

**Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo**  
**Universidad de Cartagena**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Revista de Derecho  
*Law Review*



Nro. 9

Enero - Junio 2013



**Universidad  
de Cartagena**  
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. V	Nro. 9	PP. 1-179	Enero – Junio	2013	ISSN 2145-6054
--	-------------------------	--------	--------	-----------	------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen V Ejemplar No. 9 Enero – Junio 2013

ISSN: 2145-6054  
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA**  
Rector

**EDGAR PARRA CHACÓN**  
Vice Rector Académico

**ROBINSON MENA ROBLES**  
Vice Rector Administrativo

**JESÚS OLIVERO VERBEL**  
Vice Rector de Investigaciones

**MARLY MARDINI LLAMAS**  
Secretaria General

---

## ÍNDICE

	Página
<b>DERECHO SOCIETARIO</b>	<b>9</b>
DEBERES DE LAS SOCIEDADES INSCRITAS: UN ESTUDIO EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES COLOMBIANO. <i>Duties of registered societies: A legal study of the colombian stock market.</i> Camilo E. Quiñónez Avendaño	10
<b>DERECHO PÚBLICO</b>	<b>30</b>
MODELO CONCESIONAL DE OBRAS PÚBLICAS APLICADO EN LOS PERÍMETROS URBANOS. UNA ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE. PERSPECTIVA DESDE EL AED. <i>Concessional model of public works applied in urban perimeters.</i> <i>An alternative of efficient public policy. Perspective from the Economic Analysis of Law.</i> Raúl Fernando Guerrero Durango	31
<b>DERECHO PRIVADO</b>	<b>47</b>
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO. <i>Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.</i> Carina Susana Jorge	48
EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES? <i>Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?</i> Cristian David Jurado Ferrer	62
<b>DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA</b>	<b>88</b>
SENTIDO Y ALCANCE DE LOS “ESTADOS SIMILARES”. <i>Meaning and significance of the “similar States”.</i> José Fernando Botero Bernal	89
CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Outlines of due process in the Colombian law (I).</i> <i>Three integrative lectures about the presumption of innocence.</i> Miguel Antonio Morón Campos - Heriberto Antonio Díaz Arrieta	105
LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL. <i>Insecurity and fear to crime in global society.</i> Carlos Alberto Elbert	128

<b>FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	<b>146</b>
<b>ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.</b>	<b>147</b>
<i>Conceptual, methodological and normative aspects of balancing.</i>	
Yezid Carrillo De La rosa	
Liseth Johanna Reyes Carrillo	
<b>TRES MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA.</b>	<b>159</b>
<i>Three explicative models of the tensions between constitutionalism and democracy in Latinamerica.</i>	
Daniel Eduardo Flórez Muñoz	
<b>RESEÑAS</b>	<b>169</b>
<b>“CONTEXTO HISTÓRICO, BIOGRAFÍA Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL DEL JURISTA D. DIEGO ANTONIO NAVARRO MARTÍN DE VILLODRES EN ESPAÑA Y EN EL CONTINENTE AMERICANO”.</b>	<b>170</b>
<i>“Historical context, biography and institutional projection of the jurist D. Diego Antonio Navarro Martín de Villodres in Spain and the American continent”.</i>	
Paulo Bernardo Arboleda Ramírez	
<b>RESEÑA DE LA OBRA “THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW” DE WIM DECOCK.</b>	<b>177</b>
<i>Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.</i>	
Andrés Botero Bernal	
<b>INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS.</b>	<b>182</b>

# CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.\*

*Outlines of due process in the Colombian law (I). Three integrative lectures  
about the presumption of innocence.*

Miguel Antonio Morón Campos\*\*  
Heriberto Antonio Díaz Arrieta\*\*\*

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 15 de febrero del 2013

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 22 de mayo del 2013

**SUMARIO:** 1. Introducción; 1.1. Problemas a abordar; 1.2. Metodología del trabajo; 1.3. Desarrollo de los contenidos; 2. Marco Teórico: La Constitucionalización del Derecho Colombiano; 2.1. El Paradigma Neoconstitucionalista; 2.2. El Carácter Variable de los principios en el constitucionalismo moderno; 2.3. El papel del Juez en la Constitucionalización del derecho Penal; 3. La presunción de inocencia; 3.1. Ubicación Normativa; 3.2. Aproximación teórica; 3.3. Recorrido y matices jurisprudenciales; 4. Referencias Bibliográficas.

---

\*\* Este trabajo corresponde a la primera parte del informe final de una investigación financiada por la Fundación Universitaria Colombo Internacional (Unicolombo), cuyo nombre es "La Constitucionalización del proceso penal en Colombia 2006-2010: Contornos, problemas y desafíos de la jurisprudencia Constitucional" desarrollada el interior del Grupo de Investigación Derecho en Contexto desde el semillero Estudios Punitivos. Fecha de Inicio de la investigación: Septiembre/2012; Fecha en que finalizó la investigación: Febrero 2013. [derechoencontexto@unicolombo.edu.co](mailto:derechoencontexto@unicolombo.edu.co)

\*\*\* Estudiante de IV semestre adscrito al grupo de investigación Derecho en Contexto desde la línea de Estudios Punitivos del programa de derecho de la fundación Universitaria Colombo Internacional (UNICOLOMBO) Cartagena. Email: [mmoron@unicolombo.edu.co](mailto:mmoron@unicolombo.edu.co)

\*\*\* Estudiante de IV semestre adscrito al grupo de investigación Derecho en Contexto desde la línea de Estudios Punitivos del programa de derecho de la fundación Universitaria Colombo Internacional (UNICOLOMBO) Cartagena. Email: [heribertodiazarrieta@hotmail.com](mailto:heribertodiazarrieta@hotmail.com)

### **COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6th)**

Morón Campos, M. A., & Díaz Arrieta, H. A. (2013). Contornos del debido proceso en el derecho colombiano (I). Tres lecturas integradoras en torno a la presunción de inocencia. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, V (9), 105-119.

### **RESUMEN**

En las siguientes líneas se pretenderá hacer un análisis de la presunción de inocencia, concentrándose principalmente en los diferentes aspectos tópicos en los que la jurisprudencia constitucional ha sido recurrente, sin dejar de lado una aproximación histórica y una ubicación normativa de este. En ese sentido, el objeto de este trabajo corresponderá a identificar los límites interpretativos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el principio de presunción de inocencia en tanto su conexión necesaria con el debido proceso.

### **PALABRAS CLAVE**

Debido proceso, presunción de inocencia, derecho penal, garantismo, principio.

