

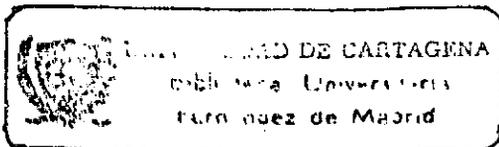
T
343
H967

1

LA EXCARCELACION

ELIECER HURTADO VILLANUEVA

||



SCIB
00014067

51542

CARTAGENA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

1988

LA EXCARCELACION

ELIECER HURTADO VILLANUEVA

Trabajo de grado presentado
como requisito parcial pa
ra optar el Título de ABOGADO.

CARTAGENA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

1988

La facultad no aprueba ni
desaprueba las opiniones e
mitidas en esta tesis, ta
les opinones son considera
das propias de sus autores.

Artículo 83 del Reglamento.

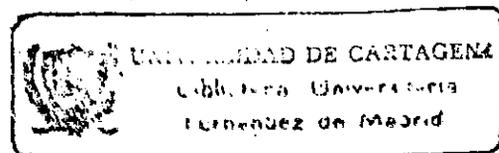
A mi padre,

Por agotar las posibilidades
de su existencia, de frente a
la belleza moral en un ideal
de justicia y equidad.

IN MEMORIAM.

LA EXCARCELACION

RECTOR (E)	Dr. BEATRIZ BECHARA DE B.
SECRETARIO GENERAL	Dr. MANUEL SIERRA N.
DECANO FACULTAD	Dr. ALCIDES ANGULO P.
SECRETARIO ACADEMICO	Dr. PEDRO MACIAS H.
JEFE DE DEPARTAMENTO	Dr. ALVARO SALGADO G.
PRESIDENTE HONORARIO	Dr. ALVARO VILLARRAGA M.
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. ALVARO SALGADO G.
PRIMER EXAMINADOR	Dr. ALVARO SALGADO G.
SEGUNDO EXAMINADOR	
TERCER EXAMINADOR	



CARTAGENA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

1988

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. DE ALGUNOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EXCARCELACION Y DE LA EXCARCELACION EN EL DERECHO COMPARADO	4
1.1 EN LA ANTIGUEDAD	4
1.2 EN COLOMBIA	6
1.2.1 Decreto 409 de 1971	6
1.2.2 Ley 17 de 1975	8
1.2.3 Ley segunda de 1984	9
1.2.4 Decreto 1853 de 1985	12
1.3 EN EL DERECHO COMPARADO	15
1.3.1 Notas Previas	15
1.4 LA EXCARCELACION EN ALEMANIA FEDERAL	16
2. DE LOS FUNDAMENTOS ONTOLOGICOS DE LA EXCARCELACION	21
2.1 LA EXCARCELACION COMO FORMULA CONCILIA DORA ENTRE LA REPRESION Y LA LIBERTAD HUMANA	21

2.2 DE LA EXCARCELACION COMO APLICACION LIMITA
DA DE LA PRESUNCION 24

2.3 CONCEPTO DE PRESUNCION 24

2.4 LA PRESUNCION DE INOCENCIA FRENTE A LA DOC
TRINA PENAL 27

2.5 LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y SU REAL APLICA
CION EN EL AMBITO EXCARCELATIVO 30

2.6 LA EXCARCELACION FRENTE AL SISTEMA PENITEN
CIARIO NACIONAL 33

3. DE LA DETENCION PREVENTIVA COMO PRESUPUESTO
PREVIO A LA EXCARCELACION 37

3.1 GENERALIDADES 37

3.2 CONMINACION 39

3.3 CAUCION 40

3.4 DETENCION PREVENTIVA 42

3.4.1 Noción 42

3.5 PARAMETROS PARA OTORGARLA 42

3.5.1 Aritmético 43

3.5.2 Objetivo 44

3.5.3 Subjetivo 45

3.6 PRESUPUESTOS PARA PROFERIRLA 47

3.6.1 De Procedibilidad 48

3.6.1.1 Por Indagatoria 50

3.6.1.2 Por Declaración de Persona Ausente 55

	Pág.
3.6.2 Probatorios	57
3.6.2.1 Indicio Grave	57
3.6.2.2 Prueba Legalmente Producida en el Proceso	58
3.6.3 Formales	59
3.7 LUGAR DE DETENCION	60
3.8 FORMALIZACION DE LA DETENCION PREVENTIVA	62
3.9 COMPUTO DE LA DETENCION PREVENTIVA EN OTRO PROCESO PENAL	63
3.10 SUSTITUCION DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	65
3.11 CONCURRENCIA DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	67
3.12 REVOCACION DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	68
4. DE LA EXCARCELACION EN PARTICULAR	70
4.1 GENERALIDADES	70
4.1.1 Noción	71
4.1.2 Finalidades	72
4.1.3 Criterios para Otorgarla	73
4.1.3.1 De la Entidad Punitiva	73
4.1.3.2 De la Naturaleza del Ilícito	74
4.1.3.3 Antecedentes del Imputado	75
4.1.3.4 Tiempo de Detención Efectiva	75
4.2 DE LAS CAUSALES DE EXCARCELACION	76
4.2.1 Por Condena de Ejecución Condicional	76
4.2.2 Condena de Ejecución	80
4.2.3 Prohibición para Aplicarla	83

	Pág.
4.2.4 Nota Práctica	87
4.3 POR PENA CUMPLIDA O LIBERTAD CONDICIONAL	88
4.3.1 Por Pena Cumplida	88
4.3.2 Por Libertad Condicional	89
4.4 NOTA PRACTICA	92
4.5 POR SENTENCIA ABSOLUTORIA DE PRIMERA INSTANCIA O CESE DE PROCEDIMIENTO	93
4.5.1 Por Sentencia Absolutoria en Primera Instancia	93
4.5.2 Por Cese de Procedimiento	95
4.5.2.1 Ordinario o Sumarial	95
4.5.2.2 Su Generis o Especial	98
4.5.2.3 En la Causa	99
4.5.3 Nota Práctica	101
4.6 POR NO CALIFICACION OPORTUNA DEL SUMARIO	101
4.7 POR NO CELEBRACION OPORTUNA DE LA AUDIENCIA PUBLICA	106
4.8 POR EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION	110
4.8.1 El Exceso en la Justificación del Hecho	110
4.8.2 El Exceso como Fundamento Excarcelativo	112
4.8.3 Aspecto Práctico	113
4.9 POR RESTITUCION E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO	114
4.10 POR LAS EVENTUALIDADES DEL ART. 139 DEL C.P.	118

	Pág.
4.11 POR NO CONTRAEVIDENCIA OPORTUNA DEL VEREDICTO ABSOLUTORIO	120
4.12 POR REAPERTURA DE LA INVESTIGACION	124
4.13 DE OTROS MECANISMOS EXCARCELATIVOS	125
4.13.1 Por Suspensión de la Detención Preventiva	125
4.13.2 Por Pérdida o Destrucción del Expediente	129
4.13.3 Por Revisión	130
4.13.4 Por Ser el Detenido Empleado Oficial	132
4.13.5 Por Prolongación Ilegal de la Privación de la Libertad	133
4.13.6 Por Habeas Corpus	133
4.14 OTORGAMIENTO Y REVOCACION DE LA LIBERTAD PROVISIONAL	138
4.14.1 Otorgamiento	138
4.14.2 Revocación	139
5. DE LA EXCARCELACION FRENTE AL CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD	142
5.1 CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD	142
5.2 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PARA INIMPUTABLES	146
5.2.1 Internación Preventiva	147
5.2.2 Internación en Establecimiento Privado	149
5.2.3 Conminación	151
5.2.4 Cómputo de Detención	153
5.3 EXCARCELACION PARA INIMPUTABLES	154

	Pág
6.1.2 Aplicación de este Procedimiento	162
6.1.3 Excarcelación en el Procedimiento Abreviado	164
6.2 EN LOS JUICIOS ANTE EL SENADO	167
6.3 EN LOS JUICIOS ANTE LOS JUECES MENORES	168
6.4 EN LOS PROCESOS PENALES ADUANEROS	171
6.5 EN EL ESTATUTO ANTITERRORISTA	173
CONCLUSIONES	177
BIBLIOGRAFIA	188

INTRODUCCION

"Criticar a la Ley también
es derecho"

Víctor Hugo

No es fácil hablar de libertad, sobre todo en lo que concierne a su tratamiento jurídico penal. Es exponerse al excepticismo de aflicción que se ha apoderado de las mentes de los colombianos. Es volver sobre la incertidumbre de unas gentes que ven como sus valores y derechos más elementales se debaten en la llama de la discordia nacional y el empirismo acerrimo de quienes a veces pretenden que con mecanizar un auto de detención están construyendo una barrera para evitar el delito. Es exclamar sin esperanza al estilo de JOHN FORD: "Decidnos por fávör qué clase de dominio es esta melancolía, que puede transformar a los hombres en monstruos".

Sin embargo, nosotros hablaremos de libertad, porque creemos en la Ley, las Instituciones, la Justicia y el nacimiento de una Colombia nueva cimentada sobre las bases de una nueva ju

ventud cansada del pillaje individual y el corbatín de Estado. Hablaremos, más no de la libertad de pensamiento, cátedra, trabajo, etc., que como reliquias codificadas envejecen en un texto constitucional que hace rato dejó de ser constitución. Se hablará de la libertad del hombre caído en la desgracia del delito, ese ente social y jurídico que aún no deja de preocupar a los estudiosos de la ciencia jurídica penal, quienes han pretendido enmarcarlo en parámetros tan estrechos y rígidos que lo asfixian y desconocen sus múltiples connotaciones frente al ser humano. Así, estudiaremos la libertad provisional o excarcelación, la del hombre prostituido en la mente, ya por factores endógenos o exógenos, ya por causas sociales o psicológicas.

Es a la libertad provisional que como consecuencia de la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Penal, hoy pretendemos desmenuzar en todo su alcance, esa misma libertad que tanto preocupó al positivismo, y que como consecuencia de haber nacido éste, en los tiempos de la creciente criminalidad en un estado liberalista y la decadencia de los postulados clásicos, la atacó desde sus propios cimientos, esto es, los principios de la presunción de inocencia y del FAVOR REI.

Con ello, esperamos dar un pequeño aporte, una luz de entendimiento a un tema tan amplio y de tan trascendental impor

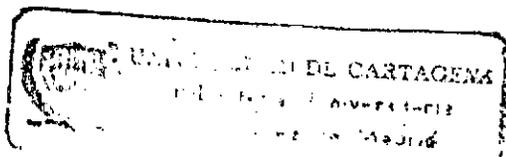
tancia que bien se puede exclamar con la frase de cajón: "Penalista que se respete, debe conocer por lo menos las causas de excarcelación". He aquí el porqué y la importancia de nuestro tema de investigación, esa que hacemos no con el alarde de sabiduría borgiana de elaborar un tratado sobre la materia, sino de sembrar la semilla de la inquietud, despertar el interés de alguien que aún crea en la libertad, con ello nos damos por más que satisfechos.

1. DE ALGUNOS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EXCARCELACION Y DE LA EXCARCELACION EN EL DERECHO COMPARADO

"La Ley en donde como un espejo mágico vemos reflejado no solamente nuestras propias vidas , sino las vidas de todos los que han sido".

1.1 EN LA ANTIGUEDAD

Desde tiempos remotos, desde las épocas del TALION y la VENDETTA, se ha venido regulando sobre el derecho a la libertad del infractor de la ley penal. Por ello encontramos que en la Ley de las XII Tablas se estatuye que: "Si el acusado presenta alguno que responda por él, dejadlo libre (mitti to), que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre pobre puede prestarla por un ciudadano pobre". También encontramos que en las pandectas de Justiniano, ese gran recopilador del derecho romano, se estatuye : "No había de ser puesto en prisión el que estaba dispuesto a dar diadores, a no ser que constase que había cometido tan grave delito, que no debiese encargar su custodia a los



fiadores, ni a los soldados, sino que debía sufrir la pena de la cárcel antes del suplicio".

Eran los tiempos en que las consecuencias del delito se "Remediaban con lo económico, o con la palabra de garantía de un fiador; y la acción represiva del Estado cedía al poder monetario, en una especie de renuncia de la potestad de administrar justicia, hecho que hacía del derecho penal un derecho similar al privado en lo referente a sus consecuencias punitivas. Esto, claro está, siempre que la gravedad del ilícito así lo permitiera.

Sin embargo, el derecho penal y con ello el de la libertad siguió evolucionando, hasta llegar al fuero de juzgo (forum Indicum), en el cual la libertad se convirtió en la regla general con la excepción de aquellos casos en que se juzgaba por infracciones contra el soberano o la existencia u organización del país.

