que a lo largo de todas las etapas del proceso van surgiendo las oportunidades legales para ejercer el derecho de defensa. Solo citamos algunos casos a manera de ejemplo: El poder de la recusación, cuando los funcionarios no se declaran legalmente impedidos para conocer del proceso; la garantía de poder solicitar el cambio de radicación, lo que de acuerdo con la ley procesal tiene como finalidad garantizar la imparcialidad de la administración de justicia, la publicidad del juzgamiento, la debida defensa del acusado y las

¹² BETTIOL, ob. cit., pág. 179; ROSA ANGÉLICA AVILA PAZ, en "Cuadernos de los Institutos", N° 138, Córdoba, Argentina, 1977, pág. 61: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, preceptúa además el artículo 18 de la Constitución y coordinándolo con la disposición de la Declaración de Derechos Humanos que reconoce el «derecho a ser oído públicamente y con las garantías debidas», podemos afirmar la relevancia de esta garantía a fin de asegurar la igualdad, justicia y paz social".

condiciones materiales para su salud y seguridad; la facultad que tienen el capturado y el procesado, excepción hecha del poder sustentar los recursos de casación y de revisión, para en el ejercicio de su defensa, poder hacer lo mismo que le está permitido a su defensor; el derecho para este, durante las diligencias previas y el proceso investigativo, de intervenir en todas las diligencias en que se requiera la presencia del capturado o procesado, lo mismo que recoger y solicitar pruebas para fundamentar su defensa; el poder interponer los recursos ordinarios de apelación y de hecho, como también los extraordinarios de casación y revisión; la garantía de invocar los autos de conclusión que finalizan definitivamente el proceso sin agotar el trámite procedimental para proferir sentencia, como en las declaratorias de que el hecho no ha existido, que la conducta es atípica, que el procesado no lo cometió o que obró conforme a causal de justificación o de inculpabilidad, o que se ha extinguido la acción penal, según el numeral segundo del art. 125 del procedimiento, la consagración del principio de contradicción en la etapa de juzgamiento, en virtud del cual y con entera libertad la defensa puede controvertir todos los cargos de la acusación pública; la igualdad de oportunidades que se le dan al procesado para que se practiquen todas las pruebas que tiendan a su defensa, las cuales deberán recibirse con el mismo celo que las pruebas de iniciativa del agente investigador¹³.

Como se advierte en todo este reglamento jurídico, el Código de Procedimiento Penal adquiere la categoría de un verdadero estatuto de garantías, de una codificación de derechos, sin cuyo cumplimiento en favor del capturado y procesado, la autoridad que los vulnerara estaría cometiendo graves delitos contra el derecho de defensa y la libertad individual. Son todos ellos unos parámetros jurídicos que han buscado su uniformidad en el derecho procesal latinoamericano. Por eso han sostenido ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍA OLMEDO:

"La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad. Es un derecho proclamado por todas las Constituciones, y reiterado en todas las declaraciones internacionales sobre derechos humanos, expresa o implícitamente.

"La intervención se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado, cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera fuere la estructura procedimental de este. En el sistema mixto comúnmente seguido por los códigos procesales penales americanos, el principio capta también, en consecuencia, el período de la instrucción, y debe dársele entrada aun en la investigación preliminar, aun cuando esté a cargo del Ministerio Fiscal o de la Policía.

¹³ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍA OLMEDO, *Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina*, en "Cuadernos de los Institutos", N° 108, Córdoba, Argentina, 1970, pág. 42: "El principio que consagra la inviolabilidad de la defensa debe regir en todo el curso del proceso, incluso durante la instrucción preparatoria del juicio plenario, y de él surgen los derechos de intervenir, declarar, probar, alegar y elegir defensor".

"De aquí que los códigos más modernos autoricen al imputado a hacer valer los derechos que la Constitución y la ley le acuerdan desde el primer acto de procedimiento dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso. Es una regla que debe ser extendida a todas las legislaciones, por cuanto es fiel expresión de la garantía judicial... Los derechos que no pueden negarse al imputado para el normal ejercicio de su defensa en el proceso penal, resultantes de la necesidad de su intervención, se muestran en la audiencia, en la prueba, en la discusión y en la asistencia técnica (defensa formal). La tutela del interés social trueca algunas de esas manifestaciones en imperativos para el Tribunal, como son las de conseguir la efectiva participación del imputado en el proceso, el nombramiento oportuno del defensor, y el llamamiento para la declaración indagatoria del sospechado de participación. El interés social requiere que el imputado pueda defenderse materialmente y sea defendido técnicamente, todo desde el comienzo del proceso"¹⁴.

Desde luego que la ley, en un soberano acto de justicia y de respeto por los derechos humanos, debe proveer a que esa garantía procesal no se torne ilusoria para quienes no están en capacidad económica de elegir una defensa técnica y letrada. En dichas circunstancias, el acusado siempre tendrá que estar asistido por un defensor de oficio o por un representante del Estado con esa misma investidura. De lo contrario, el debido proceso resultaría viciado en su más fundamental garantía. Por eso ha dicho don ANGEL OSSORIO: "Constituye la defensa de los pobres una función de asistencia pública, como el cuidado de los enfermos menesterosos. El Estado no puede abandonar a quien, necesitado de pedir justicia, carece de los elementos pecuniarios indispensables para sufragar los gastos del litigio"¹⁵. Si esto no constituyera un imperativo más moral que legal, querría decir que la justicia estaría más pronta al lado de los poderosos que de los humildes, y que como consecuencia de ello, los mecanismos procesales tendientes a la libertad individual, resultarían más ágiles y expeditos en favor de los primeros que de los últimos¹⁶.

¹⁴ ALFREDO VÉLEZ MARICONDE y JORGE A. CLARÍ OLMEDO, ob. cit., págs. 26 y 27; BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, en cita de LUIS CARLOS PÉREZ, ob. cit., pág. 157: "Pero si el derecho de defensa no tiene una configuración especial en la Carta, no por eso se amengua en ella su trascendencia, y de allí el que nuestro sistema armonice con los otros en permitir un cúmulo de intervenciones al imputado, directamente o por medio de representante; intervenciones que no solo consisten en reclamar contra el arresto, sino que se extienden al conocimiento de todas las actividades públicas de investigación y acusación; a oponer desde un principio pruebas sobre la inocencia o la no participación en los actos; a recusar al funcionario sin competencia procesal; a pedir la imposición de la ley favorable y que se aplique la vigente; a no formular acusaciones contra sí mismo ni contra los parientes en la escala prescrita; a proponer razones, acciones, excepciones y recursos contra los mandamientos del funcionario; a sustentarlos y a que se den motivos mejor fundados, en caso de que los suyos no sean atendibles. En fin, la garantía de defensa es objetiva porque exige el previo pronunciamiento legal sobre la licitud de la conducta y las circunstancias dentro de las cuales se desarrolla la acción; y subjetiva en el sentido de que el imputado puede oponer hechos, ideas o interpretaciones distintas que destruyan su culpabilidad, o la disminuyan, o la sitúen en otra descripción normativa".