### **ABSTRAC**

*In the following lines will be sought to analyze the presumption of innocence, concentrating mainly on the different topical areas where the Constitutional Court has been recurrent, without leaving a historical approach and location of this legislation. In that sense, the object of this work shall identify the interpretative limits constitutional jurisprudence has established for the presumption of innocence as its necessary connection with the due process.*

### **KEYWORDS**

*Due process, presumption of innocence, criminal law, guarantees, principle.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En 1988, uno de los grandes teóricos del derecho moderno enunciaba una tesis que soportaría los cambios radicales del ejercicio del derecho penal y el derecho procesal penal en los próximos 26 años, “El derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado”. Winfried Hassemer, profesor y vicepresidente del tribunal constitucional alemán, a lo largo de su carrera ha soportado una obra en la que ha podido articular los problemas del derecho penal y el procesal penal con el derecho constitucional en tanto protección de derechos fundamentales. Las directrices del poder judicial Colombiano han tenido como soporte esta articulación y desde diferentes espacios académicos han reproducido este discurso. El jurista Alejandro Aponte Cardona, quien ha apoyado académicamente a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla” ha contribuido con publicaciones como “El manual para el juez de control de garantías en el sistema penal acusatorio” (2006) y “Captura y medidas de aseguramiento: el Régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal” (2006b), o contribuyendo en libros de autoría conjunta como “Reflexiones Sobre el nuevo Sistema procesal Penal. Los Grandes desafíos del juez penal Colombiano” (Uprimny, Barbosa, Aponte, Guerrero, Bazzani, & Urbano, 2005), entre otros. En este último trabajo, Aponte contribuye con un capítulo que defiende el principio de libertad a partir del análisis de la detención preventiva en la legislación procesal colombiana e inicia su disertación partiendo de la tesis inicial de Hassemer y expresamente citando

Adquiere sentido, tanto desde el punto de vista político jurídico, como científico penal. El hecho de que el proceso penal solo sea caracterizado como la materialización del derecho penal sustancial, sino también como derecho constitucional aplicado; en todo caso y por la misma razón, como indicador de la confluencia de la cultura jurídica y la cultura política en el Estado moderno. En el derecho procesal penal y en su realización práctica, se encuentran señales que permiten discernir, con mayor precisión, acerca de cuál es el modo real de actuación de un Estado frente a sus ciudadanos (Hassemer, 1988. Pág. 203 Citado En (Uprimny, y otros 2005. Pág. 112).

Esta forma de entender y aplicar el derecho penal y procesal penal esta articulado a un paradigma en el que el uso de los principios y valores soportan la carga interpretativa del ejercicio de los poderes públicos Estatales. Es Susana Pozzolo (1998), quien denomina con la categoría “Neoconstitucionalismo”, el conjunto de tesis que asumen teóricamente el estudio y el ejercicio del derecho como anteriormente se ha señalado con Hassemer<sup>1</sup>. La dinámica académica y jurisprudencial Colombiana no ha estado por fuera de estas lecturas, lo cual su estudio y aplicación constituye algunos de los problemas jurídicos

---

<sup>1</sup> Vale anotar que Winfried Hassemer es uno de los grandes defensores del Garantismo penal en Alemania, perspectiva teórica

contemporáneos necesarios para abordar e interpretar las diferentes categorías jurídicas locales que, sin lugar a dudas, la institución jurídica del debido proceso en materia penal, es de las instituciones problemáticas que ha sido objeto de múltiples debates académico-jurídico-sociales de los últimos 20 años.

El debido proceso como institución que soporta el derecho moderno, es una categoría que está ligada al mismo concepto de constitución en tanto esta se entienda como un límite al poder político, pues el debido proceso constituye la garantía mínima brindada por el Estado materializadas por el poder judicial, tendientes a asegurar la justicia y constituyendo un freno frente a los excesos de violencia que soporta el ejercicio del poder ejecutivo del Estado. En ese sentido, el estudio de este principio (y los demás que están ligados a este: Defensa técnica, favorabilidad, estricta legalidad, defensa, *non bis in ídem*, etc.) no puede estudiarse por fuera del canon neoconstitucional (García Jaramillo, 2012), del cual se discute tanto en las facultades de derecho Colombianas.

### 1.1. Problemas a abordar

En este trabajo se abordarán una serie de problemas vinculados al debido proceso que son comunes en el ejercicio de la jurisprudencia constitucional Colombiana, a partir de cómo estos hacen eco en el ejercicio jurisdiccional de los jueces penales, sea en clave sobre el control de garantías de una persona a la que se le iniciara una investigación penal, sea en clave para conocer la responsabilidad o inocencia de una persona a quien se le ha iniciado una investigación penal. Concretamente el trabajo se centrará en uno de los principios que confluyen al ejercicio del debido proceso en materia penal. En las siguientes líneas se pretenderá hacer un análisis de la presunción de inocencia, concentrándose principalmente en los diferentes aspectos tópicos en los que la jurisprudencia constitucional ha sido recurrente, sin dejar de lado una aproximación histórica y una ubicación normativa de este. En ese sentido, se pretenderá responder a ¿Cuáles son los límites interpretativos que la jurisprudencia constitucional ha establecido para el principio de presunción de inocencia en tanto su conexión necesaria con el debido proceso? Es con esta formulación que se pretenderá identificar los matices con los que se proyectan estos principios en el ordenamiento jurídico-penal colombiano.

En ese sentido se hará necesario delimitar un horizonte teórico que se constituya así mismo como el marco categorial del presente artículo de investigación. Es con el enfoque del neoconstitucionalismo y con la Constitucionalización del derecho penal, la que soportará las herramientas de análisis para una interpretación de estos dos principios que no solo

---

desarrollada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli. El Garantismo penal en tanto modelo que fortalece los presupuestos democráticos del ejercicio del Derecho desde una perspectiva dinámica frente a una concepción tradicional-formal de la validez jurídica, puede adecuarse como una forma de Neoconstitucionalismo. Una lectura para sus semejanzas pero sobre todo sus distinciones en (Salazar Ugarte, 2011).

soportan las directrices jurídicas del derecho moderno, sino que en sí mismos suponen las directrices ideológicas de una política penal acorde con los presupuestos de un Estado Social [y Democrático] de Derecho.

### **1.2. Metodología del trabajo**

Este trabajo se soportará bajo un enfoque *cualitativo* dado que utiliza la recolección de los diferentes documentos en los que se soportarán los límites interpretativos de la presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional Colombiana sin tener en cuenta su medición numérica, y su propósito es la descripción de los diferentes argumentos que convergen en la formación de dichos principios en tanto fruto de un proceso histórico de construcción, vista de conformidad con la lógica y el sentir de sus protagonistas.

A partir de un método explicativo y documental, se identificarán cuáles son los matices interpretativos con los que se proyectan el principio de presunción de inocencia en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, apoyándose en fuentes de carácter documental, entre otras, la jurisprudencia constitucional colombiana, documentos relacionados con la formulación teórica del derecho procesal penal, líneas jurisprudenciales de la corte constitucional, los documentos formativos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla relacionados con la presunción de inocencia, la favorabilidad penal y la Constitucionalización del derecho penal en Colombia.