Con el transcurrir del tiempo el derecho a la libertad fue evolucionando, y si bien en algunas épocas de la historia se convirtió y fue la excepción a lo general de la prisión preventiva, las tendencias contemporáneas del derecho punitivo es hacer de este derecho una prerrogativa de la que sólo se debe privar a su titular en aquellos casos en que la tutela social y privada, den margen para pensar en un peli

gro o amenaza mayor al corrido con la infracción. Tenemos así un derecho a la libertad que cada día tiende a ampliarse y a convertirse en la institución base del derecho moderno.

1.2 EN COLOMBIA

1.2.1 Decreto 409 de 1971. El Decreto 409 de 1971 (Código derogado), nació a la vida jurídica con base en las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República al ejecutivo en las leyes: 16 de 1968 y 16 de 1969. En virtud se introdujeron importantes reformas al Código de Procedimiento Penal, que si bien debieron concretarse al aspecto investigativo de los delitos y a la sistematización de las normas dispersas, debido a los límites impuestos por las leyes de facultades, constituyeron un verdadero y oportuno avance de la legislación penal procesal colombiana. Fue un paso en la búsqueda de un derecho punitivo cuyas instituciones se igualarán a los logros que en ese entonces había conseguido la ciencia jurídico-penal.

Fue por ello que en este Decreto se introdujeron reformas sustanciales en lo que respecta a la Policía Judicial (organismo de asesoría técnica de los jueces instructores), captura y libertad provisional, trámite del sumario y sobreseimiento temporal. En ellas si bien no se logró la per

fección jurídica y se mantuvieron las tendencias peligrosas que por aquellos tiempos dominaban nuestras instituciones penales, se avanzó en la tecnificación de la investigación, y se concibió a la libertad como un derecho del sindicado.

El mencionado decreto 409 de 1971 instituyó en su Artículo 453, haciendo salvedad de los casos especiales, un total de diez (10) causales de libertad provisional, en las cuales es dable resaltar los hechos de la modalidad punitiva con que se sancionará el ilícito (prisión o arresto) , el tiempo de privación efectiva de la libertad, la forma de culpabilidad (culpa), como presupuestos excarcelativos.

De esta forma, encontramos que en la causal primera se estatuye la libertad cuando el delito tiene señalada pena de arresto; en la causal cuarta la libertad provisional se basa en la modalidad culposa de la infracción, incluyendo en este caso los homicidios con vehículo automotor siempre que se dieran los requisitos de la condena de ejecución condicional; y en la causal novena la libertad cuando pasado el término de ciento ochenta días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario.

También se destaca por último, la preocupación del legislador por no hacer soportar al procesado aquellos casos en que por falta de prueba suficiente no era posible proferir sentencia o veredicto condenatorio. Es el caso de las causales séptima y octava del Artículo 453 del Decreto en estudio.

1.2.2 Ley 17 de 1975. Esta Ley introdujo una serie de reformas en el procedimiento penal que buscaban ponerlo más acorde con los adelantos de la ciencia penal procesal. En ella se reguló sobre pruebas y su práctica, competencia de las autoridades de policía y sobre libertad provisional. En lo que concierne a lo último se hicieron las siguientes modificaciones en relación con el Decreto 409 de 1971:

1a. Se consagró como causal de excarcelación el hecho de que la infracción se hubiere realizado en las circunstancias del Artículo 27 del C. P. (este Artículo contenía bajo la vigencia del Código 1936 el exceso en las causales de justificación, hoy regulado por el Artículo 30 del nuevo C.P.).

2a. Se estatuyó como causal de excarcelación el hecho de que el ilícito fuera de aquellos que atentaran contra el patrimonio económico (antes delitos contra los pro

riedad) y fuere de competencia de las autoridades de policía, siempre que el agente no tuviere antecedentes judiciales ni de policía, que su personalidad no revele mayor peligrosidad, que no hubiere ejercitado al realizar el hecho : Violencia física o moral contra personas o las cosas, y que no hubiere ocasionado a la víctima grave daño atendida su situación económica. (Nótese el peligrosismo vigente).

Al analizar la Ley 17 de 1975 en su Artículo 7 encontramos que dejó intacta las diez primeras causales del Artículo 453 del Decreto 409 de 1971, y sólo incluyó dos o más a ferrada a un peligrosismo que seguía arraigado en la mente de quienes regían los destinos de nuestras instituciones penales.

1.2.3 Ley Segunda de 1984. A raíz de la reforma penal que se concretó con la expedición del Código Penal, esto es, el Dec. 100 de 1980, había la necesidad de armonizar al Procedimiento Penal con las nuevas tendencias recogidas en el nuevo estatuto sustancial. Por ello, en 1981 fue expedido el Dec. 181 con base en las facultades extraordinarias dadas al ejecutivo en la Ley 06 de 1979 por el Congreso de la República. En este Decreto, que nació a la vida jurídica en los días contados debido a la caída de la Reforma Constitucional de

1979 que le servía de soporte, se creó la Fiscalía de la Nación, cuya competencia en todo el territorio nacional estaba encaminada a cumplir la función instructora en los procesos penales.

Pero como lo señalamos antes, la Reforma de 1981 se cayó y hubo necesidad de revivir el Decreto 409 de 1971 quedando la desarmonía entre el derecho sustantivo (ahora culpabilista) y el adjetivos (que seguía los principios peligrosistas).

Entonces, ante la necesidad de armonizar los dos derechos cuya complementación es indispensable para el correcto ejercicio de la acción penal, y como repuesta a la creciente ola de delincuencia en las modalidades de secuestro extorsivo, el legislador se ve precisado a expedir la ya famosa Ley segunda de 1984, por la cual se estableció la competencia de las autoridades de policía (parte declarada inconstitucional), se fijó el respectivo procedimiento, se crearon cargos de jueces especializados y se creó un procedimiento especial para la investigación de los delitos de secuestro extorsivo y terrorismo. También se dictaron disposiciones sobre detención, captura y excarcelación, y se fijaron las competencias en materia civil, penal y laboral de acuerdo con la cuantía.

En lo que a excarcelación respecta, la Ley 2a. de 1984 introdujo sustanciales reformas y significó un notorio avance en la materia. En ella y en relación con el Art. 453 del Decreto 409 de 1971, se hicieron las siguientes modificaciones, entre otras:

- 1a. En el caso de excarcelación por el evento de la condena de ejecución condicional, ésta se podía otorgar en cualquier estado del proceso, lo cual significaba el no tener que esperar el momento de calificación sumarial.
- 2a. Se redujo el término de ciento ochenta días (180) a ciento veinte (120), para los efectos de conceder la libertad provisional por no calificación oportuna del mérito del sumario; y de doscientos setenta (270) a ciento ochenta (180), cuando eran tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención, o cuando eran tres o más los hechos punibles investigados.
- 3a. Se incluyó como causal de libertad provisional el evento de un exceso en la justificación del hecho.
- 4a. En la libertad provisional concedida en los casos de los delitos de hurto, estafa y abuso de confianza, se hizo extensivo, al fraude mediante cheque y además se

especificó que el hurto debía ser simple.

- 5a. No incluyó en forma específica el sobreseimiento temporal en primera o segunda instancia como causal de excarcelación al lado del sobreseimiento definitivo en primera instancia (hoy cese de procedimiento calificadorio) cese de procedimiento con base en el Artículo 163 del Decreto 409 de 1971 (hoy 34 del nuevo C.P.P.), y la sentencia absolutoria de primera instancia.

Todas estas innovaciones fueron estatuidas en el Artículo 44 de la Ley en mención, el cual modificó al 453 del Decreto 409 de 1971, y podemos considerar que desde esta ley, la excarcelación comenzó a estructurarse como la regla general y no como la excepción de la prisión preventiva.

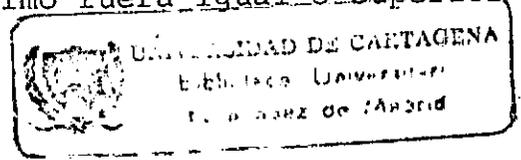
1.2.4 Decreto 1853 de 1985. Este Decreto que era una continuación de la armonización buscada entre el Derecho Penal y el procesal penal, y además un avance del nuevo Código de Procedimiento Penal, se profirió con base en las facultades que mediante la Ley 52 de 1984, se había conferido al Presidente de la República, para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal. En él se hicieron reformas entre las que se cuentan:

1a. El hecho de prohibir la negación de la libertad provisional con fundamento en la causal 4a. del Art. 44 de la Ley 2a. de 1984, por el hecho de considerar que el procesado necesitaba tratamiento penitenciario. (Art. 25 Dec. 1853).

2a. Se consagró en el Art. 17 la excarcelación por demora en la celebración de la audiencia pública. En su virtud el procesado tenía derecho a la libertad provisional caucionada, cuando hubieren transcurrido dos años a partir de la ejecutoria del auto de proceder (hoy resolución de acusación) y no se hubiese realizado la vista pública con jurado de conciencia, o un año sin la intervención del Tribunal popular.

Sin embargo, este beneficio no se hizo extensivo a los procesados por delitos de Secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los tipificados en el Estatuto Nacional de estupefacientes cuando tuvieron pena de prisión cuyo mínimo fuere o excediere de dos (2) años.

3a. Dejó en vigencia aparente a muchas causales de libertad provisional, al instituir la detención preventiva como medida de aseguramiento para imputables, sólo en aquellos casos en que se procediere por delitos sancionados con pena de prisión cuyo mínimo fuera igual o superior



a dos años; en los delitos tipificados en el capítulo primero del título séptimo del Código Penal, y del delito de enriquecimiento ilícito, así como cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el que se procediera fuera sancionado con prisión cuyo mínimo no alcanzaba los dos años, o pena de arresto (Art. 14 Dec. 1853).

Encontramos como resultado de esta innovación en lo que a medidas precautelativas atañe, que quedaron en vigencia aparente las causales: Décima, pues, los delitos allí relacionados, salvo que se profiriere auto de detención con base al numeral 3o. del Art. 14 del Decreto no son susceptibles de tal medida al tener señalados penas cuyo mínimo es inferior a los dos años de prisión. Décima primera, por cuanto los peculados, salvo el peculado por apropiación (Art. 133 C.P.), no alcanzan el mínimo de dos años de prisión y por tanto no es procedente la detención preventiva.

De esta forma el Decreto 1893 de 1985 que amplió a la Ley 2a. de 1984, vino a constituirse en un paso del legislador al "respeto de la libertad humana", y el bien no obedeció a un estudio criminológico planificado y profundo, si marcó la tendencia de que el derecho a la excarcelación ha de

ser la regla general, y que para el legislador colombiano, la prisión provisional o preventiva empieza a perder influencia como forma de garantizar la efectiva realización de la justicia penal.

Fue un decreto que al lado de la ley 2a. de 1984, abrió el sendero a la modernización y tecnificación del derecho penal, y que sirvió de experiencia ya que sus postulados en su mayoría, fueron recogidos por las nuevas instituciones del recientemente expedido Código de Procedimiento Penal.

1.3 EN EL DERECHO COMPARADO

1.3.1 Notas Previas. Es este un aspecto demasiado amplio para pretender abarcarlo en su totalidad en este estudio, por ello, hemos querido escoger sólo la legislación alemana para hacer un análisis comparativo de la institución ex carcelación. Nuestras razones para la escogencia de Alemania como reseña del objetivo trazado, son las siguientes :

1a. Fue en Alemania (R.F.A.) donde se originaron los principios dogmáticos y causalistas del moderno derecho penal. Allí, se habló por vez primera del "tatbestand" por iniciativa de ERNEST VON BELING en su obra "DIE LEHRE VERBRECHEN", noción de tipicidad que hoy rige nuestro derecho sustantivo.

2a. Fue en Alemania en donde se depuró la escuela de la acción final, también presenta en el actual estatuto punitivo y con HANS WELZEL a la cabeza ha venido a ser una corriente opuesta a la teoría de causalidad como presupuesto de la responsabilidad penal.

3a. Ha sido el Código Procesal Alemán una de las mayores fuentes de consulta de nuestros redactores del nuevo Código de Procedimiento Penal, de donde se han sacado instituciones como las medidas de aseguramiento para inimputables.

Estas y otras razones, como el hecho de que la ciencia jurídico-penal en Alemania se está desarrollando más que en otros países, nos lleva a dedicar este aparte de la investigación al análisis breve de la libertad provisional en ese país.

1.4 LA EXCARCELACION EN ALEMANIA FEDERAL

En el Derecho Procesal Alemán, la excarcelación se denomina "SUSPENSION DE LA PRISION PROVISIONAL". Esta suspensión puede lograrse cuando los motivos de prisión (Peligro de Fuga, Peligro de Oscurecimiento y Peligro de Reiteración), aconsejan una disminución de la intensidad de la medida de prisión provisional.

El peligro de fuga se presenta cuando el procesado o inculpado ha huído o está oculto, o cuando existiere el peligro, valorando las circunstancias particulares del caso. Este peligro de fuga constituye motivo para proferir orden de prisión provisional, pero si las circunstancias aconsejan una disminución en la medida, el juez bien puede suspender la ejecución de dicha orden. (Ver Art. 112 del C.P.P. Alemán).