¹⁵ ANGEL OSSORIO, *El abogado*, t. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, pág. 189.

¹⁶ PIERO CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 241: "Para que no vacile la fe en la justicia, tampoco debe ser admisible la sospecha de que la libertad personal de los humildes valga menos que la de los potentados; o que la justicia sea más rápida cuando se trata de arrestarlos a ellos y más lenta al dejarlos en libertad, cual si para las familias de los pobres el encarcelamiento del padre no costara, más que para los ricos, hambre y dolor".

3. RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA

El hombre, por el solo hecho de ser imputado de la comisión de un delito, por grave que este sea, no pierde los derechos inherentes a toda persona humana. Algunos de ellos, como el de la libertad individual, podrán sufrir algunas restricciones legales con respecto al individuo como tal, pero no como persona, dentro del contenido propiamente humano de esta expresión. En estas condiciones, el proceso penal tiene que iniciarse y desenvolverse con un pleno acatamiento y respeto profundo por la dignidad humana. La ley que olvidare estos principios o el juez que los violare, estarían conformando una concepción de la justicia y del derecho completamente deshumanizados y en virtual oposición con el signo espiritualista que debe informar al moderno derecho procesal penal.

Sobre estos parámetros morales, espiritualistas y legales, ha dicho nuestra ley de procedimiento que toda persona a quien se atribuya un hecho punible tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Es lógico que aquella atribución del hecho punible debe entenderse desde el primer momento de la imputación hasta el último de la ejecución de la pena. En todos esos grados y etapas del proceso, la persona sometida a él no puede sufrir ningún avasallamiento, agravio o afrenta que tienda a disminuirla como tal. Y si uno de los fines del proceso es el de encontrar la verdad material, histórica, la "verdad verdadera", los caminos para hallarla no pueden estar ensombrecidos con procedimientos nefandos, con repudiables técnicas de investigación, porque todo ello estaría atentando contra la dignidad humana y su aliada, la libertad individual. Por eso con acierto decía GIUSEPPE BETTIOL:

"...En la salvaguardia de los intereses de la colectividad lesionada por el delito, estará todo orientado hacia la tutela de la libertad sustancial y procesal del imputado y de su dignidad de persona; libertad y dignidad devienen de este modo aquellos valores —a nuestro parecer universales— indispensables para entender un proceso penal moderno. Si un significado tiene la democracia es precisamente el de revalorizar la persona humana en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede venir nunca sacrificado por razones de utilidad: el hombre"¹⁷. Infortunadamente, en el convulsionado mundo de hoy, cuando las razones de Estado priman sobre cualesquiera otras, cuando muchísimos gobernantes en los cuatro puntos cardinales de la tierra solo se sostienen mediante la violación permanente de los derechos humanos, aquellas "razones de utilidad" que sacrifican al hombre, se hacen presentes de continuo, bien en legislaciones penales del agrado y conveniencia de dichos gobernantes, o por la interpretación prevaricadora que en favor de esos gobiernos hacen los jueces en momentos de emergencia política.

¹⁷ BETTIOL, ob. cit., pág. 174.

No obstante ser este un principio más aclimatado en el derecho natural que en el derecho positivo, el legislador siempre ha querido recordarlo cuando ha buscado edificar el derecho sobre bases sólidas, sobre el respeto a la persona humana, por lo cual ha dicho NICOLA FRAMARINO: "Si el Código Penal debe ser la espada infalible para castigar al delincuente, el Código ritual, inspirado en las teorías de la sana lógica, al ser el brazo que guíe firme y segura aquella espada al pecho del reo, debe ser al propio tiempo el escudo inviolable de la inocencia. Bajo este aspecto el Código de Procedimiento Penal, que es el corolario legislativo de la ciencia y del arte judiciales, es el índice seguro del respeto a la personalidad humana y el termómetro fiel de la civilización de un pueblo"¹⁸. Por eso ha dicho también VICENTE ACCATTATIS: "El respeto de la persona humana significa, ante todo, que la persona no puede ser jamás considerada como instrumento, que no puede ser nunca degradada a cosa; ni siquiera cuando es puesta en confrontación con las exigencias de la sociedad organizada"¹⁹. En esta "confrontación", agregaríamos nosotros, debe existir un justo equilibrio entre los intereses de la sociedad y los del individuo, pero en aras de una política criminal utilitaria, no se puede sacrificar al hombre por servirle a la sociedad.

Es así como so pretexto de defender las instituciones de un país o los más valiosos intereses de una comunidad organizada, no se puede dentro del proceso penal ejercer la tortura para conseguir el esclarecimiento del hecho punible que ha atentado contra aquellos bienes o intereses jurídicos. Ese acto es el más ofensivo contra la libertad y la dignidad humanas, y quien lo practique o lo permita, estará ofendiendo su propia investidura al servicio de la justicia y estará manchando su propia dignidad personal²⁰. Practicarla en contra de un testigo, para obligarlo a orientar una investigación penal en el sentido en que lo quiere el torturador, o en contra del acusado para que admita hechos punibles que lo comprometan penalmente, es envilecer la misión misma del investigador o del fallador. Por eso, ahora mismo podemos gritar nuestra angustia con las pa-

¹⁸ NICOLA FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Buenos Aires, Librería Editorial General Lavalle, 1945, pág. 11; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948), se proclama: *Art. 1º*. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros: *art. 5º*. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, o inhumanos o degradantes. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), aprobada por la ley 16 de 1972, en el capítulo II, referente a los derechos civiles y políticos, preceptúa que "toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

¹⁹ VICENTE ACCATTATIS, "El sistema carcelario italiano entre represión y mistificación", en *Crímenes de la paz de Franco y Franca Basaglia*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1977, pág. 189.

²⁰ El Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el siguiente artículo tercero: "Ningún Estado permitirá la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

labras de JULIO CARO BAROJA, cuando en el prólogo a una inmensa obra llena de humanismo, dijo: "Nuestra época se ha deshonrado ante la historia por la aplicación que en ella se ha hecho de la tortura en causas políticas, cuando la tortura ya estaba desterrada de todo tribunal de justicia como algo horrible"²¹. Y no solo en causas políticas se manifiesta este flagelo de la justicia universal, sino también en procesos penales por delitos comunes, en los que es de poca entidad el bien jurídico protegido.

El infamante sistema, más practicado por policías y detectives, o por lo que se ha dado en llamar 'policía judicial', ha sido también tolerado por jueces y fiscales, y se ha extendido a los funcionarios administrativos de las cárceles y presidios de todo el mundo. Por eso es cierto que "nuestra época se ha deshonrado ante la historia". A la justicia se le han oscurecido sus caminos con el ludibrio de esos procedimientos desalmados y afrentosos. Un ataque así contra la dignidad humana es una grave ofensa contra toda la sociedad, la cual tiene derecho a exigir que se respete a uno de sus miembros, así este con su comportamiento delictuoso haya quebrantado sus vínculos con el ordenamiento social.