En ese sentido las *fuentes primarias* de esta investigación se soportan en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Las *fuentes secundarias* que se usarán yacen en las obras originales y artículos de la doctrina contemporánea relacionados con el debido proceso, la presunción de inocencia, la Constitucionalización del derecho penal y por último, no siendo menos importante, los presupuestos teóricos y prácticos del Garantismo cognitivo.

La recolección de información se hará mediante la *Consulta Bibliográfica* de las fuentes de Información. A lo largo de todo el trabajo, de preferencia se consultarán las versiones en su idioma original.

Este trabajo se seguirá por las reglas formales establecidas por la *American Psychological Association* (APA)

### **1.3. Desarrollo de contenidos**

Teórica y metodológicamente este trabajo se desarrollará en tres momentos. Un primer momento en el que de manera analítica se introducirán los contenidos que permitirán

acceder a una comprensión dinámica de lo que se entiende por “principios del debido proceso en el ordenamiento jurídico penal colombiano”, para enseguida desarrollar los límites teóricos y jurisprudenciales con los que se asimila la presunción de inocencia, lo cual significa el objeto del presente trabajo. De esta forma, el tercer momento obedecerá a desarrollar algunas líneas perceptivas de lo que significa alguno de los problemas estructurales del ejercicio del derecho penal en Colombia por parte del poder judicial, es decir, se saltará de un desarrollo descriptivo a unas conclusiones reflexivas sobre los posibles problemas o recelos que supone asumir las diferentes interpretaciones que surgen en torno al objeto de estudio.

Sin embargo, esquemáticamente el trabajo contará con tres puntos sin tener en cuenta la presente introducción.

El punto dos supone el marco teórico del trabajo, el cual se intitula “la Constitucionalización del derecho colombiano”, en él se mostrará lo que en su momento supuso la inclusión del nuevo derecho en Colombia, el cambio cualitativo que surgió a partir de la jurisprudencia constitucional de inicios de los noventa, y como la academia jurídica Colombiana asumió esa inclusión. Se explicarán las tesis que suponen el papel del juez constitucional en la aplicación de los principios constitucionales y la prevalencia de la dogmática constitucional en el proceso argumentativo de las decisiones judiciales de los jueces nacionales.

En el punto tres y el punto cuatro, se proyectarán desde diferentes perspectivas las formas en que son enunciados el principio de la presunción de inocencia. En un primer momento se hará un esbozo analítico-normativo en el que se ubican expresamente las normas que conciben el principio mencionado. Este tercer y cuarto momento tendrán como objeto la exposición de delimitación en torno al principio que se desarrollará, más que un análisis concreto de este, se expondrán una serie de problemáticas y precisiones con que la jurisprudencia colombiana los ha modulado. En ese sentido, desde tres lecturas, la normativa, la teórica y la jurisprudencial, no se asimilaban de manera aislada sino desde una perspectiva integrativa en la que una soporta la interpretación de la otra.

## **2. MARCO TEÓRICO: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COLOMBIANO**

### **2.1. El paradigma neoconstitucionalista**

El neoconstitucionalismo es un discurso que agrupa una serie de tendencias teóricas que sirven de análisis y soporte a un modelo de Estado Constitucional de Derecho. Este discurso asume como punto de partida una lógica difusora de los derechos fundamentales a cada uno de los espacios donde se proyecta y ejerce el ordenamiento jurídico, en donde el Estado ya no se concibe como un fin en sí mismo sino que adquiere una función instrumental que garantice materialmente la idea de justicia. Esta lógica difusora o de

“irradiación” la teoría jurídica la ha rotulado como un proceso de “Constitucionalización del ordenamiento jurídico”, que en palabras de Guastini, aceptado y citado por (Carbonell, 2007), (Carbonell & Garcia, 2010), (Cruz, 2009), entiende a un ordenamiento jurídico “por poseer una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

El neoconstitucionalismo como discurso proyectado a encontrar criterios de justicia material a partir de la norma constitucional, o como discurso que propende un carácter sustancial de las normas constitucionales, obliga a que se incluya en el ordenamiento jurídico un sistema de principios y valores que impulsen estos fines. Esta re-materialización de las constituciones a partir de pautas morales (Carrillo, 2009), es lo que permite proyectar un cambio cualitativo que ofrece un apoyo a la legitimación del Estado Constitucional de Derecho, lo cual otorga una serie de características que lo diferencian de otros modelos de Estado, que entre otras, bajo las tesis desarrolladas por Guastini citado por Lancheros-Gámez(2009), se caracteriza por

1. La existencia de una Constitución rígida que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales. Es decir, una Constitución escrita cuyo procedimiento de modificación sea más agravado que el de una ley o de cualquiera otra norma de menor jerarquía.
2. La existencia de una garantía jurisdiccional que permita mantener la supremacía constitucional y preservar su máximo nivel de jerarquía cuando quiera que una norma de menor rango transgreda sus principios o reglas.
3. El reconocimiento de la fuerza vinculante de la Constitución. (...) las constituciones recientes, en particular, contienen un largo catálogo de derechos y libertades de carácter programático que exigen la actuación estatal con el fin de garantizar su pleno goce.
4. La interpretación extensiva de la Constitución, es decir, con la forma como ella es utilizada para llenar las lagunas de sus propias disposiciones y del ordenamiento jurídico en general.
5. La aplicación directa de la Constitución (...) Esta aplicación directa se refiere a la extensión de los efectos de la Constitución a las relaciones entre ciudadanos y los poderes públicos, y a las de los ciudadanos entre sí.
6. La interpretación conforme a la Constitución. Si las tres anteriores tienen relación directa con la propia Constitución, esta última tiene que ver directamente con el ordenamiento infraconstitucional. Desde una perspectiva conocida, puede señalarse que la supremacía de la Constitución obliga a adecuar todas las normas de inferior jerarquía a su contenido. Este hecho tiene como presupuesto aceptar que se pueden admitir distintas interpretaciones y que no todas ellas son constitucionales. En este sentido, únicamente las interpretaciones conformes con la

Constitución pueden ser admitidas, y solo cuando no sea posible interpretar una norma con los postulados de la norma suprema, ella debería ser declarada inconstitucional por la autoridad competente o inaplicada por los diferentes operadores jurídicos (Lancheros-Gamez, 2009).

Las tendencias Neoconstitucionalistas como se conocen contemporáneamente, en parte obedecen a una serie de reformas políticas gestadas en la segunda mitad del siglo XX. Los traumas generados por la Segunda Guerra Mundial obligaron a que la comunidad internacional proyectara una serie de reformas que redefinió el sentido de las cartas constitucionales mantenidas en ese entonces. En ese sentido, Ferrajoli en su ensayo “por una esfera pública global. Hipótesis para una democracia cosmopolita” rastrea como con la creación de la carta de las naciones unidas (1945) y la declaración universal de los derechos humanos (1948) se “redescubre el significado de constitución” al interior de los Estados, formulándose el término de “constituciones rígidas”, proceso que se rastrea con las declaraciones de las constituciones decimonónicas y que termina de formarse a partir de los diferentes impactos generados por las huelgas obreras de los siglos XIX y XX (Ferrajoli, 2004).