El peligro de oscurecimiento se dá cuando existe la sospecha muy fundada de que el imputado destruirá medios de prueba, las modificará, suprimirá, disminuirá o falsificará; o que él mismo influirá en forma ilícita en coinculpados, testigos o peritos, o que motivará a otros a tales conductas amenazando de esta forma la investigación de los hechos. Este peligro al igual que el anterior es motivo de orden de prisión según el numeral 2o. del Art. 112 del Código Procesal Penal de Alemania Federal.

El peligro de reiteración que según el Art. 112a. constituye otro motivo de prisión provisional, se presenta cuando se tiene fundada sospecha de que el procesado o imputado repetirá o proseguirá un hecho que menoscabará gravemente el ordenamiento jurídico, o hechos determinados fundaren el peligro de que antes de la condena firme, volverá a cometer otros delitos relevantes de igual clase, o proseguirá el de

lito,

La suspensión de la orden de prisión se efectúa mediante auto en el cual el juez deberá imponer entre otras las siguientes obligaciones:

- 1a. La limitación de la residencia, es decir, la prohibición de abandono del domicilio, del lugar de su residencia o de una zona concreta. (Art. 116 del C.P.P. de la R.F.A.).
- 2a. Obligación de presentarse periódicamente ante el juez, autoridad de ejecución, o autoridad por ellos designada (Art. 116 del C.P.P. de la R.F.A.).
- 3a. Arresto domiciliario, como prohibición de abandonar el domicilio sin vigilancia (Art. 11 del C.P.P. de la R.F.A.).
- 4a. Prestación de fianza (Art. 116a del C.P.P. de la R.F.A.).

Estas obligaciones no distan mucho de las impuestas entre nosotros con fundamento en el Art. 443 del Nuevo Código de Procedimiento Penal y que son: Presentarse cuando el juez lo solicite, e informar todo cambio de residencia.

El beneficio de suspensión de la ejecución de la orden de prisión provisional, puede perderse y revocarse cuando el inculcado contraviniere gravemente las obligaciones o limitaciones impuestas, no compareciere a una citación judicial sin justa causa, mostrare de otra forma que la confianza depositada en él no está justificada, o nuevas circunstancias sobrevenidas hicieren necesaria la prisión. (Ver Art. 116 No. 4 C.P.P. A.).

Esta forma de perder el beneficio presenta gran similitud con la manera de revocación del beneficio de excarcelación que trae el Art. 442 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Para terminar resaltamos la importancia que tiene lo que se conoce con el nombre de examen sobre el mantenimiento o no de la prisión provisional. En virtud de este derecho, el inculcado puede solicitar al juez el examen sobre si se hace o no la revocación de la orden de prisión o suspender su ejecución. Para ello el juez puede ordenar las investigaciones pertinentes que considere importante y que le servirán de fundamento a la futura resolución sobre el mantenimiento o no de la prisión provisional. Es más, si pasado tres meses desde la efectivización de la prisión del inculcado y este no ha solicitado el examen, la juez debe alocarlo de oficio, salvo que el procesado tenga defensor.

(Ver Art. 117 del C.P.P.A.).

Este derecho entre nosotros se desprende de la posibilidad de pedir la revocatoria de la medida de aseguramiento en cualquier estado del proceso, cuando no existan o se destruyan los presupuestos sustanciales para mantenerla, lo mismo que la solicitud de libertad provisional. (Art. 436 del nuevo C.P.P.).

2. DE LOS FUNDAMENTOS ONTOLOGICOS DE LA EXCARCELACION

"La ley de la naturaleza, como conjunto de mandamientos no codificados, aceptados implícitamente por la mente y la conciencia de todas las personas razonables, es meramente el concepto de la ley Divina bajo otro nombre".

FELIX MORLEY

2.1. LA EXCARCELACION COMO FORMULA CONCILIADORA ENTRE LA REPRESION Y LA LIBERTAD HUMANA

El derecho punitivo, último recurso al que se acude por su carácter sancionatorio, para defender, proteger y garantizar aquellos valores y principios reputados básicos e indispensables para la normal y satisfactoria convivencia en sociedad, tiene un destinatario plural y heterogéneo, cual es el grupo social, sin consideración para nosotros, a la capacidad de motivación ante el delito. Por ello, debe recoger todas aquéllas inquietudes y manifestaciones que como resul

tado de la interrelación cotidiana, emergen a la realidad y se convierten en hechos de ineludible observancia.

Así, debe entender la naturaleza social del hombre, en el sentido de que para él es una necesidad inalienable e inherente a su condición humana el vivir asociado con los demás, en un constante intercambio de ideas.

A su vez, como resultado de la misma esencia social de su destinatario, el derecho punitivo, no puede ni debe desconocer que el hombre anhela su libertad, que el derecho a ser libre es tan sagrado como el de la vida, y que por él, se han dado las revoluciones más grandes de la historia y los actos más heroicos de los pueblos. Ignorar esto, sería ir contra el espíritu renovador y creacionista del ser humano, ya que la ciencia ha demostrado que el cautiverio, cualquiera que sea su forma, es el peor atentado contra el pensamiento expansionista del hombre. Sería atentar contra su misma razón de ser, es decir, la existencia de una sociedad organizada bajo unos parámetros legales que buscan: regular, encauzar y dirigir las actividades y derechos de todos aquellos que en un momento dado, se colocan bajo la tutela y protección de un Estado de derecho.

Es aquí en donde precisamente surge el natural conflicto entre dos fuerzas: Una represora y sancionatoria: el de

recho punitivo, entendido como el conjunto de disposiciones que señalan aquellos comportamientos atentatorios de la existencia y tranquilidad social, sus sanciones y el respectivo procedimiento para determinar la responsabilidad del infractor; y que tiene su fundamento en la necesidad de defender los valores básicos para el normal desarrollo de la vida en sociedad. Y otra, de carácter humanístico y social: el derecho a la libertad, inspirada en el espíritu liberalista del hombre, en la existencia de un derecho adquirido por el cual se ha luchado, se lucha y se seguirá luchando, mientras en la humanidad se pretenda seguir desconociendo.

Frente a tal situación se hace indispensable la adopción por el derecho punitivo, de una serie de mecanismos que menguen las asperezas que genera el conflicto de intereses, sin desatender la imperiosidad de su mutua existencia. Es por ello, que emerge como fórmula mediadora la excarcelación en aquellos casos en que el poder sancionador del Estado, debe ceder ante el derecho a la libertad que tiene el procesado. Derecho que está consagrado no solo en nuestra carta fundamental al prohibirse en ella la esclavitud, sino también en el Nuevo estatuto procedimental en su Artículo 4o.

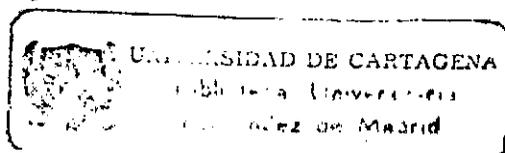
2.2. DE LA EXCARCELACION COMO APLICACION LIMITADA DE LA PRESUNCION

Un hecho que no puede ignorarse es que lo ordinario, lo común y general es que el hombre no delinca, es decir, que en la gran mayoría de ocasiones los asociados actúan conforme al derecho, en otras palabras, no lesionan, ni ponen en peligro las condiciones mínimas de convivencia. Que lo extraordinario, lo excepcional es que el hombre atente contra esas condiciones, que ejecute conductas típicas, antijurídicas y culpables.

De ésto se concluye que una ínfima cifra de asociados se apartan de los canales de conductas establecidos por el derecho. En reconocimiento a ello, este mismo derecho se ha visto abocado a reconocer y elevar a la categoría de principio constitucional y legal, el hecho de que el hombre se "presume inocente mientras no se le pruebe lo contrario".

2.3. CONCEPTO DE PRESUNCION

Siguiendo las enseñanzas de Framarino en su obra "LOGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL", podemos decir, que la presunción es un razonamiento lógico y racional en



virtud del cual se infiere de un hecho conocido (indicador), otro desconocido (indicado o presumido), partiendo del principio de la identidad. Se diferencia en esto último del indicio, pues este se infiere en aplicación del principio de la causalidad.

Sin embargo, la presunción de inocencia no se debe entender como una presunción propiamente dicha. Ella hace parte de las doctrinas llamadas "VERDADES PARCIALES" y no de aquella inducción fundada en un hecho establecido en el proceso. Acogemos de esta forma los planteamiento del doctor José Luis Vásquez Sotelo quien al respecto enseña:

"La presunción de inocencia" debe ser situada entre las llamadas por la doctrina verdades interinas o provisionales, que tienen carácter probatorio como las presunciones auténticas, pero se diferencian entre sí en que la verdad interina se acepta sin más en cumplimiento de un mandato legal, y no necesita partir de un "hecho base" probado o acreditado en el proceso, como es típico de la presunción general" (1).

Tiene el anterior argumento validez frente a la concepción jurídica de la presunción de inocencia, en razón a que si analizamos de fondo a las verdades interinas o parciales, no existe en ellas el enlace entre dos afirmacio-

nes, característico de la presunción real, sino pura y simplemente la exención de prueba de una afirmación de terminada, salvo prueba en contrario. En fundamento a lo anterior podemos decir que la presunción de inocencia de es "la garantía constitucional y legal que tiene todo sindicado de un hecho punible, a que se le tenga como inocente, mientras no se le demuestre lo contrario en razón al carácter excepcional del ilícito.

Decimos garantía constitucional y legal en el sentido de que se halla respaldada por la constitución y la ley. Se debe tratar de sindicado de un hecho punible por cuanto si la persona no está sindicada de un ilícito, no tiene importancia que se le tenga como inocente para el campo del derecho, además y como es obvio se incluyen las contravenciones de policía y las administrativas, en donde de una u otra forma pueda generarse una sanción para el agente. Por último, hacemos alusión al carácter excepcional del ilícito en el sentido que es el reconocimiento a este hecho lo que lleva al legislador a reconocer este derecho.

Para terminar con el concepto y naturaleza jurídica de la presunción de inocencia, tenemos que esta es llamada así por la utilización vulgar del vocablo "presumir" y se diferencia de las ficciones legales, en el sentido que estas parten de lo irreal, tomando algo que no exis

como si en realidad existiera; en cambio, la verdad íntima parte de la experiencia en general. De ello, se concluye que las ficciones legales se fundamentan en un aprovechamiento de la no verdad.

2.4 LA PRESUNCION DE INOCENCIA FRENTE A LA DOCTRINA PENAL

La presunción de inocencia como fundamento para consagrar el derecho a la libertad provisional, ha tenido a lo largo del desarrollo doctrinal sus adeptos y opositores.

Los primeros la consideran institución necesaria en virtud de la cual, en las cárceles sólo deberían estar los condenados. Que no es lógico que a alguien se le presume de inocente y al mismo tiempo se le prive de la libertad. Que lo justo y conforme al mismo principio es que al presumirse inocente al procesado, este debe permanecer en libertad hasta tanto contra él no se profiera y ejecute una sentencia condenatoria.

La segundo por su parte alegan la necesidad de limitar tal principio mediante la detención preventiva para garantizar entre otras cosas: La seguridad del procesado, la seguridad de la prueba, la satisfactoria y efectiva purga de la sanción por parte del delincuente, la protección social al extraer a éste del seno de la sociedad, y la tran-

quilidad ciudadana.

A los anteriores planteamientos es dable hacerle las siguientes observaciones: No es tan cierto que con nuestro sistema carcelario se esté dando seguridad al procesado, pues nos bastaría presenciar los múltiples vejámenes y atropellos a que son sometidos los nuevos internos, para comprobar que en éstos centros de reclusión el detenido corre mayores peligros que en la calle. Esto, pues es mejor enfrentarse al ofendido o a sus familiares y no a una población carcelaria que dada la forma en que se desenvuelve, pierde la noción y el sentido de la sensibilidad humana. Tampoco es tan cierto que la detención preventiva sea el mejor mecanismo para garantizar el comparecimiento del sindicado al proceso, porque existen otros medios tales como: Arraigo en el sitio de trabajo, arresto domiciliario, o arraigo en el lugar del juicio, que permiten al procesado una mejor posibilidad de readaptación social.

Sobre este mismo aspecto, pero en una posición radicalista, encontramos a quienes la consideran como el mayor foco de impunidad, como una institución cuya aplicabilidad es absurda en una sociedad que ha perdido el sentido de lo ético y justo. Es el caso del positivismo que sostiene que esta prerrogativa sólo debe ser aplicada en aqué

llos casos extremos, en situaciones excepcionales en donde no esté en peligro la convivencia social. Así, el positivismo que surgió al ámbito penal como respuesta a la creciente de la delincuencia presentada a raíz de la aparición del maquinismo y del proletariado, y como medio de contrarrestar las deficiencias del clasicismos, ataca cualquier instituto que tenga su asiento en la filosofía del FAVOR REI, alegando que es parte del programa de política criminal para evitar la "enorme cifra de delitos no castigados por falta e insuficiencia de indicios" (2). Por eso repugna al positivismo que después de dictada una sentencia condenatoria de primera instancia, el procesado siga gozando de libertad provisional mientras se sustentan los recursos de apelación y casación.