Por eso, el hombre privado de su libertad, es sagrado. Su silencio dentro del proceso lleva la garantía de no poder ser perturbado en nombre de la ley. Y si en representación de esta se le quisiera coaccionar física o psicológicamente para que rompa ese silencio, la prueba así conseguida estaría viciada de nulidad. Faltó en ella la libertad y la espontaneidad que le dan su valiez²². Por ello en el procedimiento penal, cuando se trata de recepcionar un interrogatorio, se prohíbe a los funcionarios ejercer violencia sobre el interrogado, lo mismo que hacerle preguntas capciosas. Por su parte, el Código Penal en su art. 279 prescribe:

El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

Pero este respeto a la dignidad humana, también tiene que trascender a las cárceles y presidios. Allí es donde más debe hacerse sentir una honda concepción humanitarista del hombre sobre el prójimo caído en desgracia²³. Infortu-

²¹ ANTONIO BERISTAIN, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S. A., 1977, pág. 18.

²² "A los efectos de la presente declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente por (o instigación de) un funcionario público, a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras..." (Quinto Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente).

²³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, *De la captura a la excarcelación*, ob. cit., pág. 205: "Si no en el frontispicio de los establecimientos carcelarios, a lo menos en la conciencia de sus directores, guardianes y demás personal administrativo, debiera estar presente, como supremo ideal humanizador, el hermoso pensamiento del legendario coronel MANUEL MONTESINOS Y MOLINA: «La prisión solo recibe al hombre. El delito queda a la puerta». O el lema de CONCEPCIÓN ARENAL: "Odia al delito y compadécete del delincuente". Sobre este aspecto ya habíamos hecho resaltar la censura contra la deficiente y muchas veces perjudicial alimentación que se ve obligado a recibir el recluso en aquellos establecimientos, por la avaricia y la insensibilidad del Estado, cuyo criterio es invariable, o sea, que a la cárcel penetra el delincuente, cierto o presunto, y no el hombre sujeto de derechos inalienables.

nadamente el personal de nuestras cárceles y presidios no tiene la formación moral ni la preparación intelectual suficiente para cumplir la delicada misión que se le ha encomendado.

Esos lóbregos, insalubres y deshumanizados lugares, construidos las más de las veces de una manera antifuncional, solo hacen pensar, con su grosera arquitectura, que allí sufre nuestro prójimo, que su angustiado grito en demanda de justicia solo se rompe contra sus muros, y que sus dolores, los del cuerpo y los del alma, no encuentran lenitivo alguno en sus semejantes. Por eso, a tanta soledad, a tanto sufrimiento y tantas penas, no puede agregárseles, sin cometer un crimen de lesa humanidad, la agresión física, la tortura, la injuria verbal, el olvido pleno de sus derechos como ser humano. Por eso, dentro de las "reglas mínimas" para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas, se dice que, "es evidente que todos los reclusos tienen derecho a esperar que sus derechos sean protegidos y que, a título de tratamiento, no se les someta a métodos físicos o psicológicos que ofendan las conciencias de la comunidad mundial"²⁴.

Pero el principio fundamental y así calificado por las Naciones Unidas, es el de que la privación de la libertad debe tener lugar en condiciones materiales y morales que aseguren el respeto de la dignidad humana. El ingreso de los detenidos debe estar organizado conforme a este principio, y debe ayudárseles a resolver sus problemas personales urgentes.

Si esto se cumpliera entre nosotros, no habría tanta y tan permanente reacción de la población carcelaria contra el tratamiento que sufren los reclusos, contra los métodos y sistemas para imponer la disciplina.

El escaso aire que reciben, la poca luz que los alumbraba, el diminuto espacio para su lecho, la tacaña y degradante alimentación que reciben, sus enfermedades que no se curan, sus dolencias que no se mitigan, sus lágrimas que nadie enjuga, sus reclamos que nadie escucha, todo ello constituye como una especie de venganza injusta de la sociedad contra los hombres encarcelados o en prisión. ¡No sabe la sociedad que olvidándolos de esa manera, moralmente está contribuyendo a la reincidencia, a engendrar más delitos, a que el hombre privado de la libertad en esas condiciones, máxime si es inocente, reniegue de la justicia y se rebele contra el orden establecido!

Muchos delincuentes habrá enfrentados contra el orden social, por la injusticia que padecieron en una cárcel, por el atropello de que fueron víctimas en una prisión. Siempre que la dignidad humana fue ultrajada en nombre de la justicia, el mundo perdió en valor moral, las instituciones disminuyeron en su valía protectora de los derechos humanos, y el funcionario que acudió a tamaño oprobio y vergüenza, debió haberse sentido inferior dentro de la especie humana. Vale la pena entonces cerrar este tema con el vibrante mensaje de J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA:

²⁴ En las Reglas de protección contra la tortura y los tratos degradantes de la Comisión respectiva de las Naciones Unidas, se destacó que las personas sometidas a cualquier tipo de detención, por la razón que fuera, debían gozar de los derechos humanos fundamentales. En la resolución se observa que la tortura y otras formas de trato cruel, inhumano y degradante son "flagrantes violaciones de los derechos humanos que continúan ocurriendo, no obstante su rechazo por la Asamblea General...". Referencia de ANTONIO BERISTAIN, ob. cit., pág. 93.

"Nosotros hacemos parte de una legislación que abolió la tortura de raíz. No necesitamos convencer a nadie, sino que tenemos la facultad para exigir: Basta citar la Constitución Nacional. Con ella no solamente protegemos a los torturados, sino que debemos sancionar a los torturadores. Mirar cómo se extiende la Constitución en ramajes de leyes y arrancar el ramaje jurídico necesario para vapulear a los mercaderes del tormento y hacer respetar el templo del Estado de derecho. Pero esto no basta: Laberínticamente, por vericuetos maliciosos que horadan la presencia de lo jurídico, los culpables, los verdugos de hoy, evaden, con sonrisa matrera, el condigno castigo que serviría para sofrenar la pujanza de lo bárbaro, de lo anacrónico, de lo brutal. Por ello se hace necesario una jurisprudencia que por ser nuestra y de nuestra aplicación, nadie pudiera obstaculizar, y que sirva, al par, para desalentar a los ejecutores de la tortura, indicándoles que ella es tan torpe para los fines propuestos que sirve, por sí misma, por su ultraactividad psicológica y por ser agresión total contra el Estado de derecho, para que sus víctimas aparentemente irredentas, sean redimidas. Si así se hace en todos los casos, si el poder jurisdiccional impone por doquier y siempre los principios de la equidad, entonces, lenta pero firmemente, los violadores de los derechos humanos aprenderán la lección de su propia torpeza y tal vez así se desanimen y regresemos a nuestro tiempo histórico: un derecho liberal, respetuoso del hombre, que solamente puede ser superado cualitativamente, ya que la justicia siempre camina hacia adelante, le está vedado mirar atrás"²⁵.