El concepto de “constitución rígida” se enmarca a uno de los tres elementos de análisis con los que Carbonell entra a considerar aquello que supone hablar de neoconstitucionalismo, concretamente, al primer elemento de análisis intitulado *Textos Constitucionales*, los cuales se caracterizan

“no solo a establecer los límites de competencia o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas –materiales– o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos” (Carbonell, 2009).

De estas breves consideraciones es que surge la necesidad de construir un discurso que responda a todo este cambio cualitativo que significó una ruptura en el pensamiento jurídico occidental del siglo XX. Constituciones como la de la República Italiana (1947) o la Ley Fundamental Alemana (1949), son soportadas e interpretadas por teorías que propenden por contenidos materiales al interior de ellas mismas y que este fortalecimiento se proyecta a cada uno de los espacios del ordenamiento jurídico garantizando a coordinación entre la constitución y el resto de normas del ordenamiento jurídico.

El discurso Neoconstitucionalista ha desarrollado tres categorías de análisis que reflejan la vieja discusión entre la tesis de la separación y la tesis de la vinculación entre derecho y moral. Puede distinguirse una categoría teórica, una metodológica y otra ideológica como perspectiva de análisis del neoconstitucionalismo. Carrillo, en su trabajo “Marco analítico

de la tesis de la vinculación y la tesis de la separación” las sintetiza de la siguiente forma. El neoconstitucionalismo teórico, que acepta una relación de conexidad contingente entre derecho y moral, es decir, desde este punto los principios y valores obedecen a criterios orientadores del ordenamiento jurídico debido a que las reglas jurídicas imposibilitan un panorama interpretativo completo y autosuficiente.

El neoconstitucionalismo teórico reconoce la insuficiencia del modelo de las reglas para dar cuenta del sistema jurídico contemporáneo, admitiendo la existencia de otros estándares como los principios; igualmente reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho y, por tanto, la insuficiencia de la subsunción en la aplicación del derecho. Exponentes de esta versión serían autores como, Ferrajoli, Pietro Sanchis y el propio Comanducci, entre otros, aunque es evidente que sus teorías no puedan reducirse unas a otras. (Carrillo De la Rosa, 2010).

El neoconstitucionalismo metodológico acepta que ente derecho y moral existen una conexión conceptual necesaria proyectada en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas constituciones. Esta subcategoría así mismo se divide en una posición fuerte y en una posición débil.

Los Neoconstitucionalistas metodológicos pueden a su vez subdividirse entre aquellos que proponen una teoría de alcance general, un neoconstitucionalismo metodológico fuerte, como sería el caso de Alexy, que pretende inferir conclusiones generales sobre el concepto de derecho, y un neoconstitucionalismo metodológico débil, como el propuesto por Dworkin que desarrolla su teoría teniendo en cuenta un contexto particular y, por tanto, limitando sus conclusiones al Derecho de los Estados Unidos y Gran Bretaña (Carrillo De la Rosa, 2010).

Por último, la Subcategoría ideológica del neoconstitucionalismo, asume la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, el cual proyecta la lógica de la difusión de la constitución hacia todo el ordenamiento jurídico. Carrillo citando a Comanducci, “señala además como una característica del neoconstitucionalismo ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y lectura moral de la Constitución. Exponentes de esta versión son Zagrebelsky, Alexy y Dworkin, entre otros, aunque, como en el caso anterior, sus teorías no pueden reducirse unas a otras” (Carrillo De la Rosa, 2010).

## **2.2. El carácter variable de los principios en el constitucionalismo moderno**

Antes de establecer las relaciones tranzadas entre el principio de justicia y ciencia jurídica, es necesario abordar una cuestión previa de carácter metodológico. La de establecer una

aproximación teórica de cómo se asimila el concepto de principio y como es asumida por los diferentes discursos que abordan la cuestión jurídica.

Los principios se refieren a una serie de categorías que se consideran legítimas así mismas, las cuales no necesitan ser validadas y se consideran autoevidentes a la hora de ser declarados. La obra de Hillmann (2001), epistemológicamente asume los principios como una serie de afirmaciones que,

1. cuya verdad puede ser certificada con tal frecuencia por la experiencia (experimento o prácticas), que es evidente, que no hay ninguna duda al respecto;
2. que no puede ser demostrada (porque no se conocen proposiciones básicas más generales de las que pueda deducirse) o que todavía no puede ser demostrada (por falta de método);
3. cuya verdad o falsedad en referencia a la realidad no interesan en principio, porque sus conclusiones, que se derivan de ella, deben considerarse solo dentro de un modelo conceptual, y,
4. que, independientemente del criterio de verdad y del sentido de toda afirmación, solo debe juzgarse de acuerdo con el lugar que ocupa dentro de una teoría.

Y el profesor Joaquín Arce y Flórez-Valdés <sup>(1990)</sup> entiende los principios jurídicos como aquellas afirmaciones que informan y fundamentan el derecho positivo. "Estos principios se inducen, por vía de abstracción o de sucesivas generalizaciones, del propio Derecho positivo, de sus reglas particulares, ya que son aquéllos los que, anteriormente, han servido al legislador como criterio para establecer aquel Derecho".

El derecho objetivo, registra por primera vez la inclusión de principios jurídicos o principios generales del derecho en el código civil austriaco de 1811, el cual fue construido por las tesis que soportan iusnaturalismo racionalista (Diez Picazo, 1973, pág. 203).

Según el código austriaco, si no se puede decidir una cuestión jurídica, ni conforme a las palabras ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en los casos análogos y en los fundamentos de otras leyes semejantes. Si resultare aun dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias cuidadosamente recogidas y moderadamente pesadas, según los principios jurídicos generales. Por su parte, el código civil italiano de 1865, en su artículo 13, decía que "si una controversia no se puede decidir mediante una precisa disposición legal, se recurrirá a las disposiciones que regulen casos semejantes y materias análogas y si el caso es aun dudoso, se decidirá conforme a los principios generales del derecho.

A la voz de Pórtela, haciendo eco en lo que Otero Parga por un lado, y Atienza y Ruiz Manero por el otro, el sentido con el que se abordarían los principios jurídicos podría partir desde cinco puntos que si bien podrían estar entrelazados, epistemológicamente difieren en su desarrollo. Los cuatro puntos a tener en cuenta son, como una norma muy general;

1. como una norma muy general;
2. como una norma redactada en términos particularmente vagos;
3. como norma programática o directriz;
4. como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico; y
5. como norma sobre la solución y la interpretación de la norma aplicable.