A los anteriores argumentos se le critican por ser incompatibles con un Estado de derecho, en donde están preestablecidas las garantías mínimas de los asociados, siendo una de ellas precisamente el derecho a la libertad. Tenemos el caso de la Constitución Argentina en la cual, según el decir de CLARIA OLMEDO, se encuentra consagrado el derecho a la excarcelación en forma implícita en el Artículo 18. Dice este tratadista:

"A lo menos implícitamente, el derecho a la excarcelación

del detenido por causa de un proceso penal abierto en su contra surge de la última fórmula del Artículo 18 de la Constitución Nacional y se desarrolla en la práctica conforme a la ley que reglamente la efectividad de la prisión preventiva, anticipada o cumplida a lo que se conoce como una exención de prisión". (3)

Por otro lado es dable resaltar el caso de la Constitución Nacional, que en su Artículo 22 prohíbe la esclavitud y del postulado "Nadie puede ser penado sin haber sido oído y vencido en juicio" se desprende el derecho a la presunción de inocencia. Derecho que por demás está consagrado en el Artículo 3 del nuevo Código de Procedimiento Penal, esto es, el decreto 050 de 1987.

2.5. LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y SU REAL APLICACION EN EL AMBITO EXCARCELATIVO

No obstante el reconocimiento generalizado que se hace al principio de la presunción de inocencia, su aplicabilidad en materia de excarcelación es limitada por lo que se denomina "la necesidad de evitar que la acción represora del Estado sea inocua e inoperante". Sobre el particular dice Vázquez Sotelo:

"Estas limitaciones al pleno reconocimiento de la presunción de inocente son absolutamente necesarias para que el proceso penal se desenvuelva y desarrolle por las diferentes etapas y puede llegar al juicio en el cual, y en la sentencia firme que resulte, se reconocerá o negará definitivamente la inocencia". (4)

También en el mismo sentido y sobre este aspecto dice el Doctor Claria Olmedo:

"Con respecto a los procesados la seguridad de las cárceles significa que solo han de ser alojados en ellas cuando con su libertad ambulatoria pueda correrse el peligro de un daño jurídico. Esto ocurrirá si mediante la fuga el imputado consigue eludir el juicio penal o el cumplimiento de la posible condena, o destruir las pruebas que puedan conducir a una recta administración de justicia. Al procesado ha de mantenerse en la cárcel dentro de los justos límites impuestos por la necesidad..." (5)

De los anteriores enunciados se desprende clara y categóricamente que tratándose de excarcelación, el principio de la presunción de inocencia pierde su real alcance y solo se aplica en forma restringida, ante la necesidad de garantizar la idoneidad del despliegue de la acción

penal de que es titular el Estado. Se funda esta limitación en una política de prevención social, pero que encontramos aplicable en aquellos países en los cuales el sistema carcelario cuenta con las estructuras adecuadas para cumplir satisfactoriamente con la función resocializadora de la pena, mas no en el nuestro, en donde las cárceles se han convertido en verdaderos centros de criminalidad. Creemos que la detención preventiva es necesaria, pero consideramos que debe ser regulada en mejor forma.

Se deduce de lo anterior una excarcelación cimentada en una presunción de inocencia limitada, restringida por los intereses sociales de mayor entidad. Por esto se hacen las imposiciones restrictivas de los derechos y la libertad humana, con un alto costo del individuo afectado por ellas. Tal sucede con las llamadas medidas de aseguramiento, como son la Conminación, causión y detención preventiva, incluyendo también, por supuesto, el internamiento preventivo que se predica de los inimputables. Así las cosas, tendremos que conformarnos con un derecho a la libertad provisional frenado por los intereses de una sociedad que crea al delincuente y después lo saca de ella para deshacerse de su propio producto, de su obra, resultado del desequilibrio existente entre diferentes estamentos.

2.6. LA EXCARCELACION FRENTE AL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL

Nuestras instituciones carcelarias afrontan una de sus más grandes crisis, pues en estos momentos carecen de las estructuras físicas y del personal capacitado para una efectiva consecución de los fines de la pena privativa de la libertad. Como factores generantes de esta situación encontramos entre otros:

1. La criminalización y descriminalización de comportamientos sin que ello obedezca a una política criminal planificada tendiente a preestablecer las reales condiciones de la delincuencia del país.
2. La continua importación de instituciones foráneas que no consultan la realidad nacional.
3. La falta de un plan carcelario definido y el debido apoyo gubernamental de carácter financiero y técnico.
4. La creación de instituciones penales sin que se cuenten con los medios adecuados para su aplicabilidad práctica.

A lo anterior se suma el mal estado de nuestros centros carcelarios, los cuales carecen de las condiciones mínimas de funcionalidad, salubridad y recreación, que eviten que el detenido se convierta en un resentido social por el consiguiente proceso de estigmatización. Es por eso y porque en estos centros se carece técnicamente del sentido de la selección y el "hacinamiento" es lo ordinario, que nuestras "queridas" cárceles, si así se les puede llamar, se han convertido en sitios de especialización de delincuentes.

Preguntamos: ¿Si el llamado estatuto antiterrorista, en su Artículo 15 penaliza el hecho de instruir y entrenar a personas en determinadas técnicas con fines terroristas, y si esto debe tomarse como una medida tendiente a evitar el perfeccionamiento del personal que pueda dedicarse a este grave delito, qué hace el Estado para evitar el perfeccionamiento de la delincuencia en las cárceles colombianas? No es él responsable por omisión de esto, cuando está en la obligación de evitarlo?

Pero frente a esta realidad que no se puede ocultar con retórica y demagogia electoral, el Estado solo ha establecido una serie de mecanismos que en última nada aportan a la solución radical del problema y solo llevan a

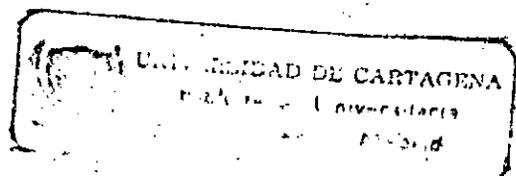
Eludir un poco su responsabilidad de sostenimiento de una población carcelaria en condiciones humanas. Por ello se expidió el decreto 1853 de 1985, cuya filosofía no era otra que descongestionar las cárceles y no la de humanizar el derecho penal, como sostuvieron algunos. No era esta su filosofía porque mientras en nuestro medio se siga desconociendo y atentando contra los más elementales derechos (a la vida, a la libertad, al pensamiento y su expresión), mientras los jueces y magistrados sigan cayendo como mártires codificados, sólo porque algunos no ceden a la corrupción económica y política, y mientras la burocratización de los poderes públicos permanezca en la cúspide de los destinos de la nación, no se puede hablar de humanismo, no se puede pregonar un derecho del hombre y para el hombre, y toda "reforma" que se haga se arrastrará en el abismo de lo inepto y con ello terminará la esperanza de un pueblo que agoniza en su deseo de paz.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

51542

1. VASQUEZ SOTELO, José Luis. Presunción de Inocencia del Imputado e Intima Convicción del Tribunal. Edit. BOSCH, Barcelona, 1984. Pág. 273.

2. FERRI, Enrico. Sociología Criminal-traducción de Soto y Hernandez, título II. Cap. IV. Edit. Góngora. Madrid. Pág. 192
3. OLMEDO CLARIA, Jorge. Derecho Procesal Penal. Edit. Depalma. Tomo I. Buenos Aires 1982. Pág. 86
4. VAZQUEZ SOTELO, José Luis. Ob. Cit. Pág 303.
5. OLMEDO CLARIA, Jorge. Ob. Cit. Pág. 86



3. DE LA DETENCION PREVENTIVA COMO PRESUPUESTO PREVIO A LA EXCARCELACION

"El derecho al castigo corporal que ejerce un hombre sobre otro es una de las lacras de la sociedad..."

DOSTOYEVSKI

3.1 GENERALIDADES

Señalábamos antes como las medidas de aseguramiento y en especial la detención preventiva, se fundamenta en lo que se conoce como la necesidad de garantizar la comparecencia del inculcado al proceso y la efectiva aplicación de la sanción que amerite su comportamiento desviado. Obedece esto, a la creencia casi generalizada de que la forma más idónea y eficaz de lograr los objetivos de la justicia penal, es sacar al delincuente de la sociedad, con lo cual se busca su resocialización y a la vez la protección del conglomerado social.

Frente a esto, siempre hemos considerado que la detención preventiva y toda aquella medida mediante la cual se restrin

ja la libertad humana, surte sus efectos cuando con ella se logra una real readaptación del delincuente al seno de la sociedad, pero no cuando la sustracción de ésta, lo convierte en un resentido social, hecho con el cual aumenta su potencial criminal.

No pretendemos con ello la abolición de la detención preventiva como instituto penal, pues creemos que se hace necesaria; sin embargo, somos del parecer que se requiere una específica regulación de este aspecto tan importante para el derecho punitivo, que aglutine de mejor forma la condición de detenido provisional del delincuente. En razón a lo anterior opinamos que en una reforma sobre la materia se debería contemplar entre otros los siguientes puntos:

1. Que el detenido provisional no se le ponga en contacto con los internos condenados, incluso se deben crear establecimientos en donde únicamente se remitan los sindicados contra los cuales se ha proferido auto de detención.
2. Que sólo se impongan las limitaciones que requiera la finalidad de la detención preventiva y el orden interno.
3. Que no se le conduzca esposado a presencia del Juez. Y
4. Que mientras tenga la calidad de retenido provisional, se

prohiba que la publicación de su foto y cualquier tipo de prejuzgamiento.

Sobre este último punto es de vital importancia porque está acorde con las modernas tendencias del derecho penal. Así, encontramos que en Alemania actualmente se adelantan investigaciones tendientes a establecer un proceso menos público en aquellos casos en donde el infractor ha confesado su hecho. Además, no lo consideramos como un atentado a la libertad de prensa, pues esta ha sido instituída para informar, más no para juzgar en casos en que la competencia del poder jurisdiccional está plenamente establecida, Más aún, el estatuto antiterrorista contempla tal situación en su Art. 49 y 50, aunque se trata de caso excepcional por la vigencia del Estado de Sitio.

Hechas las anteriores recomendaciones tenemos que entrar de esta forma al estudio de las que se llaman medidas de aseguramiento para imputables y que están consagradas en el Art. 414 y subsiguientes del nuevo Código de Procedimiento Penal.

3.2 CONMINACION

Según el Art. 416 del nuevo estatuto, consiste en el compromiso del procesado de cumplir las obligaciones que le imponga el juez al resolver su situación jurídica. Procede en

aquellos casos en que se investigan delitos sancionados con pena no privativa de la libertad o de arresto. Su no suscripción o el incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones en ella impuesta, puede acarrear una sanción consistente en arresto inconvertible hasta de treinta días, el cual cesará una vez se suscriba por el imputado o conminado la diligencia o empiece a cumplir sus obligaciones, sin perjuicio de una nueva sanción por futuros incumplimientos.

3.3 CAUCION

Consiste en una garantía prendaria o juratoria en virtud de la cual el procesado compromete su comparecencia en el proceso. Procede en aquellos casos en que la imputación se hace por delito sancionados con pena de prisión cuyo mínimo no alcance los dos años, salvo lo previsto en el Art. 421 del nuevo C. de P.P.

Se deduce así, la existencia de dos clases de cauciones: La juratoria, que se aplica en los eventos en que el imputado o caucionado, a juicio del juez, no tiene o carezca de los recursos económicos para constituir la prenda. Y la prendaria, que consiste en el depósito de dinero en cuantía que puede oscilar entre los cinco mil pesos y los cien salarios mínimos mensuales legales. Esta entidad se fija atendiendo las condiciones económicas del procesado y la gravedad del

hecho. El depósito se debe efectuar en la cuenta de depósitos judiciales del Banco Popular, o en su defecto en una de las Oficinas de la Caja Agraria del lugar y a órdenes del Juzgado que la impuso.

En caso de incumplimiento para el otorgamiento de la caución dentro del término legal para hacerlo, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la impone o del que resuelve el recurso de reposición; o si habiéndose otorgado oportunamente se incumple injustificadamente una cualquiera de las obligaciones determinadas en el Acta de Compromiso, el juez, con fundamento en el Art. 421 No. 5 del Nuevo Código de P.P., deberá proferir auto de detención contra el incumplimiento. Este auto deberá sustituirse por la caución una vez el procesado la otorgue, pero no procede la sustitución cuando se trata de incumplimiento, ya que esto según el decir de Bernar Cuellar y Montealegre se "trata de una conducta omisiva permanente que no admite corrección de ninguna naturaleza". (1). Este es uno de los casos en que procede auto de detención, muy a pesar de que el ilícito imputado presenta como penalización una prisión cuyo mínimo no alcanza los dos años.