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La validez de este principio, desde la sola atribución a una persona de un hecho punible hasta la declaración legal de responsabilidad penal mediante sentencia ejecutoriada, entraña de por sí una filosofía tan profunda, tan humana y espiritualista del proceso, que de no olvidarse de dicho dogma cuando se analiza y se juzga la conducta del hombre frente a la ley penal, la justicia cumpliría mejor y más rápidamente su sagrada misión de dar a cada uno lo suyo.

Como lo reza la norma, se trata de un auténtico derecho que, por serlo, no le es dable a nadie negarlo sin cometer una grave falta contra esa que constituye una auténtica garantía del proceso penal.

Sin embargo, el principio tiene muchos enemigos, entre ellos la arbitrariedad de los funcionarios que tienen que ver con la investigación, la acusación y el juzgamiento, y el abuso que hacen los mismos de sus propias funciones, tanto procesal como extraprocesalmente.

Esa arbitrariedad, que resulta opuesta a la presunción de inocencia, surge en cuanto se ordena una captura improcedente según los derroteros legales, o cuando se cita para interrogatorio del acusado sin la prueba requerida para ello, para no citar dos ejemplos del comienzo de la instrucción.

²⁵ J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, "Nuevo Foro Penal", N° 8, Medellín, 1980, págs. 88 y 89.

Y el abuso, que generalmente se confunde con la arbitrariedad o es ella misma, se comete cuando, por ejemplo, se informa a los medios de comunicación, buscando tal vez resonante publicidad, que determinada persona ha sido capturada, interrogada, detenida, acusada o juzgada, por haberse encontrado culpable de determinado hecho punible. Con lo cual, dicho principio sobre presunción de inocencia habrá quedado muy maltrecho ante la conciencia pública.

Desde luego que, dados los actos jurídicos que necesariamente deben producirse dentro del proceso penal, entre otras cosas, para que aquel nazca a la vida jurídico-procesal, queda la sensación de que la presunción es la contraria, es decir, la de culpabilidad²⁶. Pareciera que mientras más a fondo se va presentando la vinculación de un acusado al proceso que se le adelanta, en esa misma intensidad fuera disminuyendo la presunción de inocencia. Es decir, que mientras va aumentando el contenido jurídico de la incriminación, la presunción de inocencia va rebajando en la misma proporción a los grados procesales de la acusación.

Según lo anterior, para que el principio tuviera el valor pleno y absoluto que se le ha querido dar, se necesitaría que al presunto infractor de la ley no se le privara de su libertad sino al término de la sentencia condenatoria. Pero es lo cierto que una medida de tan extrema gravedad, no solo perjudicaría los altos intereses de la justicia, sino también a cierta seguridad que la misma sociedad civilizada tiene derecho a reclamar de los soberanos poderes del Estado. En razón de ello ha dicho CLARÍA OLMEDO: "Si durante el proceso el imputado goza de un estado de inocencia (que no es propiamente una presunción) resulta inicuo que pueda ser castigado con detención o encarcelamiento o con cualquiera otra limitación de su libertad antes de que ese estado de inocencia sea destruido por la sentencia firme que lo declare culpable. De aquí que la coerción procesal contra el imputado deba tener carácter meramente cautelar, no pudiendo ser definitivas las medidas que se adopten por cuanto solo se fundamentan en méritos meramente provisionales, vale decir en méritos de posible declaración futura de culpabilidad"²⁷.

¿Se irá destruyendo entonces gradualmente dicha presunción, por la declaratoria de captura en estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por una orden de captura escrita, por el interrogatorio en calidad de capturado, por el auto de aseguramiento o privativo de la libertad, por el auto en que se formula la acusación, por la comparecencia en calidad de procesado a la audiencia pública, por el juzgamiento, por el veredicto condenatorio, etc.?

Es cierto que en todas estas eventualidades se le está haciendo a la persona la incriminación de haber consumado un hecho punible, lo que parecería hacer periclitar el dogma de la presunción de inocencia, en virtud del acervo

²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

²⁷ "Cuadernos de los Institutos", N° 121, Córdoba, Argentina, 1974, pág. 14.

probatorio que gradualmente ha ido recogiendo el proceso. De este criterio han participado insignes tratadistas de procedimiento penal, entre ellos BETTIOL, ALTAVILLA y FLORIAN. Este último ha dicho con razonamiento lógico y sindéresis conceptual:

"...Muy a menudo la presunción de inocencia puede descartarse y eliminarse, pues que todos los días se presentan casos de acusados varias veces reincidentes o confesos, o de reos delatados por pruebas materiales inmediatas o denunciados por su propia captura en el momento del crimen, *deprehensio in crimine*. Ahora bien, todo esto no se relaciona con ninguna presunción, sino que, por el contrario, encierra elementos de prueba que se manifiestan desde el comienzo y que revelan un estado de hecho desfavorable al acusado. Aquí la presunción de inocencia está ausente, no por razones teóricas sino de hecho, o, por lo menos, tal presunción se ve rápidamente eliminada por elementos adversos"²⁸. Lo que existe, como agudamente lo observa el mismo autor, es una tendencia a esa presunción, la que nosotros encontramos manifestada a todo lo largo del proceso: ante todo, en el derecho a la libertad, como regla general dentro del proceso, por mandato de la ley, en todos los derechos y garantías que tiene la defensa para cumplir su cometido, lo que de otra manera sería una falacia, un engaño dentro del ordenamiento jurídico.

Apuntan igualmente a dicha "tendencia" o bien "estado de inocencia", el principio de contradicción, los diversos recursos legales, el cambio de radicación de los procesos, la recusación en las diversas instancias, por cuanto en todos estos momentos —a título de ejemplo—, se estaría buscando una declaratoria de inocencia, valiéndose de los mecanismos antes citados y que da la ley.

De todas maneras, y en un más claro y concreto desarrollo de los planteamientos anteriores, podemos advertir que la presunción de inocencia incrustada como principio rector, no guarda armonía con los dispositivos procesales referentes al sujeto pasivo de la acción penal. Vemos cómo, por ejemplo, se puede abrir en su contra el proceso penal, cuando del medio de conocimiento o de las diligencias practicadas, el funcionario pudiera inferir que dicha persona es autora o cómplice de un hecho punible. Y cuando esto ocurriera, el mismo funcionario está facultado para llamar a dicha persona a un interrogatorio en calidad de procesado. Como se advierte, en esta situación jurídica, la presunción de inocencia quedaría ahogada en el inciso. Su calidad de "procesado" solo viene a desaparecer con un sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria debidamente ejecutoriados, lo que a nuestro juicio equivale a tener que admitir

²⁸ EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1968, pág. 335; GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, *Pruebas criminales en la legislación colombiana*, Bogotá, Ediciones de la Universidad Libre de Colombia, 1962, pág. 15: "En el proceso se advierten tres momentos o estados en relación con la responsabilidad. El primero es el de la presunción de inocencia, que algunos autores llaman «estado de inocencia». Ese estado o presunción no se destruye con la imputación (denuncia, indagatoria) ni con los actos jurisdiccionales del proceso (auto de detención preventiva, llamamiento a juicio, embargo preventivo) porque estos están edificados sobre bases de probabilidades. La presunción o estado de inocencia perdura a través del proceso, y solo desaparece con el agotamiento del «juicio previo» y la sentencia condenatoria, con carácter definitivo, si es que el proceso no es susceptible de revisión, lo cual hace muy discutible que aquella haga tránsito de cosa juzgada".

que hasta dicho momento definitivo del proceso, hubo un "presunto culpable" y no un "presunto inocente"²⁹. Aunque dentro de un juego habilidoso de palabras se podría invertir aquel predicado, diciendo que siempre habrá un "presunto inocente", mientras una sentencia condenatoria en firme no declare lo contrario.