Las tesis que asumen los principios como normas programáticas o directrices, o, como aquellas normas que aseguran una dimensión de la moralidad, se enmarcan en un discurso iusnaturalista que entiende el derecho como un conjunto de reglas, principios y directrices. Este argumento es defendido por el estadounidense Ronald Dworkin, quien a finales de los setenta publica la obra *"Taking Rights Seriously"* como una crítica al discurso del positivismo jurídico, dirigiéndose concretamente a la obra de Herbert Amadeus Lionel Hart. Este enfrentamiento "gira alrededor de la pregunta: ¿Qué tipo de normas existen en los ordenamientos jurídicos y como se pueden identificar?" (Rodríguez, 2005).

Las tesis de Hart que aborda Dworkin, entre otras, a que el juez, cuando este frente a un caso difícil (*Hard Cases*), debe decidir discrecionalmente (Dworkin, 1989). Dworkin plantea que es imposible sostener la discrecionalidad judicial en esos términos, planteando que el juez tiene que ir en busca de los principios y/o directrices que se encuentran inmersos en el sistema jurídico al cual pertenece, y a partir de ahí, plantear una solución (Dworkin, 1989, pág. 73). "De allí que el principio de sujeción a la ley, debe sustituirse por el principio de sujeción al derecho" (Carrillo, 2008).

A diferencias de las reglas, que son de carácter dicotómico, es decir, obedecen al todo o nada, "los principios tienen una dimensión del peso o de la importancia" (Dworkin, 1989, pág. 77), de ahí a que su valoración, es decir, su peso, dependa de que tan fuerte ha sido el proceso argumentativo por parte del juez.

De estas críticas se desprende el gran desacuerdo que tiene Dworkin con el discurso del positivismo jurídico, la tesis de la separación (Dworkin, 1989). El positivismo considera que las razones morales deben estar tajantemente apartadas de la cuestión jurídica.

El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que

comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos (Dworkin, 1989, pág. 65).

Apoyándose en la Crítica de Dworkin, Carrillo reseña tres razones por las cuales podría objetarse la tesis de la separación,

Una primera objeción puede enunciarse a partir de la propia idea de Hart de contenido mínimo de derecho natural y que se opone a la tesis positivista de que el derecho puede tener cualquier contenido aunque parece que esta idea de Hart no es clara y en todo caso ella no conduce a inferir una conexión necesaria entre lo que es el derecho y lo que es moral.

Una segunda objeción afirma que cualquier sistema jurídico debe satisfacer ciertos principios mínimos que constituyen la moral interna del derecho: generalidad, publicidad, no retroactividad, comprensibilidad, no contradictoriedad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y coherencia institucional.

La tercera objeción es la de que los sistemas jurídicos modernos necesariamente incorporan gran parte de la moralidad positiva de los pueblos civilizados que coincide con ciertos contenidos de cualquier moral crítica racionalmente fundamentada y por ello son candidatos a obediencia prima facie racionalmente fundada.

Este ataque al positivismo por parte de Dworkin lleva a que este proponga su tesis integrativa entre el derecho y la moral. Entendiendo ese vínculo a partir de principios, directrices y otro tipo de pautas.

El termino principio en sentido genérico se refiere a todo el conjunto de estándares que no son normas. (...) llamo "directriz o "directriz política", al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. (...) llamo principio "principio" a un estándar que ha de ser observado, porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1989, pág. 72)

En ese sentido, Pórtela (2009), ve en los principios jurídicos unos ideales que "constituyen

la puerta que comunica el derecho con la moral, a partir de invocaciones genéricas a la equidad y a la justicia”.<sup>2</sup>

A la voz de Carrillo, en la idea de Derecho como integridad, supone un proceso de argumentación donde es fundamental el uso del razonamiento moral. Por otra parte, siendo consecuente con los ataques de Dworkin al discurso del positivismo jurídico, Carrillo sostiene que es imposible pensar el uso de principios bajo el modelo Hartiano del derecho, entendiendo que la regla de reconocimiento identifica cada una de las normas que pertenecen al sistema jurídico, y los principios, al ser una herramienta jurídica en la función judicial del juez, se usan a partir de la calidad argumentativa de los mismo, y no, desde la autoridad que supone la regla de adjudicación Hartiana<sup>3</sup> (Carrillo, 2008).

### **2.3. El papel del juez en la constitucionalización del derecho penal**

De acuerdo a lo anteriormente expuesto no se puede negar el papel constitucional que tiene el juez penal a la hora de ejercer su poder jurisdiccional. En ese sentido, El canon neoconstitucional afirmará la necesidad de un funcionario independiente y autónomo que proteja los derechos fundamentales durante el proceso. Bernal Cuéllar y Montealegre (2004, pág. 160) sostienen, ya sea en clave de control de garantías o en clave de conocimiento (2004, pág. 204), que el juez penal se proyecta ante las partes en tanto materialización del principio de igualdad de armas, del cual se inspira también el proceso acusatorio. Incluso, ya en el año 2003, se hace referencia a la función del juez control de garantías como un ejercicio de mandato constitucional ineludible en el que se debe velar la protección de las garantías fundamentales susceptibles de ser afectadas como consecuencia del ejercicio acusador por parte de la fiscalía (Corte Constitucional. C-1092/2003) (Corte Constitucional de Colombia, 2003). Por otra parte, Bernal y Montealegre, dan la misma importancia al juez de conocimiento fundamentando su papel a partir del principio constitucional de igualdad de partes, principalmente en garantizar en aquellas que personas que intervienen en el proceso, principios como la controversia de la prueba, intermediación de la prueba, concentración de la prueba, entre otros.

Este cambio cualitativo frente al ejercicio de los jueces modula una praxis de la dogmática constitucional en el derecho penal, pues si bien es deber del poder legislativo regular las disposiciones políticas declaradas en la constitución, no constituye razón suficiente frente

---

<sup>2</sup> Este trabajo del Pórtela titulado “los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo”, se proyecta como un referente obligado para asimilar un panorama general de cómo es abordado teóricamente los diferentes discursos en torno a los principios jurídicos y el vínculo que estas guardan con el Discurso de la Constitucionalización del derecho.

<sup>3</sup> En el Estudio Preliminar realizado por César Rodríguez (2005, pág. 88) en torno a “La Decisión Judicial- el Debate Hart-Dworkin”, se incluye el “Postscriptum” donde están las respuestas de Hart a las críticas realizadas en “Los Derechos en Serio”. En este documento que pertenece a una reelaboración del “Concepto de Derecho”, Hart reconoce que el Derecho debe aceptar ciertas dimensiones de la moralidad, situación que producirá un discurso incluyente del positivismo jurídico. En ese sentido, también los comentarios atinados de Pórtela (2009) en torno a la crítica contundente de Dworkin hacia Hart.

al juez que decida no fallar por encontrar este tipo de ausencias, Bernal y Montealegre explican que “al incorporarse al ordenamiento jurídico y dejar de ser una simple declaración o discurso político la eficacia normativa de la carta queda establecida”. En ese sentido, las acciones de los jueces que desconozcan las orientaciones ideológicas, principios y valores que constituyen la dogmática constitucional, están actuando contrario a los presupuestos normativos que fundan sus funciones jurisdiccionales. En el texto de Cuellar y Montealegre sostienen esta tesis citando un aparte de la C-217 de 1996