3.4 DETENCION PREVENTIVA

3.4.1 Noción. Es una medida de aseguramiento por la cual se priva de la libertad al sindicado, mientras se adelanta la investigación y se profiere sentencia en contra a favor. Tiene como objetivo garantizar la comparecencia efectiva del agente al proceso y como fundamento evitar que este eluda la acción de la justicia.

La expresión "privación de la libertad" se ha tomado en su acepción jurídica y no en su contenido físico, o sea, como efectiva reclusión del procesado en un establecimiento de reclusión. Se debe entender así porque existen dos clases de detención; la jurídica, que se predica de la existencia de un auto de detención sin importar o no la privación efectiva de la libertad, y la física que se presenta cuando el procesado es recluso en un centro carcelario.

3.5 PARAMETROS PARA OTORGARLA

Radican estos en las consideraciones en que se ha basado el legislador para determinar cuándo una infracción penal amerita o no detención preventiva, Sobre el particular encontramos los siguientes:

3.5.1 Aritmético. consiste en tomar como base la pena de prisión mínima que tenga señalada la conducta. De esta forma, se predica la detención preventiva por regla general de todas aquellas conductas que tengan como sanción mínima dos o más años de prisión. Se desprende este parámetro del N.º 1 del Artículo 421 del nuevo C.P.P. y es importante resaltar que en este caso no sólo se debe tener en cuenta los mínimos establecidos en el respectivo tipo, sino todos los que se conocen como fundamentos reales modificadores de los límites de la pena, tales como tentativa complicidad, atenuantes y agravantes específicas, concurso de hechos punibles, exceso en las causales de justificación, imputabilidad disminuida (ira e intenso dolor), etc.

Estos factores reales de modificación de la punibilidad del tipo, se toman en consideración al hecho de que con ellos se alteran los límites de la pena, de tal forma, que el mínimo establecido para un hecho punible cualquiera puede aumentar o disminuir al presentarse esta situación. Es de gran importancia, en la práctica judicial, pues teniendo en cuenta los eventos señalados, se puede dar que una infracción mirada sólo desde el ámbito de la pena señalada en el respectivo tipo, amerite detención preventiva por tener mínimo igual o superior a dos años de prisión, pero mirada en armonía con los factores modificadores de la punibilidad, es factible que ya no amerite dicha medida de aseguramiento.

También puede darse el caso contrario, es decir, que el ilícito según la pena impuesta en el tipo no amerite auto de detención, pero una vez reconocida, una agravación específica, por ejemplo, lo amerite. De todos modos, los jueces deben tener mucho cuidado con el manejo de estos factores para evitar que por precipitud, estén profiriendo auto de detención, o dejando de proferir, en casos en que dada la existencia de alguno de estos factores, sea factible, no hacerlo o adoptarlo.

Cabe destacar, que no quedan comprendidos dentro de estos fundamentos aquellos casos que sólo se tienen en cuenta al momento de proferir la sentencia, esto es, los llamados factores reales no modificadores de los límites de la pena, entre los cuales se encuentran: Las circunstancias de agravación y atenuación genérica, la personalidad del sujeto, la calidad de empleado oficial del sujeto pasivo, etc. Estos sólo le permiten al juez moverse entre el máximo y el mínimo establecido en la norma, para efectos de la dosimetría punitiva.

3.5.2 Objetivo. En él se toma como base la naturaleza de la infracción, es decir, su estructura, su poder perturbador de la tranquilidad social en un momento histórico dado. No se tiene en cuenta el factor punitivo, ni circunstancias subjetivas del agente. Se desprende del numeral segundo del

Art. 421 y en su presencia basta que se proceda por uno de los delitos allí relacionados.

3.5.3 Subjetivo. Radica en que el funcionario debe determinar y valorar una serie de circunstancias o aspectos, de tal forma, que le permitan en un momento dado proferir contra el procesado auto de detención. Se consagra en el Artículo 421 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en sus numerales 3, 4, y 5. Los casos son:

10. Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente por delito doloso o preterintencional en otro proceso (Art. 421 No. 3 del nuevo C. de P.P.).

Que la detención esté vigente significa que no ha sido revocada o han quedado sin efectos por sustracción de materia, como cuando se sustituye por una conminación con fundamento en el Art. 453 del nuevo C. de P.P. Nótese que también se predica de la caución. Que el delito sea doloso implica que el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, o que habiéndolo previsto lo acepta al menos como posible (do lo eventual). Que sea preterintencional significa que el resultado ha excedido a la intención del agente, en otras palabras, que actuó con un dolo inicial que lo llevó a la obtención de un resultado previsible más allá del querer.

2o. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por la comisión de delito doloso o preteintencional que tenga señalada pena de prisión. (Art. 421 No. 4 nuevo C. de P.P.).

La captura en flagrancia se da en los casos establecidos por el Art. 393 del nuevo C. de P.P., o sea, cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos, o huellas, de las cuales aparezca fundamentalmente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura.

Al igual que en el numeral anterior el delito debe ser doloso o preterintencional por lo que nos remitimos a lo ya expuesto, agregando que en este caso debe tener señalada pena de prisión. Su diferencia estriba en que en el anterior caso no importaba la pena señalada por el ilícito, así, podía ser de arresto o prisión.

Cabe destacar por último como en los dos anteriores casos en que se aplica el parámetro subjetivo, no se tienen en cuenta a los delitos culposos, hechos que acogemos, pues en estos no se da esa intención malévola del agente como si se presenta en los dolosos (el dolo de realización) y en los

preterintencionales (dolo inicial, que unido a la previsibilidad del resultado obtenido genera la preterintencionalidad del comportamiento).

- 3o. Cuando no se otorgue la caución impuesta dentro del término legal para hacerlo, o cuando habiéndose otorgado se incumpla una cualquiera de sus obligaciones. (Art. 421 No. 5 Nuevo C. P. P.).

Sobre el particular ya habíamos tratado en aparte anterior al resaltar el caso de incumplimiento de la caución impuesta.

3.6 PRESUPUESTOS PARA PROFERIRLA

Una vez que el juez establezca que la conducta por la cual se adelanta la investigación amerita detención preventiva, debe entonces determinar si se dan los presupuestos indispensables para su proferimiento, para de esta forma evitar la estructuración de una posible causal de nulidad, por desconocimiento del debido proceso. Entre los presupuestos que debe tener en cuenta el funcionario están: Los de precedibilidad, los probatorios (sustanciales según el Código) y los formales, Veámos cada uno de ellos:

3.6.1 De Procedibilidad. No aparece en forma expresa en el nuevo Código de Procedimiento Penal, pero es fácilmente deducible del Art. 411 del mismo. Se predica tanto en la preventiva como de las demás medidas de aseguramiento y lo denominamos así en razón a que tiene que ver con el rito procesal, es decir, las directrices que deben seguirse en la investigación y que precisamente son señaladas o establecidas por las normas de procedimiento.

Consiste este presupuesto en que para poder proferir medida de aseguramiento contra el imputado, es necesario que éste haya sido previamente vinculado al proceso mediante diligencia de indagatoria o declaratoria de persona ausente. De manera que una vez vinculado al proceso el agente, el juez puede entrar a resolver su situación jurídica mediante la libertad con presentaciones por requerimiento del funcionario, o profiriendo en su contra medida de aseguramiento, ya de conminación, caución o de detención preventiva. También se puede imponer una medida de internamiento preventivo o conminación especial si el procesado resulta inimputable. Esto último según lo contemplado en los Artículos 448 y 453 del nuevo C. de P. P.

Para resolver la situación del imputado, el juez tiene un término de cinco (5) días contados desde el día siguiente a aquél en que se le recibió indagatoria o se le declaró

persona ausente. Este término se amplía a diez (10) días cuando el procesado haya sido dejado en libertad una vez rendida la indagatoria, o se le declaró persona ausente o cuando los aprehendidos sean cinco o más, siempre que la aprehensión se haya realizado el mismo día. Es importante resaltar que según Decreto 180 de 1988 llamado comúnmente "Estatuto Antiterrorista", el término para resolver la situación jurídica de los procesados por los delitos relacionados en el mismo, es de diez (10) días y de veinte (20) cuando fueren más de tres los aprehendidos.

Frente a los contemplados en el Art. 44 del Decreto 180 de 1988, cabría preguntarnos: Cuál es el término cuando no hay aprehendido y se declara persona ausente? En este caso consideramos que el término es de diez (10) días, en razón a que el legislador en la primera parte del Art. 44 del Decreto en referencia no distingue la calidad de aprehendido o no del sindicado, allí, sólo basta que se proceda por delito que esté reseñado en el mismo estatuto.

Se desprende del Art. 411 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, que existen dos formas de vinculación del sindicado:

3.6.1.1 Por Indagatoria. Se recibe indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso, o por haber sido sorprendido en flagrante delito, considera el funcionario autor de la infracción penal o partícipe de ella (Art. 393 Nuevo C.P.P.). Esta indagatoria puede ser ordenada de oficio a través de citación o emplezamiento, o también ser pedida por el mismo agente.

La citación se presenta en los siguientes casos, siguiendo lo establecido en el Art. 400 del nuevo C. de P.P.

10. Cuando el delito por el que se proceda tenga señalada pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años y el juez considere que no es necesaria la orden de captura. (Art. 400 #10. del Nuevo C. de P.P).

Consagra este numeral la captura facultativa que estatuye el Art. 339 del mismo Código. En su aplicación el Juez queda facultado, para que atendiendo las circunstancias y modalidades del hecho, ordene o no la captura del sindicado. Se predica este evento solo del delito, en razón a que las contravenciones no tienen en ningún caso señalada pena de prisión.

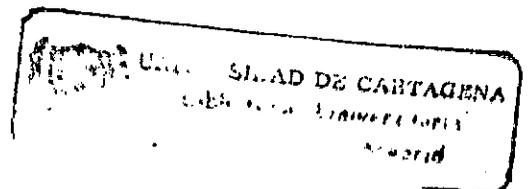
20. Cuando el hecho por el que se procede tenga pena privativa de la libertad, pena de arresto o pena de pri

sión cuyo mínimo sea inferior a dos años. (Art. 400 #2 del Nuevo C.P.P.).

Ha querido el legislador en este caso guardar la armonía con su tendencia a evitar la estigmatización en aquellos casos en que no es procedente la detención preventiva, con el fenómeno de la captura. A nadie escapa que cuando una persona es capturada inmediatamente es señalada por la sociedad, y contra ella se profiere orden de captura, automáticamente este hecho es dado a conocer por la prensa sensacionalista que causa de esta forma un mal irreparable, no sólo a la investigación, sino también al individuo.

3o. Cuando la prueba indique que el imputado actuó en cualquiera de las circunstancias previstas en los Art, 29 y 40 del Código Penal (Art. 400 # 3o. Nuevo C.P.P.).

Se refiere a que exista una causal de justificación o de inculpabilidad del hecho punible. Sobre este particular no se debe olvidar en caso de que esté plenamente demostrado el hecho que estructure una cualquiera de estas causas, no es viable adoptar contra el procesado medida de aseguramiento, y es más, si ya se profirió se debe revocar y aplicar un cese de procedimiento si se está en la etapa instructiva, con base en el Art. 34 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.



El vocablo "indique" establece la existencia de un indicio que muestra la estructuración posible de una causal de justificación o inculpabilidad. Sin embargo, nos preguntamos: Qué sucede si antes de proferirse auto cabeza de proceso queda plenamente demostrada la existencia de una causal ?

Como el Art. 352 señala que el funcionario se abstendrá de iniciar el proceso cuando de las diligencias practicadas apareciere que el hecho no ha existido o que la conducta es atípica o que la acción penal no puede iniciarse, entendemos que en este caso el juez mediante la aplicación del principio de la economía procesal, y muy a pesar de que la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad, no pueda ser contemplada dentro de los eventos en que la acción penal no puede iniciarse, debe inhibirse de abrir el proceso y proferir auto inhibitorio. No hay razón para que el Juez: Primero dicte auto cabeza del proceso, espere su ejecutoria y luego aplique en cese de procedimiento, cuando mediante el auto inhibitorio bien pudo dar solución a la situación.

4o. Cuando el hecho punible investigado se le atribuya a un empleado oficial (Art. 400 #4o. Nuevo C. de P.P).