Otro tanto ocurriría cuando se ordena la privación de la libertad. En dicho caso, el funcionario, para justificar dicha medida esencialmente cautelar, tiene como motivación la de que por las diligencias practicadas, ha podido inferir razonablemente que el procesado es autor o cómplice del hecho punible investigado. No parte en manera alguna dicha medida de la presunción de inocencia, sino de la presunción de culpabilidad, la cual sí se va destruyendo, bien cuando desaparezcan esos motivos que dieron lugar a la medida de aseguramiento, o cuando no se logre acumular la prueba necesaria para una acusación pública o una sentencia condenatoria. Es que "inferir razonablemente", como lo exige la norma procesal, que una persona es autora o cómplice de un hecho punible, jamás puede entenderse como una presunción de inocencia, como tampoco lo es cuando se le formula al procesado una acusación, por haber aparecido dentro de la investigación adelantada en su contra, "prueba suficiente que permita inferir razonablemente, la existencia probable del hecho típicamente antijurídico", y de que "el procesado es autor o cómplice a título de dolo, preterintención o culpa". Y así se podría seguir agregando ejemplos que conducirían *ad absurdum*, como sería el de que todas esas medidas y decisiones en contra del procesado, pudieran coincidir con la declaración expresa o tácita de la presunción de inocencia³⁰.

Tal vez a esto que se ha dicho se debe la crítica y explicación que ha hecho CLARIÁ OLMEDO a la presunción de inocencia: "Esta (la Constitución) nos dice que ha de presumirse la inocencia y ha de preservarse la reputación y la honra de quienes no hayan sido declarados responsables. Es decir, interpretando más

²⁹ ENRICO ALTAVILLA, *Sicología judicial*, vol. II, trad. de Simón Carrejo y Jorge Guerrero, Bogotá-Buenos Aires, Edit. Temis y Depalma, 1970, pág. 1066: "En verdad, la presunción de inocencia no tiene contenido real, pues si se procede, si se ha emitido una orden de captura y si se ha llamado a juicio, todos estos son signos evidentes de que se ha creado una presunción de culpabilidad, que solo puede invertirse cuando contra una absolución el ministerio público introduce una imputación".

³⁰ GIOVANNI LEONE, ob. cit., t. I, págs. 564 y 565: "Esta afirmación de la presunción de inocencia del imputado fue acogida por el pensamiento jurídico liberal, que tomó origen de aquel histórico documento (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano); mientras no encontró en la Relación Ministerial al proyecto del Código de 1930 una vigorosa reacción, la cual se concretó en la afirmación del absurdo de tal presunción. Se afirmó en dicha Relación: «Sagrado e inviolable sin duda el derecho de defensa, cierto e indiscutible el principio de que al imputado no se le puede considerar culpable antes de la sentencia irrevocable de condena; pero que se lo haya de conceptuar inocente mientras se procede contra él por serle imputado el delito, es una tal enormidad, una tan patente inversión del sentido lógico y jurídico, que no se puede admitir aun ni como forma retórica. Mientras hay un procedimiento en curso, no hay culpable ni inocente, sino únicamente indiciado: solo en el momento en que recaiga en la sentencia, se sabrá si el indiciado es culpable o inocente».

"En sustancia, la misma legislación fascista no derrocó la presunción de inocencia, sino que la declaró solamente inútil, no pudiéndose hablar, en el curso del proceso, ni de presunción de inocencia ni de la opuesta presunción de culpabilidad".

cabalmente el texto: es el principio de inocencia que se enuncia, desde un punto de vista positivo, como de reputarse inocente a todo ciudadano que no haya sido declarado culpable sino por sentencia firme que así lo exprese. Entre tanto no es culpable, y si no es culpable, es inocente. Así es como se desenvuelve el principio para poderlo captar con mayor precisión y evitar las duras críticas que se le han hecho generalmente cuando se habla de la existencia de una presunción. Si fuera una presunción de inocencia, se podría ir destruyendo durante el proceso, con la sospecha de culpabilidad, en caso de que se pensara que es «*juris tantum*», ya que no resiste a la prueba en contrario, y si fuere «*juris et de jure*», no podría eliminarse con la sentencia firme"³¹. En lo cual no le falta razón al eminente jurista argentino, porque como se verá luego, al amparo de dicha presunción o estado de inocencia, el procesado podrá ser espectador silencioso del proceso, sin tener que alegar nada en su favor, mientras a la acusación pública le corresponde la carga de la prueba, no solo con respecto al hecho punible objetivamente considerado, sino también a su autor y su correspondiente culpabilidad³².

Ese "estado de inocencia", según CLARIÁ OLMEDO, o "tendencia" a la presunción de que hablara FLORIAN, debiera reconocerse desde el mismo momento en que se ha de decidir sobre una captura³³. Lo decimos, porque se trata generalmente de un momento procesal en que todo es muy incierto, muy vaga la prueba, confusas las circunstancias que rodearon la comisión del hecho en investigación. Por ello, ordenada una captura y como consecuencia de ello vincular a dicha persona como procesada, con el respectivo interrogatorio, le queda ya el estigma que contradice un poco el principio que hemos venido analizando. Pero en concordancia con el mismo —y lo vamos a estudiar en seguida—, dentro de nuestro procedimiento penal se consagró el derecho a la libertad, siendo esta la regla general, con las obvias excepciones, por las causas y condiciones preestablecidas en la ley³⁴. Debiendo proceder igualmente toda ausencia de coerción de la libertad individual, siempre que se presenten dudas, no solo sobre la existencia del hecho típico, sino también sobre su autor y su culpabilidad.

³¹ JORGE A. CLARIÁ OLMEDO, "Cuadernos de los Institutos", N° 132, 1977, pág. 125. Y agrega: "Este principio de inocencia que, como indicáramos al principio, no es una presunción sino un estado en lo conceptual aunque no en el texto de la Constitución".

³² GUILLERMO CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, t. III, Buenos Aires, Edit. Heliasta S.R.L., 1974, pág. 374: "Presunciones en lo penal: En el enjuiciamiento penal, la presunción consiste en la inocencia del procesado; por tanto, de no probar la acusación pública o privada los hechos que alegue y el estar penados, procede la absolución, lo mismo que en caso de duda. Ello no excluye el fallo basado en indicios vehementes, que presumen precisamente la ejecución aun no habiendo plena prueba directa".