El derecho al debido proceso es de aplicación inmediata, lo que significa que para alegarlo, hacerlo valer, aplicarlo, reivindicarlo y exigir sanciones pertinentes por su violación no se necesita ley alguna que lo establezca o permita. En otros términos, la certidumbre y eficacia de la garantía constitucional no está supeditada a normas de orden legal que conduzcan a hacerla material y actualmente exigible (Corte Constitucional. C-217/1996) (1996)

La clásica expresión de Claus Roxin traída por Jaén (2005), que dice “El Derecho procesal Penal es el sismógrafo de la constitución” (Roxin, 1997), pues solo a partir de la práctica judicial desde los jueces penales y funcionarios en torno al derecho penal, puede valorarse el carácter autoritario o liberal de una sociedad. Solo a partir de su efectiva realización es que se pueden crear las condiciones de posibilidad para la protección de derechos fundamentales. En ese sentido, el “marco de validez” de la proyección normativa y judicial del derecho penal y del procesal penal está delimitada con la constitución política de cada Estado (Alexy, 1997, pág. 224), incluso, en caso de existir contradicción entre la norma ordinaria y la norma constitucional, el juez siempre deberá aplicar la de rango constitucional. Esto obliga a que el ejercicio de los jueces estén sometidos a lo que Bernal y Montealegre intitulan como “el principio de interpretación conforme a la constitución” (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 2004, pág. 226), explicando que “en caso de que una disposición de derecho ordinario –penal o procesal penal– dé lugar a varias interpretaciones alternativas, el operador jurídico debe optar por aquella que se ajuste a la constitución” (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 2004, pág. 227). Ya en la sentencia C-176 de (1994) explica que la aplicación de normas que estén dentro del ordenamiento jurídico, sean tratados o leyes ordinarias, “se tendrá la obligación de observar el texto de la disposición más la interpretación conforme a la constitución, hecha por la corte constitucional del caso concreto” (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 2004, pág. 228).

### **3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. UBICACIÓN NORMATIVA, APROXIMACIÓN TEÓRICA Y Matices JURISPRUDENCIALES**

#### **3.1. Ubicación normativa**

En la constitución la presunción de inocencia se sitúa en el Artículo 29, que afirma: “—El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie

podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de Preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)"

Según el bloque de constitucionalidad que también le da legalidad y vigencia a todos los tratados y pactos internacionales incluidos en Colombia, nos muestra que la presunción de inocencia llega al país cuando se ratifica en 1968 mediante la Ley 74 de ese mismo año, pues como producto del Pacto internacional de derechos civiles y políticos en Nueva York de 1966, en su Artículo 14 inciso 2 que dice: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

En 1969 se dio la convención americana de Derechos Humanos de San José, Artículo 8 inciso 2 la cual establece que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", Convención que fue ratificada en Ley 16 de 1972. Y así como también en la Declaración universal de Derechos Humanos en su Artículo 11 inciso primero que estipula: "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."

Todos estos tratados y convenciones hacen parte del bloque de constitucionalidad que respetan todas estas temáticas y direcciones del derecho internacional. Aunque estas tres referencias internacionales no tengan mayor diferencia respecto a la presunción de inocencia, queda de clara forma concisa la incorporación de estos tratados y convención a nuestra legislación colombiana.

### **3.2. Aproximación teórica**

En la citada obra de Bernal y Montealegre (2004) se sostiene que "se presenta la consagración constitucional del procedimiento penal cuando en una carta política se le reconocen a toda persona, entre otros derechos, los siguientes: a que su causa sea pública, se surta dentro de un plazo razonable y por un tribunal independiente e imparcial; que se presuma inocente hasta que su responsabilidad haya sido legalmente declarada".

En esta tesis puede verse lo que se ha explicado en apartes anteriores, la Constitucionalización del procedimiento penal y cómo desde ese punto de partida se pueden sostener todo tipo de garantías y derechos procesales. Son estos los principales elementos en los cuales se debe salvaguardar la dignidad humana. Ese fortalecimiento del

elementos en los cuales se debe salvaguardar la dignidad humana. Ese fortalecimiento del procedimiento en todo el sentido humanístico supone la ayuda a defender estos principios para evitar su futura vulnerabilidad.

“Por eso este principio es defensor y es de carácter obligatorio para cualquier institución legal” (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 2004), por lo tanto, nadie puede pasar por encima de este, pues su carácter es absoluto y también carece de ponderación, no acepta ser un principio neutral, o se presume inocente o se presume culpable la persona.

La presunción de inocencia es entonces aquel principio que solo puede ser refutado cuando en un proceso se demuestre con pruebas legales dicha contradicción, por lo tanto no debe existir ningún tipo de acusaciones en contra del indiciado con el fin de presumirlo como delincuente o culpable. Por eso este principio es defensor y es de carácter obligatorio para cualquier institución legal.

En palabras de D´Albora (2002, pág. 25), sobre la presunción de inocencia, “El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador”. O considerándolo como un derecho absoluto mediante el cual es exento de ponderación, por lo tanto o es otorgado sin ninguna limitación o es refutado mediante sentencia definitiva de un juez (Tines, 2012).

Históricamente, La presunción de inocencia se desconoció en toda la época inquisitiva debido a la importancia que se le otorgaba a creer que era mucho mejor presumir del carácter de delincuente sobre alguien que es apenas indiciado que a dejar un crimen impune, por lo tanto, acusar en dicha época parecía ser la creencia directa de una persona que sí había cometido el acto punible (Sánchez, 2013). Las acusaciones de aquel entonces eran válidas y le permitían al dedo selectivo del juzgador para condenar a la persona.

Así fue como en Francia en la declaración universal de los derechos del hombre y el ciudadano se da por primera vez en la historia el nacimiento de la presunción de inocencia en forma escrita, como producto de la gran revolución francesa.

Todo lo que implicó esto es que eran una serie de derechos que tenían vital importancia para el control del gobierno por parte del pueblo, eran "La clave de la felicidad humana" y considerada como derecho inalienable e innegable para el hombre; esta frase estaba consagrada en el preámbulo de aquella declaración humana-histórica. Dicha declaración del preámbulo como nombra el autor (Ovejero, María, 2004) servía para defender todos aquellos derechos y principios entre los cuales en el número 9 se encontraba la presunción de inocencia.

Sin embargo no todo fue tan fácil como se está comentando, puesto que primero se elaboraron una serie de proyectos que mostraban diferentes propuestas, por lo tanto el autor ahonda más en el tema para explicar cómo fue que realmente se introdujo este principio en la declaración del hombre y del ciudadano.

Según el autor citado, el proyecto que se terminó escogiendo por la asamblea para debatir fue la sexta sección. En este debate se sostuvo la discusión sobre el Artículo 14 de la declaración, que era la legalidad penal. Fue en medio de esa discusión cuando el penalista Duport sugirió el tema y logró persuadir lo suficiente para que el Artículo 9 fuera el de la presunción de inocencia.