Contempla este numeral aquellas situaciones en que el he

cho punible se atribuye a empleado oficial, lo que quiere decir que se sindicó del mismo a una persona de aquellas que ejercen función pública así sea de modo transitorio. De esta forma, una vez rendida la indagatoria, el agente será puesto en libertad y el juez deberá tomar las medidas conducentes para evitar que este eluda la acción de la justicia. De igual manera, se debe proceder cuando la indagatoria se efectúe por citación hecha con base en los numerales dos y tres del Art. 400 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Ahora, si la citación se hiciera en fundamento del numeral primero del Art. 400 en reseña, o si el procesado se presentare voluntariamente a la diligencia, al momento de efectuar la misma, el juez, si sugiere prueba para proferer auto de detención y no concurriere causal de excarcelación, podrá ordenar la privación efectiva de la libertad del indagado para efectos de resolver la situación jurídica. En caso contrario deberá dejarlo en libertad y tomar las medidas pertinentes para garantizar su comparecencia en el proceso. Nótese que en el primer evento el vocablo "podrá" implica discrecionalidad por parte del funcionario, mientras que en el segundo es una imposición que la ley le hace al juez al utilizar el término "deberá". También es importante aclarar que el hecho de que el sindicado se presente voluntariamente a indagatoria, no lo exime necesariamente o de que el juez ordené la pri

vación efectiva de la libertad para efectos de indagatoria, esto puede ser tenido en cuenta por el funcionario dentro de la facultad para optar por una u otra medida, pero no lo obliga. (Art. 403 N.C.P.P.).

En caso de que el citado no concurriera a la cita, se le librará la respectiva orden de captura, pero sólo para efectos de indagarlo y por lo tanto, una vez realizada esta diligencia el funcionario deberá proseguir normalmente. Significa que deberá dejar en libertad al indagado si no hay mérito para proferir auto de detención, u ordenar la privación efectiva de la libertad del mismo, si hubiere mérito para la detención y no concurriera causal de excarcelación. Esto nos indica a su vez, que la orden de captura deberá revocarse efectuada la diligencia de indagación.

En caso que el juez revoque la orden de captura dada la anterior circunstancia, incurre en causal de mala conducta, sancionable con la suspensión hasta por treinta (3) días, la cual será impuesta por el respectivo superior una vez agotado el trámite del Art. 413 del Nuevo C. de P. P.

Otra forma como se puede ordenar la indagatoria es mediante el emplazamiento del procesado que es una actuación

procesal en virtud de la cual se hace un llamado "público a quien está presuntamente comprometido en la comisión de un hecho punible, para que acuda al despacho de la autoridad correspondiente y rinda su versión sobre los hechos objetos de la investigación. Está contemplada en el Art. 378 del Nuevo C. de P.P.

La última forma como puede llegarse a la indagatoria del sindicado es mediante solicitud propia, hecho que se desprende del Art. 377 del nuevo estatuto y consiste en la facultad y derecho que tiene quien tenga noticia de que en un proceso penal obran imputaciones en su contra, para solicitar al juez respectivo que le reciba indagatoria. También se puede entender como aplicación del derecho a solicitud propia, lo dispuesto en el Art. 407 del nuevo C. de P.P., o sea, que es factible que una persona, que no tiene orden de captura en su contra, se presente voluntariamente a rendir indagatoria, y en este caso el juez deberá recibirla en fecha posterior.

3.6.1.2 Por Declaración de Persona Ausente. Constituye la segunda forma de vincular al sindicado al proceso y ocurre cuando vencido el término de emplazamiento, el emplazado no compareciere ante el juez que lo ha requerido públicamente. Dado esto se declara ausente al agente y se le nombra defensor de oficio perteneciente a la defensoría pública, so pena de nulidad de la actuación por des

67

conocimiento o violación del derecho a la defensa.

Esta declaratoria que antes se llamaba de reo ausente, en la práctica es mal interpretada por muchos funcionarios y litigantes que siempre tratan de ver en ella la configuración de un indicio de "fuga". Esta interpretación mental no es otra cosa que una mala y acomodada apreciación de la prueba indiciaria, pues no todas las veces que estamos en presencia de una declaratoria de persona ausente, nos encontramos en la configuración de un indicio de fuga que por consiguiente compromete la responsabilidad del sindicado por aquello de que "él que nada debe de nada debe temer".

De lo anterior, se infiere que no siempre que el sindicado es declarado persona ausente, es porque quiere eludir la acción de la justicia. Es más, a veces la no comparecencia obedece a factores ajenos o explicables dentro de la vida de nuestras investigaciones jurídicas. Tenemos el temor que genera el ser sindicado de un ilícito no cometido, temor que lleva muchas veces al inocente a huir de lo que se le presenta como peligro inminente, más cuando se sabe de la lentitud de nuestras investigaciones y de la justicia que a diario se comete con personas que después de haber sido privadas de la libertad por largos años, el Estado se limita a decir, por medio de sus agentes: "Lo sentimos, usted no es responsable". Quién re

para el daño causado durante ese tiempo y la estigmatización sufrida ?

Frente a este hecho, es necesario que los funcionarios judiciales y quienes dicen ejercer el derecho con derecho, traten con más criterio científico y lógico a la declaratoria de persona ausente y en general a la prueba indiciaria, en donde a diario se ve estructurar indicios en meras sospechas.

En conclusión, el presupuesto de procedibilidad consiste en la necesidad de vinculación previa del sindicado al proceso, para poder proferir medida de aseguramiento.

3.6.2 Probatorios. Llamados por el Código "sustanciales". Lo denominamos así por referirse a la prueba que debe obrar en proceso para poder proferir medida de aseguramiento contra el sindicado.

Están consagrados en el Art. 414 del nuevo C. de P.P. de cuya lectura se desprenden dos situaciones o requisitos:

3.6.2.1 Indicio Grave. Este medio probatorio está regulado por el Art. 302 del Nuevo Código de Procedimiento Penal y lo podemos definir, siguiendo a Framarino; como el razonamiento lógico en virtud del cual y mediante un

proceso educativo, se infiere de un hecho conocido y es establecido en el proceso, otro desconocido, en aplicación del principio de la causalidad.

Un indicio para que genere medida de aseguramiento contra el sindicato, es necesario que sea grave, lo cual significa que debe establecer un amplio margen de "probabilidad" del hecho que se pretende demostrar (responsabilidad del sindicato). En otras palabras, cuando hace que nuestro estado cognoscitivo pase de la duda a la probabilidad (verosimilitud) tendiente a la certeza, más a la no certeza misma.

3.6.2.2 Prueba Legalmente Producida en el Proceso. Para que una prueba sea tenida como legalmente producida en el proceso y pueda ser considerada por el juez conforme a la sana crítica probatoria, es menester que cumpla los principios de: La conducencia -que esté encaminada a establecer la verdad sobre los hechos objetos de la investigación (Art. 251 Nuevo C. de P.P.)-; licitud -cuando se produce u obtiene sin violación de los derechos sustanciales-; y ordenación previa. Que haya sido autorizada previamente mediante auto por el juez respectivo (publicidad Art. 80. y 252 del Nuevo C. de P.P.).

La violación o desconocimiento de uno cualquiera de los anteriores principios conlleva a que la prueba no sea a

preciada por el juez. Por ello, el indicio grave que sirve de fundamento probatorio para proferir medida de aseguramiento, debe tener cimientos en unas pruebas que hayan sido producidas respetando los ritos establecidos para la petición, práctica y valoración de ellas.

3.6.3 Formales. Lo constituyen las formas como debe ser adoptada la medida de aseguramiento y la naturaleza del auto que la contiene. Se desprende del Art. 415 del Nuevo C. de P.P., y son:

- 1o. El auto interlocutorio en el cual se debe establecer la medida, y
- 2o. El contenido especial de ese auto.

Que el auto sea interlocutorio implica que decide algo de fondo y por lo tanto debe reunir los requisitos propios de esta clase de providencias, esto es, los establecidos en el Art. 118 del Nuevo C. de P.P.

En lo que respecta al contenido especial del auto debe ése indicar: Los hechos que se investigan, su calificación y la pena correspondiente; además, los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad como autor o partícipe. (Art. 415 Nuevo C. de P.P.).

De esto se coligen los siguientes aspectos: La calificación es provisional, pues puede suceder que después nuevos elementos probatorios allegados al proceso hagan modificar ésta. La existencia del hecho debe estar probada es decir, debe existir certeza sobre la infracción penal; en otras palabras, el juez debe estar convencido que se ha infringido la ley penal; y en lo que atañe a la responsabilidad del agente sólo basta un amplio margen de probabilidad. Lo cual se estructura con fundamento en la existencia de un indicio grave en contra del sindicado.

3.7 LUGAR DE DETENCION

Una vez proferido el auto de detención y ejecutoriado el mismo, el procesado debe ser remitido a la respectiva cárcel del circuito o distrito, y en su defecto a la cárcel municipal correspondiente. claro está, siempre y cuando estas reúnan las seguridades requeridas, de lo contrario deberá ser trasladado a una de mayor seguridad.

AL respecto el art. 424 del Nuevo C. de P.P. contempla una importante situación en su parte final, al decir que "ninguna persona podrá ser reclusa en establecimiento para cumplimiento de pena, mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada". Esto confirma nuestras inquietudes sobre que al detenido provisional se le debe dar un

PL

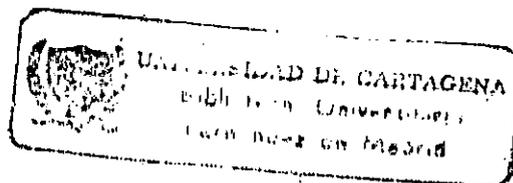
tratamiento diferente al de los penados. Pero muy a pesar de la existencia de esta disposición creemos que ella cae en el vacío como muchas otras, pues en la práctica no se cumple su mandato, al no existir establecimientos diferentes a las cárceles comunes en donde puedan ser recluidos los detenidos provisionales.

Con relación al lugar de detención no siempre es el señalado por el Art. 424 del nuevo C. de P.P. Véamos: Tratándose de miembros de los cuerpos armados, será el cuartel de la unidad a que pertenezcan; tratándose de clérigos y religiosos, o sea, aquellos a que se refiere el Art 20 de la Ley 20 de 1974 será la respectiva casa parroquial o en casa o convento de comunidades religiosas, tratándose de menores de edad, comprendidos entre los dieciseis (16) y dieciocho (18) años, será en pabellones o establecimientos especiales, lugares que por lo general no existen; y tratándose de empleados de la rama judicial, misterio público y cuerpo técnico de policía judicial, será en establecimiento distinto a los cárceles, que podría ser un cuartel de la policía. Este evento puede hacerse extensivo a los exfuncionarios de los mencionados organismos y se busca con ello, darle seguridad al detenido. (Art. 426 y S.S. del Nuevo C. de P.P.).

3.8 FORMALIZACION DE LA DETENCION PREVENTIVA

Situación prevista en el Art. 422 del Nuevo C. de P.P. y consiste en que si transcurrido ocho (8) días de privación efectiva de la libertad, no hubiere llegado al establecimiento de reclusión orden de libertad o detención, el director deberá reclamarla al juez encargado para resolver la situación jurídica del sindicado, y si dentro de las doce (12) horas siguientes no llegare la orden de detención con indicación de la fecha del auto y del hecho punible que la motivó, éste procederá a dejar en libertad al encarcelado bajo la responsabilidad del juez respectivo. El término se duplica cuando son más de cinco los capturados y la aprehensión se hubiere realizado en la misma fecha.

Se debe recordar que si el director omite solicitar la orden de libertad o detención, así como si llegada aquella no pusiere en libertad al encarcelado, está cometiendo un delito de detención arbitraria por prolongación ilícita de la libertad tipificado en el Art. 273 del Código Penal. En la misma infracción estará incurso el funcionario o juez a quien habiéndosele solicitado no la remitiere in justificadamente.



3.9 COMPUTO DE LA DETENCION PREVENTIVA EN OTRO PROCESO PENAL

Trascendental alcance tiene el Art. 431 del nuevo C. de P.P. al establecer el cómputo de la detención preventiva sufrida en un proceso, en otro que se siga simultáneamente contra el mismo procesado, siempre y cuando en aquél se hubiere dictado sentencia absolutoria, o decretado cese de procedimiento. Se acaba de esta forma con la ambigüedad del Art. 54 del C.P. que establece el cómputo de la detención preventiva pero sufrida en el mismo proceso, como parte de la pena privativa de la libertad, pero, no señala si dicho cómputo se puede hacer valer en otro proceso simultáneo seguido contra el mismo sindicado.

Sobre esta problemática ya antes de la aparición del Art. 431 del nuevo Código de Procedimiento Penal, los tratadistas bregaban por el reconocimiento de este cómputo. Tenemos el caso de Vincenzo Manzini, para quien "la encarcelación preventiva sufrida por el primero debe detraerse en su integridad de la duración de la pena infligida por el otro, no obstante que la encarcelación misma no se haya sufrido por el delito al cual siguió la condena". (1). También al respecto expresa Francesco Carneluti que "Si se acumulan a cargo del condenado las penas infligidas en diversos procesos, así deben acumularse también en be

neficio suyo los períodos de encarcelación preventiva sufrida en proceso diverso". (2).