³³ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, en "Nuevo Foro Penal", N° 6, cit., pág. 27: "Otro principio universal que nunca debe olvidarse en estas materias, es el de presunción de inocencia, el cual debiera operar en todas las etapas del proceso, aun desde el mismo momento en que se deba resolver si se ordena o no la captura de una persona".

³⁴ CLARIÁ OLMEDO, *Las garantías constitucionales*, en "Cuadernos de los Institutos", cit., pág. 91: "El principio de inocencia debe presidir cualquier criterio normativo sobre coerción personal del imputado, por lo cual la interpretación de esas normas debe ser restrictiva sin excepciones, y en caso de duda sobre las cuestiones de hecho configuradas en ellas, habrá de estarse en favor de la libertad".

Como los italianos llegaron a la conclusión de que no se podía hablar dentro del proceso sobre presunción de inocencia, ni sobre presunción de culpabilidad, resolvieron el problema que originó una aguda polémica en la doctrina y la jurisprudencia, diciendo en sus textos legales que “al imputado no se le considera culpable hasta la condena definitiva”. Y sobre esto se pregunta CARNELUTTI: “¿Por qué un principio así se declaró nada menos que en la Constitución? Se diría un principio lógico, no jurídico: la duda no es certeza, y la imputación no comporta más que una duda, así sea fundada. Si del principio lógico se ha hecho una norma jurídica, ha sido para exigir de las gentes que se comporten, en orden al imputado, de modo que no le ocasionen las mortificaciones que vendrán sobre él, si vienen, de la certeza del delito, es decir, de la condena”³⁵. De donde tendríamos, trasplantando esta argumentación a nuestra ley procesal, que la “presunción de inocencia”, de principio lógico que era, se convirtió en una norma jurídica, para recabar la mayor prudencia y equidad de los funcionarios, cuando tengan que resolver sobre la imputación de un hecho punible a una persona, lo mismo que cuando tengan que decidir sobre su libertad, su acusación, juzgamiento o condena³⁶.

Estas son naturales consecuencias del principio, pero habrá otras que las iremos encontrando en la medida en que avancemos en el estudio y análisis del estatuto procesal penal. De momento agregaremos que el interrogatorio que se le hace al procesado, lo consideramos como un medio de defensa y no de prueba, porque si fuera lo último, tendríamos que el propio legislador —y en la más importante diligencia del proceso, como lo es el interrogatorio al acusado— estaría, si no presumiendo, por lo menos buscando la culpabilidad, en lugar de estar presumiendo la inocencia. Tampoco se le podría considerar como objeto de persecución, ya que esta circunstancia estaría desfigurando el principio. Al respecto ha dicho CLARIÁ OLMEDO: “Si el imputado es inocente mientras no sea declarado culpable por sentencia firme, de ese dogma surge una primera consecuencia, que se proyecta en todo el curso del proceso, desde el primer momento hasta el final; para la ley procesal, debe ser un sujeto de la relación procesal (o del proceso, si no se admite esta concepción), y nunca un objeto de persecución.

”Decir que el imputado debe ser sujeto de la relación procesal, significa elevarlo de nivel, dignificarlo, reconocer que debe ser una persona con derechos y con deberes; no una víctima olvidada, a quien se detiene e incomunica desde la primera sospecha, con la idea no oculta que confiese”³⁷. Creemos por esto mismo, y además pertenecer a un genuino sistema acusatorio, que nuestra ley procesal, con indiscutible acierto, suprimió la incomunicación, que dados los

³⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pág. 125.

³⁶ GIOVANNI LEONE, ob. cit., t. I, pág. 463: “En relación al tema de las pruebas, la presunción de inocencia sirve para llevarnos de nuevo a un principio que circula en todo el proceso; el principio del *favor libertatis* en virtud del cual todas las normas restrictivas de la libertad no pueden constituir objeto de aplicación analógica...”.

³⁷ CLARIÁ OLMEDO, “Cuadernos de los Institutos”, N° 108, cit., págs. 17 y 18.

motivos en que se fundaba según la ley anterior, también contradecía el principio sobre presunción de inocencia³⁸.

En definitiva, si del propio ordenamiento procesal no pareciera confirmarse la presunción de inocencia, marcándose así una muy notoria contradicción entre el principio rector con una buena parte de las restantes normas de procedimiento, en la aplicación de este se debe buscar ante todo las interpretaciones que tiendan al *favor rei* y al *favor libertatis*. A nuestro entender, así se desprende no solo de la letra sino también del espíritu de la ley que otorgó facultades extraordinarias para la expedición del Código. Esa idea de libertad, dentro de un generoso criterio que no pugne grave y abiertamente con los intereses de la sociedad, debe primar siempre en las decisiones del proceso penal. El luminoso pensamiento de GIUSEPPE BETTIOL invoca este camino, como el mejor para evitar los peligros de una injusticia:

“Nosotros podemos conceder que en el proceso penal no opere una presunción de inocencia entendida en estrictos términos técnicos, porque un proceso penal puede ser iniciado en cuanto subsistan indicios a cargo del imputado; sin embargo, ello no excluye que la idea expresada por la presunción de inocencia deba considerarse como una idea motriz de un proceso que no esté al servicio de una tiranía política. Se trata de uno de aquellos postulados políticos del proceso que explican y justifican el proceso penal moderno como una conquista del principio de libertad contra la opresión.

”Es verdad que para comenzar un proceso penal son necesarios «indicios» a cargo del imputado, pero una presunción de culpabilidad requeriría siempre la prueba de los mismos indicios *in limine*, mientras que tal prueba puede ser suministrada —si acaso— solo mediante el proceso. En sustancia, no existe propiamente ni una presunción de inocencia ni una presunción de culpabilidad a favor o a cargo del imputado, pero ello no quita que el criterio de libertad —cual expresión de la idea de inocencia— anime todo el proceso penal”³⁹.

5. LIBERTAD PERSONAL

Se consagra en el Código de Procedimiento Penal el derecho de toda persona a la libertad y la seguridad personales, pudiéndose solo proceder a la priva-

³⁸ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 618: “Entendidas en su verdadero sentido, las presunciones legales no se oponen a la estructura del proceso penal; pero como constituyen una limitación a la libertad del juez para valorar las pruebas, es mejor suprimir las que vayan contra el sindicado, porque contrarían los principios universales de que ningún hecho ilícito existe mientras no sea probado plenamente y que al sindicado se le considera inocente mientras no se pruebe plenamente su responsabilidad penal. Este último principio constituye una verdadera presunción de inocencia, que determina la ausencia de carga de la prueba de la no responsabilidad”.