Sin embargo para poder comprender lo que significó dicho avance en aquella época el autor considera necesario reconstruir no solo el pasado con las fechas célebres sino también, la reconstrucción de ese pensamiento histórico, lo importante es saber a qué estaban respondiendo esos cambios. Es entonces el estudio del sistema de represión francés necesario para comprender estos sucesos.

El sistema represivo francés del siglo XVII y XVIII respondía en general a toda una cultura del castigo de la Europa moderna en la que el estado era absoluto puesto que la ley era del monarca, generando frecuentemente actitudes despóticas frente al pueblo. En aquellos procesos penales eran juzgados muchos con castigos desproporcionados a la acción que habían cometido (Sánchez J. , 2010). Esas injusticias consideradas desde la perspectiva del pueblo generaron claramente el descontento colectivo y pensamiento revolucionario de la época que más tarde se convertiría en la toma de la Bastilla.

El poder del juez era directamente el poder del monarca, puesto que este era elegido para administrar justicia como producto de sus intereses, así como también todos aquellos que eran considerados nobles, abarcaban todas las funciones tanto en el plano económico como en el plano de seguridad (ejército). En respuesta de esto empezó a surgir doctrina acercado más a posturas humanistas tanto de pensadores como jurista que trataban de mostrar los abusos insostenibles de dicho sistema (Ovejero, María, 2004).

La situación de la Francia en aquel entonces no era un sinónimo de la no existencia de elementos que hoy consideramos como garantías procesales, como el *in dubio pro reo*, que muy similar al principio de favorabilidad en el sentido que el primero de estos responde a la ausencia de pruebas generar beneficio sobre el procesado. Lo que pasaba era que estas garantías no eran valoradas por los jueces ni por el sistema.

Un sistema penal que no respetaba garantías al procesado, y que directamente asumía la culpabilidad de la persona indiciada, respondía a los abusos del derecho penal, unas leyes

que existían pero que de las cuales no se conocían todas, dejaba al libre arbitrio de la concepción del juez sobre el caso en particular. El desconocimiento absoluto de las acusaciones hasta el juicio y muchos más, fueron los principales factores que la sociedad francesa no toleró y se revolucionó (Ovejero, María, 2004).

Frente a los antecedentes filosóficos y doctrinas jurídicas, es en Duport que se plantea a través de posturas racionales y humanistas de la filosofía del siglo XVIII que lo motivó a considerar factibles, todos aquellos cambios en el sistema penal. A pesar de que este principio de la presunción de inocencia no puede considerarse como originario y único de Duport, debe suponerse entonces, todo ese marco teórico que emanaba en el siglo XVII exigiendo un cambio sistemático del derecho penal, para hacerlo más justo y proporcional con las penas.

Con respecto a la doctrina, Beccaria ([1764]2011) haría un gran aporte y seguimiento a la presunción de inocencia, puesto que sus ideas fueron plasmadas antes de la revolución como tal, y afirmaba la importancia del respeto que debía tenerse a aquel que a pesar de las pruebas que dieran una realidad más cercana a estar seguros de su crimen, no debería otorgársele de manera pronta la culpabilidad en el proceso. Otorgándole en últimas al acusado la posibilidad de ser considerado como inocente hasta que no se dictara lo contrario en la sentencia del juez (Ovejero, María, 2004).

“La presunción de inocencia no era ni un derecho, ni una garantía procesal. Era tan solo un principio jurídico de origen romano que el nuevo pensamiento reformista quería introducir y utilizar para la construcción de un nuevo sistema penal, racional y humanitario”. Ni siquiera el mismo Beccaria considero darle supremacía a esta norma, lo observó y consideró muy brevemente como aquel principio que debería estar presente en todo proceso penal (Corte Constitucional. C-740/2003) (2003b).

### **3.3. Recorrido y matices jurisprudenciales**

La Corte Constitucional se ha proclamado en muchas ocasiones en sus respectivas decisiones al principio de la presunción de inocencia “como aquella garantía fundamental que tiene la persona vinculada a un proceso y acusada de cometer una infracción penal o disciplinaria, de ser considerada y tratada como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario y sea declarada culpable mediante sentencia ejecutoriada” (Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003) (2003c). Lo importante es tener claro que es una garantía fundamental que gozan todas las personas que han sido vinculadas a un proceso penal y que no deben ser juzgadas sin una sentencia definitiva.

“En virtud de este principio, el implicado en un proceso se libera de la carga de tener que aportar pruebas que demuestren su inocencia, correspondiendo al

Estado, por intermedio de las autoridades judiciales competentes, la demostración de su culpabilidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003, 2003).

Todo esto responde al respeto de un derecho personal y de dignidad humana que tiene un ser por naturaleza, por lo tanto esto lo defiende frente a su propia defensa, puesto que tiene que ser el estado el que debe demostrar la culpabilidad del indiciado. Nadie está obligado a defenderse por sus propios métodos (Corte Constitucional, Sentencia T 383 de 2011) (2011).

Este principio tiene una supremacía constitucional en el sentido que está con la persona desde el momento en que emite la acción penal, ya sea por denuncia, oficio o querrela. Y lo protege hasta que se acabe el proceso mediante una sentencia definitiva. La presunción de inocencia no puede ser negada en ningún momento por nadie que no sea un juez al que se le han presentado las pruebas correspondientes. Mucho más allá de toda duda razonable (Corte Constitucional, Sentencia C-271 de 2003, 2003).

Con respecto a la competencia de los legisladores y los jueces no está en sus funciones asegurar o insinuar la presunción de inocencia de ninguna persona puesto que los haría violar el artículo 29 de la constitución, por lo tanto es obligación para el legislador él no negar la Constitucionalización del derecho en una legislación de tipo sustancial penal. Esta Constitucionalización del derecho penal está precisamente para proteger y salvaguardar todos los derechos y principios constitucionales consagrados en la Constitución Política. (Corte Constitucional Sentencia C 289 de 2012).

El tema del alcance de la presunción de inocencia en un proceso que al indiciado se le dé una detención preventiva, puede resultar de tipo contradictorio en el sentido que la persona está siendo detenida y por lo tanto carece de libertad mientras se le está investigando estatalmente. Sin embargo la Corte Constitucional ha declarado que dicho principio de la presunción de inocencia no ha sido vulnerado puesto que su detención solo corresponde a facilitar el procedimiento de la justicia para dictaminar la claridad de los hechos y no el asumir la culpabilidad del individuo antes del fallo definitivo (Corte Constitucional. Sentencia C 121 de 2012 (2012)).

En el caso concreto de retiro del servicio de soldado profesional contra quien se ha dictado una detención preventiva por más de 60 días Corte Constitucional lo declara en contra de la presunción de inocencia ya que el argumento para retirar al soldado de sus funciones asume ya la culpabilidad jurídico penal. (Corte Constitucional Sentencia C 289 de 2012, 2012).