Nuestra opinión es la acogida de tal reconocimiento, por que, no hay razón para negarle al procesado el cómputo de la detención preventiva sufrida en otro proceso en donde hubiere sido absuelto o decretado en su favor cese de procedimiento. Ello, porque si una vez detenida la persona se presume que será sometida a tratamiento penitenciario, y el objeto de la prisión es ese tratamiento, entonces: ¿Porqué no reconocerle ese tratamiento en el otro proceso en que se ha proferido sentencia condenatoria? No hacerlo sería retroceder y convertir a la justicia en una repetición sin objetivos definidos.

Para que se de este reconocimiento es menester que concurren los siguientes requisitos:

- 1o. Que sea el mismo procesado.
- 2o. Que el procesado en el cual estuvo detenido efectivamente, haya terminado con sentencia absolutoria o cese de procedimiento.
- 3o. Que haya simultaneidad de procesos.

4o. Que no sea posible la acumulación procesal por conexidad.

Este cómputo toma importancia cuando se pretende conseguir la libertad provisional con fundamento en la causal segunda del Art. 439, porque si efectuado éste, el procesado llevare en detención preventiva un tiempo por que mereciere aplicación del subrogado de la libertad condicional, o el que mereciere como pena en razón al hecho cometido, tendrá derecho a la libertad provisional.

3.10 SUSTITUCION DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

La consagra el Art. 435 del nuevo C. de P.P. y consiste en el cambio de una medida de aseguramiento por otra cuando en razón de las pruebas aportadas al proceso se desvirtúa el parámetro que dió origen a su imposición.

Su alcance no consiste en que al darse pruebas que agraven o atenúen la responsabilidad del procesado se pase de una a otra. Esto iría contra la política que ha inspirado al legislador, cual es la de limitar aquellos casos en que es procedente la detención preventiva y el subjetivismo judicial, Sería establecer casos excepcionales fuera de los establecidos por la Ley, en que delitos que no ameritan auto de detención al agravarse la responsabilidad del inculpado por la aparición de nuevas

pruebas en su contra, perfectamente se profiera en su contra auto de detención para sustituir una caución, por ejemplo.

El verdadero sentido de la norma consiste en que si en virtud de nuevas pruebas allegadas legalmente al proceso se desnaturaliza el ilícito, de tal manera, que cambia su calificación jurídica, o si en virtud de esas mismas pruebas se aumenta o disminuye el quantum punitivo (estructuración de un fundamento o factor real modificador de los límites de la pena), de tal forma, que se rompe la aplicación del parámetro aritmético, el juez deberá calificar nuevamente el ilícito y proferir la medida que corresponde de acuerdo con la nueva calificación, o sólo cambiar la medida existente por la nueva, en los casos de variación importante del quantum punitivo.

Lo anterior es así porque de lo contrario a la parte civil o fiscal, sólo le bastaría acreditar la existencia de otro elemento probatorio que comprometa la responsabilidad del sindicado, para que el juez tuviere que entrar a sustituir la medida impuesta por otra más grave, dejando en esta forma irrelevante los parámetros establecidos por el legislador para la procedencia de las medidas asegurativas.

La sustitución busca solucionar aquellos impases que se generan al cambiar la calificación jurídica del ilícito penal, o al modificarse los límites de la pena. Recordemos que la calificación jurídica que del hecho se hace en el auto de detención o de aquel en que se impone medida asegurativa, es de carácter provisional, lo mismo que la que se hace en la resolución de acusación. La razón es sencilla, puede que en el transcurso del proceso esta calificación varíe.

3.11 CONCURRENCIA DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Bastante polémico se presenta este aspecto de la concurrencia de medidas de aseguramiento en aquellos casos en que se investigan delitos conexos material o formalmente. Ello, pues al momento de resolver la situación jurídica es necesario establecer si es dable o no proferir una sola medida que absorba a las menos graves aplicables por los otros ilícitos, o tantas medidas como infracciones fueren.

Nosotros, sin entrar a hacer un estudio de fondo sobre las opiniones muy fundadas y varias por cierto de nuestros tratadistas de derecho procesal penal, acogemos aquella que sostiene que en este caso y mientras no exista expresa regulación legal, el juez debe proferir la medida

más grave sin entrar a considerar las demás, pero que una vez destruidos los presupuestos de la misma, por revocación o sustitución, entrar entonces si a resolver sobre las otras atendiendo el grado de gravedad respectivo.

Esta posición la acogemos porque creemos que mientras exista una medida de aseguramiento más grave que garantice la comparecencia del sindicado en el proceso, es inoficioso entrar a considerar a las otras aplicables. No tiene sentido que un juez, en un mismo proceso profiera contra el mismo procesado auto de detención y caución, siendo que ambas están encaminadas a garantizar su comparecencia en el proceso y la sola detención cumple perfectamente esa finalidad.

3.12 REVOCACION DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Se presenta cuando en cualquier estado del proceso, mediante nuevos elementos probatorios relacionados con la responsabilidad del procesado, se desvirtúan los que dieron lugar a la imposición de la medida asegurativa. En este caso sí se debe acudir a los requisitos sustanciales (probatorios), pues para pretender que se revoque la medida de aseguramiento proferida contra el sindicado, es necesario desvirtuar la existencia del indicio grave, o demostrar que la prueba no fue allegada legalmente al pro

ceso. Esto se consigue mediante el aporte de nuevos elementos probatorios que indiquen la improbabilidad de la autoría o participación del agente en los hechos, o que la prueba se practicó, o allegó al proceso con desconocimiento de uno de los principios atrás mencionados. De esta forma, una vez que se presente ese evento el juez mediante auto interlocutorio, debe revocar la medida impuesta y por consiguiente ordenará la libertad del detenido o encarcelado, la devolución de la caución constituida, o el levantamiento de las obligaciones conminativas. Pero el procesado deberá comprometerse a presentarse al juzgado cuando el juez lo solicite, para lo cual suscribirá la diligencia respectiva.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. MANZINI , Vincenzo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Volumen IV-Traducción de Santiago Sentis Melendo Edit. Edicar, 1949. p.45.
2. CARBELUTTI, Francesco, Lecciones sobre Proceso Penal- Traducción de Santiago Sentis Melendo. Vol. IV. Edit. Ejea, 1950. Págs, 283.

4. DE LA EXCARCELACION EN PARTICULAR

"Nadie que se haya sentido la presa y el juguete de las innumerables fuerzas que mueven a los hombres puede con justeza decir lo que para él y los demás significa la justicia".

CLARENCE DARROW.

4.1. GENERALIDADES

Una vez agotados aquéllos conceptos que nos servirán para comprender la razón y el alcance de la institución jurídica "excarcelación", entramos de esta forma al estudio de cada uno de los mecanismos por los cuales se puede lograr la libertad del procesado, no sin antes fijar otros aspectos que como la noción de libertad provisional o excarcelación, su finalidad y los criterios legislativos para otorgarla, consideramos indispensables para afrontar el tema que se pretende. Veamos:

4.1.1 Noción. Se puede definir la excarcelación como el derecho que tiene el procesado contra quien se ha proferido medida de aseguramiento de detención preventiva, para que no se haga efectiva la suspensión de su libertad de locomoción, y permanezca en libertad mientras se define su autoría o participación en los hechos que se investigan, siempre que cumpla con las obligaciones impuestas en el acta respectiva.

Es un derecho, pues así se desprende del contenido del Artículo 4 del nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual "toda persona tiene derecho a la libertad "y" sólo procederá la privación de ésta por las causas y en las condiciones preestablecidas en la ley".

Atañe a la libertad de locomoción por cuanto mediante el encarcelamiento se priva principalmente al individuo de la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro. No obstante, mediante ella también se suspenden derechos como el de comunicación y expresión (todo escrito dirigido por el encarcelado debe ser aprobado primeramente por el director del centro carcelario).

Recordemos que mediante la prisión se obstaculiza el contacto del individuo con el mundo exterior (a veces hasta del mismo mundo carcelario-sanciones disciplinarias-);

hecho que por lo demás, es criticado por las modernas tendencias criminológicas, que consideran la imposibilidad de readaptación social, por medio del aislamiento del agente. Ello ha llevado a que como Alemania, se haya dejado escuchar propuestas que buscan prohibir toda sanción disciplinaria que consista en aislamiento total del individuo del resto de la población carcelaria (la famosa sanción del calabozo en nuestro medio). Al respecto puede verse a Emiro Sandoval Huertas, "La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal", Pág. 229.

4.1.2 Finalidades. La filosofía que inspira el establecimiento del derecho a la libertad provisional en cualquier código de procedimiento penal moderno, no puede ser otra que la búsqueda de disminuir el gran impacto estigmatizador, que como consecuencia de señalar al delincuente o a quien aún no siéndolo ha estado recluído en un establecimiento carcelario, como un chivo expiatorio, genera un profundo malestar en el seno de la sociedad, la familia y en la psiquis del mismo individuo. Es una filosofía que si bien es tímidamente adoptada sobre la vieja concepción de la prisión como medio más eficaz de alcanzar los fines del derecho penal.

51542

Cabría preguntarnos, ¿Hasta qué punto se aplica dicha Filosofía en nuestro medio? Creemos que su aplicación no deja de ser más que incipiente e inoperante, pues, mientras nuestras cárceles sigan sumidas en sus crisis, mientras la justicia se pretenda ejercer a lo burdo, sin tecnificación alguna, sin respaldo suficiente, y mientras nuestras instituciones sigan cayendo en los carriles de la improvisación y el patronato político permanezca omnipotente, los esfuerzos no dejarán de ser meros intentos que tiemblan y se derrumban con la voz de cualquiera de nuestros y muy abundantes patriarcas.

De lo anterior se concluye que la finalidad de la libertad provisional muy loable por cierto, va más allá de la simple y concreta consecución de la libertad del cliente, es más filosófica que jurídica, pero también de difícil logro en un medio dominado por un pragmatismo arcaico que se aferra desesperado a usufructos que han heredado de la confianza social.

4.1.3. Criterios para otorgarla.

4.1.3.1 De la entidad punitiva. Parte de la consideración de la pena a imponer en el proceso que se adelanta. Su aplicación genera las dos primeras causales del Artículo 439 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, y según Alirio Sangui

no Mandariaga "En cierto modo... parece reducirse o confundirse con el basado en la naturaleza del delito" y es que según el mismo autor, "tomando sanciones en abstractos, fijadas en el Código Penal, es posible constituir un catálogo de delitos no excarcelables" (1)

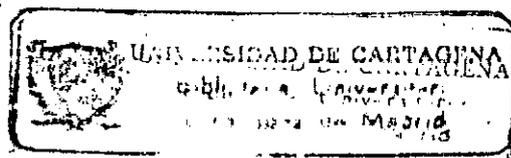
4.1.3.2 De la naturaleza del ilícito. Parte de la entidad del delito cometido, de su reprochabilidad dentro del conglomerado social. Es el caso de la causal 7a. del Artículo 439 del nuevo C. de P.P. De igual forma en razón suya se prohíbe la excarcelación con fundamento en la causal primera del mismo artículo, esto es, en los eventos de la condena de ejecución del Doctor Carlos S. Rubianes "La vía elegida no es la más adecuada, porque, si se estima que esos delitos afectan o perturban tanto el orden público, lo normal es incriminarlos con mayor severidad en la ley sustantiva". (2)

En verdad no hay razón para que en un código de procedimiento se entre a tener en cuenta el poder perturbador de un delito, para darle un tratamiento diferencial con los demás, más cuando eso pudo haber sido tomado en consideración al momento de la redacción del Código Penal o de sus decretos complementarios. Esto nos indica la forma, por más que desordenada, como a veces se hacen los

trabajos preparatorios de nuestros códigos. Allí se omiten ciertos aspectos y se dejan sin consideración diferentes matices de nuestra forma de vida.

4.1.3.3 Antecedentes del Imputado. Es un criterio que opera más en forma negativa en el otorgamiento o no de la libertad provisional. Por ello, encontramos que el legislador prohíbe la libertad provisional o excarcelación con fundamento en la causal primera del art. 439 del Nuevo C. de P. P. cuando contra el procesado se hubiere proferido auto de detención o caución en otros procesos por delito doloso o preteintencional, siempre y cuando dicha medida estuviere vigente. Es una forma de tomar la reincidencia como situación desventajosa para el infractor, y podemos considerarlo como un claro rezaigo del peligrosismo positivista. Es más, es un reconocimiento a la vigencia de algunos aspectos peligrosistas en nuestro novísimo código penal y de procedimiento penal.

4.1.3.4 Tiempo de Detención Efectiva. Descansa sobre el hecho de que el procesado o encarcelado haya permanecido un tiempo determinado en detención efectiva. En esta forma el legislador reconociendo la forma lenta de nuestros procesos penales (la duración normal de un proceso corresponde según estudios realizados al 300% de la duración legal)* se ve precisado a otorgar la libertad al encarcelado para hacerle menos gravosa la situación.