³⁹ BETTIOL, ob. cit., pág. 191. Y agrega, pág. 281: “En el proceso penal de la Rusia soviética se partía incluso de una presunción de culpabilidad que ponía prácticamente a cargo del imputado la prueba de su inocencia. Hoy —a cincuenta años de la Revolución— en un clima político menos ardiente que consiente hablar de una ‘legalidad socialista’, mientras el recurso a la analogía deviene menos frecuente en materia penal, también en el campo procesal penal la primitiva presunción de culpabilidad que invertía la carga de la prueba ha sido suavizada...”.

ción de su libertad por las causas y en las condiciones preestablecidas en la ley. Con esto se cumplió el mandato de la ley 6ª de 1979, por la cual se concedieron facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal. En dicha ley se ordenó que en el nuevo estatuto procesal se "consagrara el principio de la excarcelación". Lo que en síntesis significa que la libertad individual de toda persona sometida a un proceso penal debe mantenerse al máximo, respetarse en grado sumo, protegerse por parte de los funcionarios que en un momento dado pudieran restringirla. Por eso podemos afirmar que si bien es cierto que el Código de Procedimiento Penal es un instrumento jurídico que traza las pautas para el esclarecimiento del hecho punible, la individualización de su autor o autores, la determinación de la respectiva responsabilidad penal, también es cierto que debe considerársele como un vigoroso estatuto legal protector de las libertades individuales, escudo de la seguridad personal y fuente de muchos y muy sagrados derechos del hombre que es sometido a un proceso penal. Razón tuvo entonces PIETRO FREDAS para decir: "La Declaración de los Derechos del Hombre es la conquista más grande de la humanidad. La libertad individual encuentra su defensa en el Código de Procedimiento Penal". Así reitera lo que otros, y especialmente EUGENIO FLORIAN, han afirmado sobre este punto, es decir, que "el Código de Procedimiento Penal es el Código de los hombres de bien, porque le opone vallas a la arbitrariedad y proporciona armas adecuadas para luchar contra los delincuentes"⁴⁰. Nosotros agregaríamos que el mejor termómetro para medir la civilización y la cultura jurídica de un pueblo, en lo referente al amparo y defensa de las libertades individuales, estaría en la manera de concebir sus códigos fundamentales, como lo son el penal y el de procedimiento, los que a diferencia de los demás códigos, son los que tienen que ver con ese supremo bien del hombre como es su libertad.

No es entonces un criterio defensor el que inspira estos principios. De tiempo atrás en nuestros códigos se había defendido la misma filosofía, no solo porque ese debe ser el talante jurídico de un pueblo inmerso en las corrientes más avanzadas de la cultura en todos los campos, sino porque también ha sido el eco de organismos internacionales que también han levantado la misma bandera civilizadora. En efecto, en la ley 74 de 1968, por la cual se aprobaron los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se dijo lo siguiente:

"Art. 9º. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta".

⁴⁰ EUGENIO FLORIAN, *De las pruebas penales*, t. I, pág. XXXIV; CARNELUTTI, ob. cit., pág. 163: "Hay, pues, y cómo y hasta qué punto, un interés en la libertad, dentro del proceso penal, y hay incluso su fuerza de propulsión..."

Como se advierte, su texto es el mismo del artículo cuarto de nuestra ley procesal y que estamos analizando.

Posteriormente, en virtud de la ley 16 de 1972, por medio de la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se dijo:

"Art. 7º. Derecho a la libertad personal.

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

"2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

"3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

"4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

"5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

"6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención, y ordene su libertad si el arresto o detención fueron ilegales. En los Estados partes, cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

"7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios".

La misma ley 74 de 1968 había prescrito que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Fieles a todos estos principios de la cultura jurídica universal, habíamos expresado esos mismos lineamientos antes de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, en una discreta sugerencia para que dichas bases fueran tenidas en cuenta al momento de las reformas: La tercera oportunidad procesal en que el juez debe reflexionar muy bien con respecto a la privación de la libertad de un sindicado, es al momento de resolverle la situación jurídica. Es aquí cuando se debe tener la mayor precaución en la decisión que se ha de tomar, por cuanto ese breve tiempo de detención transcurrido hasta ese momento, no ha alcanzado tal vez a tener serias y graves repercusiones en la vida del acusado, como serían los traumatismos económicos, la pérdida de su empleo, el

perjuicio en sus negocios, su desprestigio ante la sociedad, el impacto moral en toda su familia. Hasta ese instante, probablemente la unidad familiar todavía está intacta, aún no ha transcurrido el tiempo laboral que le haría legalmente perder el empleo que tiene en la empresa privada o pública, las economías familiares todavía alcanzan para proveer a los gastos más urgentes, aún el ritmo normal de sus negocios no ha sufrido ninguna alteración sensible, por todo lo cual esa breve detención pudiera no significar un serio impacto al reingresar en estado de libertad al seno familiar, de la sociedad y de sus actividades de todo orden. Fuera de que por haber sido tan breve aquella privación de la libertad, podría haber pasado socialmente inadvertida, en cuyo caso podría librarse del entredicho y las sospechas que generalmente la opinión pública sigue adjudicándole al excarcelado.

Todo esto tiene que hacer pensar seriamente en la urgencia y en la necesidad de modificar sustancialmente nuestro sistema de detención preventiva y del régimen de la excarcelación. Para el primer caso, debieran exigirse mayores requisitos, o trasladarse la detención a una etapa más avanzada del proceso, etapa en la cual se pueda ya con mayor acervo probatorio emitir un juicio sobre la muy probable culpabilidad del autor de los hechos. Y para el segundo caso, hacer más extensivas las causales de excarcelación, mediante cauciones que permitan mantener al sindicado vinculado a la investigación.

Las ideas que hasta ahora hemos venido exponiendo, han tenido y tendrán indudablemente muchos opositores, pero que no son la mayoría, porque el pensamiento jurídico volcado hacia el procedimiento penal moderno, está inspirado en estos mismos principios de respeto máximo a la libertad individual y de no privar de ella sino en casos urgentes y de verdadera necesidad. Por eso, FRANCESCO CARRARA, quien en nuestro concepto, hasta este momento de la historia del derecho penal es la figura que más sabias enseñanzas nos ha legado en todas estas materias, decía que "la excesiva precipitación para encarcelar antes de la condena definitiva y el afán tan grande de hacerlo, por simples sospechas de faltas a veces levísimas son una poderosa causa de desmoralización del pueblo... La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla, pues deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal del individuo..." Y concluye el Miguel Angel del derecho penal, haciendo estas dos observaciones:

"1) Disminuir y abreviar en cuanto sea posible los encarcelamientos preventivos; 2) Una vez reducidos a los límites de la más estricta necesidad, reglamentarlos, de modo que no sigan siendo escuelas prácticas de perversiones morales"⁴¹. Por todo lo cual provoca decir con RICHARD BACH: "La única verdadera es aquella que conduce a la libertad. No hay otra ley".

Mirando ahora el problema de la libertad desde otro punto de vista, por el solo concepto de ecuanimidad y prudencia que fuera, sería preferible la libertad del procesado mientras una sentencia condenatoria en firme no declare su res-

pensabilidad penal. Sentar el criterio contrario, ante la mera expectativa e incertidumbre de la investigación, equivaldría sencillamente a un acto de injusticia, a una decisión arbitraria, a una innecesaria cautela. Como ocurre en todos los procesos penales que terminan con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria, después de que el acusado estuvo un tiempo considerable privado de su libertad, muchas veces hasta por varios años.