El resultado de esto no solo es de carácter prejuicioso y jurídico, sino más bien una verdadera destrucción de la estabilidad laboral.

“La presunción de inocencia, que entraña el hecho de que la libertad del procesado sea la regla y no la excepción y que, en consecuencia, corresponda al Estado la carga de la prueba necesaria para desvirtuar la inocencia. Se desconoce el artículo 29 de la Carta y el 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos” (Corte Constitucional sentencia 300 de 1994) (1994b).

Caso contrario sería precisamente el de la medida preventiva, puesto que la Corte Constitucional se ha proclamado al respecto de este tema en particular, y afirma que “La institución de la detención preventiva es compatible con la Constitución y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio. Es por eso que la Corte Constitucional ha distinguido entre ella y la pena.” (Corte Constitucional Sentencia 774 de 2001) (2001). Esta distinción en materia constitucional ha dejado claro que la prevención no es una pena en sí sino la forma en la que el estado puede disponer mejor sobre la investigación.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acción de tutela contra la Defensoría del Pueblo y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, aduciendo vulneración de sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al bloque de constitucionalidad, T-383/2011 (Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 2011).

Acción pública de inconstitucionalidad de los artículos 388, 396, 397, 398, 399, 400, 403, 404 a 409, 417, 418 del Código de Procedimiento Penal y los artículos, C-774/2001 (Corte Constitucional de Colombia 25 de julio de 2001).

ALEXY, R. (1997). “Teoría de la Argumentación Jurídica”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

APONTE, A. (2006). “El manual para el juez de control de garantías en el sistema penal acusatorio”. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa.

APONTE, A. (2006b). “Captura y medidas de Aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal”. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla; Consejo Superior de la Judicatura; Universidad Nacional de Colombia.

ARCE, J., & FLÓREZ-VALDÉS. (1990). “Los principios generales del derecho y la formulación constitucional”. Madrid: Civitas.

BECCARIA, C. ([1764]2011). “De los Delitos y las Penas”. Madrid: Trotta.

BERNAL CUÉLLAR, J., & MONTEALEGRE LYNETT, E. (2004). "El proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CARBONELL, M. (2007). "Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos". Madrid: Trotta.

CARBONELL, M. (2009). "El Neoconstitucionalismo en Su Laberinto". En M. Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos Escogidos* (págs. 9-12). Madrid: Trotta.

CARBONELL, M. (2013). "Derechos Fundamentales y Democracia". México Df: Instituto Federal Electoral.

CARBONELL, M., & GARCÍA, L. (2010). "El Canon Neoconstitucional". Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2010). "La inclusión de la moral, en el derecho y otros ensayos de teoría jurídica". Cartagena: Editorial Universitaria, Universidad de Cartagena.

CARRILLO, Y. (2008). "Problemas y Paradigmas de las Ciencias Sociales y la Ciencia Jurídica". *Crítica a la Cientificidad de la Dogmática Jurídica*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.

CARRILLO, Y. (2009). "La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico". *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, 213-230.

CRUZ, L. (2009). "La Constitución como orden de valores". *Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo*. *Dikaion*, 11-31.

D'ALBORA, F. (2002). "Código Procesal Penal de la Nación". Buenos Aires: Lexis Nexis.

Demanda contra el numeral segundo y el párrafo del artículo 2, el numeral tercero del Artículo 3 y el inciso primero del Artículo 5 del Acto Legislativo No. 03 de 2002, "por el cual se reforma la Constitución Nacional", C-1092/2003 (Corte Constitucional de Colombia 19 de noviembre de 2003).

Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 140 (parcial) del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 80, del Decreto 2282 de 1989., C-217/1996 (Corte Constitucional de Colombia 16 de mayo de 1996).

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 793 de 2002 por la cual se deroga la Ley 733 de 1996, C-740/2003 (Corte Constitucional de Colombia 28 de agosto de 2003b).

Demanda de inconstitucionalidad contra los Artículos 7 y 10, 19, 65 (parciales) de la Ley 1453 de 2011., C-121/2012 (Corte Constitucional de Colombia 22 de febrero de 2012).

Demanda hacia la inexecutableidad del numeral 8° del Artículo 140 del Código Civil., C-271/2003 (Corte Constitucional de Colombia 1 de abril de 2003c).

DIEZ PICAZO, L. (1973). "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho". Madrid: Ariel.

DWORKIN, R. (1989). "Los Derechos en Serio". Barcelona: Ariel.

FERRAJOLI, L. (2004). "Razones jurídicas del pacifismo". Madrid: Trotta.

GARCÍA JARAMILLO, L. (2012). "El Neoconstitucionalismo en el Contexto Internacional del Derecho". *El Caso Colombiano*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, XLV (133), 93-118.

HILLAMN, K. H. (2001). "Diccionario Enciclopédico de Sociología". Barcelona: Herder.

JAÉN, M. (2005). "La protección del "debido proceso" frente al peligro de los "juicios Paralelos": Medidas de carácter sustantivo y procesal" (A propósito del "Caso Posadas". En E. Díaz-Aranda, *Las Ciencias Penales y el Homicidio del Cardenal Posadas* (págs. 129-155). México Df: UNAM.

LANCHEROS-GÁMEZ, J. (2009). "Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la compresión de la dignidad humana". *Dikaion*, 247-267.

OVEJERO, María. (2004). Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

PÓRTELA, J. G. (2009). "Los Principios Jurídicos y el Neoconstitucionalismo". *Revista Dikaion*, 33-54.

POZZOLO, S. (1998). "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 339-353.

Revisión constitucional del Decreto 874 de 1994 "Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior", C-300/1994 (Corte Constitucional de Colombia 1 de julio de 1994b).

Revisión de constitucionalidad de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993, C-176/1994 (Corte Constitucional de Colombia 12 de abril de 1994).

RODRÍGUEZ, C. (2005). "Teoría del Derecho y la Decisión Judicial". En C. Rodríguez, *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes.

ROXIN, C. (1997). "Derecho Penal". Volumen 1. Madrid: Civitas.

SALAZAR UGARTE, P. (2011). "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 289-310.

SÁNCHEZ, J. (2010). "La presunción de inocencia como garantía del debido proceso y su aplicación al código de procedimiento ecuatoriano". Cuenca: Universidad de Cuenca. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas.

SÁNCHEZ, O. (19 de febrero de 2013). "El Derecho a la inocencia. Apuntes sobre una "forma de extinción de la responsabilidad penal"". Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación ( M é x i c o ) : <https://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INOENCIA.pdf>

TINES, J. (2012). "Presunción de Inocencia: Principio Constitucional Absoluto". *Ratio Juris*, 53-71.

UPRIMNY, R., BARBOSA, G., APONTE, A., GUERRERO, O., BAZZANI, D., & URBANO, J. (2005). "Reflexiones Sobre el nuevo Sistema procesal Penal". *Los Grandes desafíos del juez penal Colombiano*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.