Cuando todo esto ocurre, se subleva el sentimiento de justicia, se indigna la conciencia pública, se rebela el espíritu de inconformidad. Los males que con ello se causa, son irreparables y ni siquiera una indemnización económica por parte del Estado, alcanza a compensar todos los perjuicios recibidos, por constituir la mayoría de ellos un gravísimo atentado a la personalidad moral del procesado. En cambio, manteniéndolo en el disfrute de su libertad, mientras se tramita el proceso, al concluir este con una sentencia condenatoria, ningún perjuicio habría recibido la justicia, por cuanto el condenado sería intimado a sufrir la pena impuesta. La teoría desde luego no podría tener carácter absoluto, porque también la sociedad se resentiría, y la justicia perdería confiabilidad, si en presencia de gravísimos delitos y ante la muy probable evidencia de culpabilidad de sus autores, estos no pudieran ser privados de libertad sino cuando en su contra existiera una sentencia condenatoria en firme.

Por estas razones, habrá eventualidades en que el conflicto entre el Estado con su derecho subjetivo de perseguir el delito y sancionarlo, y el individuo con su derecho a la libertad, dicho conflicto se resuelva en favor del primero, en aras de la seguridad pública y en interés de toda la sociedad. No se puede negar la existencia de delincuentes que abiertamente se han declarado enemigos públicos de toda convivencia ciudadana, que con frecuencia están exteriorizando, por las vías del delito, su rebeldía a reintegrarse sanamente a la sociedad, por lo cual una seria imputación de un hecho criminal en su contra, exige medidas cautelares sobre privación de su libertad.

Pero de todas maneras, el ideal sobre estas materias sigue siendo el de la más firme y permanente protección de la libertad individual en el proceso penal. Por ello prohibamos también el pensamiento de JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE: "Si fuese posible, por respeto a la libertad humana, a nadie debiera privársele de ella sino hasta el fin del proceso, cuando han quedado plenamente comprobadas la existencia del delito y la responsabilidad penal del inculcado. No siempre es necesario que la persona quede detenida desde que el procedimiento se inicia, sobre todo si se trata de delitos leves en que es forzoso tomar en cuenta la condición moral y social del inculcado, su arraigo en el lugar del juicio y la posibilidad de que se sustraiga a la acción de la justicia". Estructurar una ley con juicios tan ponderados y razonables como este, sería asegurar que, como mínimo, la justicia muy difícilmente se desbordaría en lesionamiento de la libertad humana.

Por todo esto, la doctrina, principalmente la italiana, ha querido crear una conciencia universal que orientada hacia el proceso penal, respete siempre los principios del *favor rei* y del *favor libertatis*. El límite a dichos principios, como antes lo hemos subrayado, es el de la estricta necesidad de que esa libertad

⁴¹ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "Nuevo Foro Penal", N° 6, cit., págs. 30 y 32.

sea restringida excepcionalmente, bien por la gravedad del delito mismo, según el valor jerárquico de los bienes jurídicos lesionados, o dada la personalidad del presunto delincuente, cuando por su reiterada trasgresión a la ley penal no se le considerare acreedor a dicha libertad. Por ello, nuestra ley procesal, entre los casos excepcionales en que procede la privación de la libertad, incluyó el de aquellos procesados que hayan sido condenados por delito doloso o preterintencional durante los cinco años anteriores a la fecha de la comisión del nuevo hecho punible, o durante ese mismo tiempo registrare tres o más sindicaciones por delitos de la naturaleza antes mencionada, según la previsión del artículo 330.

GIUSEPPE BETTIOL, quien en Italia ha sido un firme defensor de que la libertad individual debe protegerse al máximo dentro del proceso penal y que entre las normas que lo rigen se debe elegir la interpretación más favorable a las posiciones del imputado, ha dicho: "Bajo un cierto ángulo visual, el principio del *favor rei* es el principio básico de toda la legislación penal procesal de un Estado inspirado, en su acción política y en su ordenamiento jurídico, por un criterio superior de libertad. No hay en verdad Estado auténticamente libre y democrático en el cual tal principio no haya encontrado acogida, de ahí que en los esquemas jurídicos de semejante organización estatal siempre estará presente un estímulo hacia un reconocimiento de libertad y de autonomía de la persona humana. En la contraposición entre el *ius puniendi* del Estado, de un lado, y el *ius libertatis* del imputado, de otro, la preeminencia debe ser atribuida a este último si se quiere que el valor de la libertad sea el que triunfe...".

COTEJO DE LETRAS Y PERITAJE GRAFOTÉCNICO

Doctor LUIS GONZALO VELÁSQUEZ POSADA

Abogado de la Universidad de Antioquia. Miembro de la Société Française de Graphologie.
Miembro colaborador de la Sociedad Española de Grafología

INTRODUCCIÓN

El cotejo de manuscritos y, en general, el peritaje de grafismos y documentos están consagrados actualmente en casi todas las legislaciones. Al señalar los trámites específicos de la denominada "tacha de falsedad", por ejemplo, el art. 290 de nuestro estatuto procesal civil dispone en uno de sus incisos: "*Surtido el traslado se decretarán las pruebas pedidas y se ordenará, de oficio o a petición de parte, el cotejo pericial de la firma o del manuscrito, o un dictamen sobre las posibles adulteraciones*". (Se subraya). El art. 293 del mismo ordenamiento, a su vez, autoriza el cotejo de determinadas letras y firmas "*para demostrar la autenticidad o falsedad*".

En materia penal, como se sabe, el juez o funcionario de instrucción está en la obligación de decretar la prueba pericial "Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos". También es procedente este medio de prueba, según el estatuto vigente, cuando es menester traducir documentos a la lengua castellana "*y cuando se deba practicar un cotejo de letras*".

Ahora bien: ¿En qué consiste, exactamente, el llamado "cotejo de letras"? ¿Cuál es su verdadero alcance científico, si es que lo tiene, y su consecuente mérito probatorio? ¿Se justifica, en la actualidad, la previsión legal del cotejo de manuscritos como medio expedito para la verificación de su autenticidad? ¿Qué diferencia existe entre "cotejo de letras", prueba pericial grafotécnica y documentológica y "grafología"?

Planteamientos como los anteriores, que constituyen casi que un lugar común dentro de la literatura sobre pruebas judiciales, distan de ser novedosos. Prácticamente desde la aparición de la escritura, en efecto, legisladores y estudiosos de las más variadas latitudes han venido formulándose cuestiones semejantes y adoptando peculiares posiciones frente a este singular medio probatorio. Hacer algunas precisiones sobre estos tópicos, con miras a clarificar frecuentes confusiones y generalizados errores es nuestro propósito en el presente trabajo.

1. RESEÑA HISTÓRICA

A) Antigüedad de las maniobras falsificadoras

El fraude gráfico y documental, se dice con razón, es tan antiguo como la escritura misma. Investigadores como BERGMAN, BERCHARDT, BRUGSH, el propio