Este criterio que lo consagra el art. 439 en su # 40., es quizás por el que más se logra la libertad del procesado en nuestro medio. Ello, por la actitud de litigantes que dilatan los procesos en forma preconcebida para que se estructure la falta de calificación oportuna del sumario.

4.2 DE LAS CAUSALES DE EXCARCELACION

4.2.1 Por condena de Ejecución Condicional. El procesado tendrá derecho a la libertad "cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido necesite tratamiento penitenciario" (Art. 439 #10 Nuevo C. de P.P.).

Esta causal de libertad provisional tiene sus antecedentes en la ley 16 de 1969 Art. 17 #3; en el Decreto 409 de 1971 Art. 453 #5; en la Ley 17 de 1975; en la Ley 2a. de 1984 Art. 44 #3 y en el Decreto 1853 de 1985 Art. 15. Su estructuración en el nuevo Código de Procedimiento Penal presenta las siguientes innovaciones:

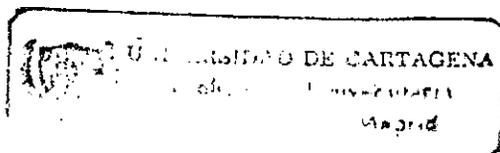
1o. Es otorgable en cualquier estado del proceso, lo cual implica el no tener que esperarse el monto calificatorio del sumario para su aplicación, como sucedía bajo la vigencia del anterior Código, es decir, el Decre



to 409 de 1971. Sin embargo es oportuno recordar que este evento ya había sido reconocido por la Ley 2a. de 1984 en su Art. 44 # 3, que modificó al Art. 453 del antes citado decreto.

Nuestra posición frente a esta modificación es de total acogida, porque , si hemos sostenido la lentitud con que se adelantan nuestras investigaciones penales, y la finalidad de fondo que se persigue con la excarcelación, entonces, debemos acoger aquellas instituciones, que sin generar en la impunidad, se encaminen a defender esa finalidad y a hacer menos martirizante la situación del sindicado.

2o. No hace alusión al "perdón judicial" como si lo hacía el decreto 409 de 1971 en su Art. 453. Esto es natural y obvio por cuanto el decreto 100 de 1980-Código Penal abolió esta institución ; muy criticable por cierto. Sin embargo es bueno señalar como el decreto 180 de 1988 (Estatuto antiterrorista) revive esta forma de "renuncia" de la potestad de que es titular el estado para administrar justicia, al contemplar en su Art. 37 la extinción de la acción penal o el perdón judicial, en favor de quién habiendo participado como autor, cómplice o auxiliar en la comisión de los delitos referidos en ese decreto, colaborare en forma totalmente eficaz en el escl



recimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución.

Cabría preguntarnos: Hasta dónde la perturbación del orden público le permiten al Estado renunciar a una potestad que como la de administrar justicia le es otorgada por la Constitución Nacional? Es esta una medida encaminada a restablecer el orden turbado, como debe ser cualquier medida adoptada en razón de la declaratoria de estado de sitio?. Tal vez por ello dicho artículo no sea declarado inconstitucional en razón del estado excepcional en que ha sido expedido hecho que no sucedió con el Art. 31 del nuevo código de Procedimiento Penal.

30. No subordina su reconocimiento al hecho de que el procesado requiera tratamiento penitenciario. Este aspecto que había sido recogido por el decreto 1853 de 1985 (declarado inconstitucional) y por la Ley 2a. de 1984, deja sin efectos prácticos al #2 del Art. 68 del actual código Penal.

Nosotros, sin entrar a considerar sobre la constitucionalidad de una norma que al dejar sin efectos a ctra de carácter sustantivo desborda aparentemente los límites de la Ley de facultades, acogemos la reforma en su esencia

por cuanto constituye prenda de garantía para limitar el subjetivismo, a veces caprichoso, de ciertos funcionarios judiciales que bajo la vigencia del anterior código, negaban la libertad del procesado por aplicación de este subrogado penal, sólo por la apariencia física del procesado, aferrándose de esta forma a un peligrosismo retrógrado rebazado por las modernas tendencias de la criminología. Acogemos así, el hecho de que el funcionario no tenga que entrar a decidir sin ningún criterio científico la suerte del procesado y posiblemente negarle su libertad argumentando que este necesita tratamiento penitenciario. Es más, el alcance de tratamiento penitenciario es ambiguo e indeterminado. Qué es tratamiento penitenciario? Eso depende de la concepción del derecho penitenciario y de la penología. Ahora, se realiza tratamiento penitenciario en nuestros centros carcelarios? Se puede visitar a estos centros y con ello descubriremos que durante su estadía en ellos, el procesado está lejos de recibir ese "tratamiento" y que al entrar al centro pierde la oportunidad de su resocialización. La cárcel no se resocializa, sino que desadapta al individuo.

Vistas las innovaciones que esta causal trae en el nuevo código con respecto al decreto 409 de 1971, entramos al análisis jurídico de ella, para lo cual estableceremos primero la noción y naturaleza jurídica de lo que es li

bertad condicional y luego la prohibición de su aplicación en ciertos casos.

4.2.2 Condena de Ejecución Condicional. Es un instituto penal, más propiamente un subrogado que tiene como objetivo y por razones de "política criminal" darle al procesado condenado de acuerdo con la naturaleza del hecho y la personalidad de este, la oportunidad de permanecer en libertad física, mientras purga la pena impuesta en la sentencia, siempre que se comprometa y cumpla con las obligaciones que para tales efectos se le impongan.

Sobre ella han existido criterios encontrados. Unos la consideran como una latente invitación a la delincuencia, mientras que otros, como es el caso de Guissepe Bettiol resaltan su magnificiencia diciendo que en ella "una idea de presunción especial, pero siempre que se de a este concepto una neta entonación ética esperitualista y no un contenido natural" (3)

En particular acogemos la institución, pues constituye una generosa forma de darle la oportunidad a aquellas personas que de una u otra forma han infringido la Ley penal, para que sigan en sociedad y de esta forma tengan mayor posibilidad de corregir el desvío que ataca su comportamiento. Más sin embargo, creemos que en las cárceles deberían exis

tir verdaderos centros de asesoría y asistencia social que permitan la posibilidad de consultoría Psiquiátrica y Psicológica avanzada por la parte del interno.

Esta institución para su reconocimiento a la luz del derecho vigente necesita de los siguientes requisitos:

- 1o. Que la pena impuesta (a imponer para efectos de la libertad provisional) sea de arresto o de prisión que no exceda de tres(3) años.

Este requisito respecto al subrogado como fundamento para otorgar la libertad provisional, se predica únicamente de la pena de prisión que no exceda de tres años, ya que bien es sabido que la excarcelación se predica de la existencia de un auto de detención y los delitos sancionados con arresto no ameritan tan medida de aseguramiento. Frente a ello sólo en la eventualidad del # 3 del Art. 421 del nuevo C. de P.F esto es, cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, podemos encontrar un auto de detención por delito sancionado con pena de arresto, hecho que se desprende de la última parte del mencionado numeral. Pero, el Art. 441 #3 prohíbe la aplicación de esta causal cuando apareciere demostrado que contra el procesado se hubiere proferido en otro

proceso medida de aseguramiento de detención o caución por delito doloso o preterintencional, que se encuentre vigente situación que precisamente se presenta en el evento anterior, tampoco es aplicable esta causal. En síntesis sólo se aplica cuando la pena a imponer es de prisión inferior a tres años, o también igual a tres años cuando esta pena no corresponde al mínimo del delito. No olvide más que si el mínimo es de tres años de prisión tampoco procede la causal por expreso del Art. 441 # 4o. del Nuevo código de Procesamiento Penal.

2o. Que dada la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario.

Sobre este requisito volvemos a insistir en que fué derogado implícitamente por el nuevo código de Procedimiento Penal, hecho que sólo acogemos por las razones antes expuestas, sino porque aplicarlo para negar la libertad del procesado es establecer doble sanción por un mismo hecho o circunstancia. Así, la personalidad, la naturaleza y las modalidades del hecho punible constituyen fundamentos reales, que si bien no modifican los límites de la pena, pueden agravarla cuando operan como agravaciones genéricas; y si agravamos la pena por uno de estos eventos y además castigamos al procesado negándole la li

bertad por los mismos, no hay duda que estamos en presencia de una violación del principio NON BIS IN IDEM.

4.2.3 Prohibición para Aplicarla. Se refiere a aquellas situaciones en que aún dados los presupuestos de la causal, no es recomendable conceder el beneficio de excarcelación al sindicado. Consiste en el fondo en una limitación al derecho a que se hace acreedor el sindicado cuando en su caso se presenta dicha causal, pero que por cuestiones de "política criminal" y hasta por mera "arbitrariedad legislativa", se niega tal derecho. Veamos los casos.

1. Cuando la detención preventiva se hace con base en el #5 del Art. 421 del Nuevo código de Procedimiento Penal.

Este evento ya fué estudiado y consiste en falta de otorgamiento oportuno de la caución, o por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la misma. Creemos innecesario hacer nuevos comentarios y sólo nos remitimos a lo antesdicho. Sin embargo debemos fijar el alcance de la prohibición diciendo que, si contra el procesado se ha proferido medida de aseguramiento de caución y no la otorga dentro de la oportunidad para hacerlo, o si habiéndola otorgado incumple una cualquiera de las obligaciones impuestas, contra él se podrá proferir auto de detención con fundamento en el referenciado numeral quinto, y no se

podrá conceder la libertad, muy a pesar que se den los supuestos de la condena de ejecución condicional, esto, siempre y cuando el auto de detención se haya dictado antes de calificar el sumario.

Importante es resaltar lo último, porque, si el auto se profiere después de la calificación del sumario, no procede la prohibición y la causal se debe aplicar. Así se desprende del Art. 441, parte final. Es más, entendemos que en caso de reapertura de la investigación el sumario se debe entender como no calificado y por lo tanto, opera la prohibición.

2o. Por homicidio o lesiones personales en accidente de tránsito agravado conforme al Art. 33. del C.P. (Art. 441 #2 nuevo C. de P.P.).

Respecto a esta prohibición hay que señalar que al referirse a las circunstancias de agravación del Art. 330 del C.P., se da a entender que se trata de homicidio o lesiones culposas, de lo cual parece deducir que siempre que se presente un homicidio o lesiones personales en "accidente de tránsito" se trata de una modalidad culposa de estos ilícitos. Esto no debe ser tenido como absoluto y tratarse con mucho cuidado, pues, perfectamente, en el que el vehículo ha sido tomado como medio de comisión,

En razón a lo anterior abogamos por un tratamiento más cuidadoso de estas situaciones, para descubrir realmente si el actuar fue negligente, imprudente, imperito, o por violación de reglamento; o si se trata de una conducta dolosa.

La circunstancia de que el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante, o de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica, debe ser comprobada mediante prueba eficaz, o sea, aquella apta para dar certeza al juez sobre la existencia de esa circunstancia. Ella puede ser un peritazgo médico o clínico, o en su defecto cualquier otro medio probatorio.

En lo que respecta al abandono, este se puede establecer por testimonio pero deberá ser sin justa causa, ya que si opera una justificación no podremos hablar de agravación por el abandono del lugar de los hechos. Es oportuno resaltar cómo el agente en la gran mayoría de los casos huye, no con la intención de eludir la acción de la justicia, sino debido a la apremiante situación que en estos casos conlleva al intento de agresión, y a la agresión misma, por qué no decirlo así, del agente por parte de los familiares de la víctima o de quienes se encuentran en el lugar al momento de suceder los hechos.

3o. Por auto de detención o caución vigente proferido en otro proceso por delito doloso o preterintencional,

Para que opere esta prohibición es necesario que se demuestre la existencia de un auto de detención o caución contra el procesado, proferido en otro proceso por delito doloso o preterintencional y que se encuentre vigente.

Se deduce de esto, que quedan por fuera de la prohibición la existencia de medida asegurativa de conminación, así como los autos de detención por delito culposos.

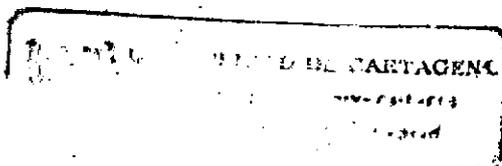
4o. Por delitos cuya pena mínima sea de tres años de prisión y por los señalados en el #4 del Art. 441 del Nuevo C. de Procedimiento Penal.

Los delitos cuya pena mínima sea de tres años de prisión son: Atentados contra hitos fronterizos (Art. 115 C. P.), espionaje (Art. 119 C.P.), Concierto para delinquir (Art. 186 C.P.), falsedad ideológica en documentos públicos (Art. 219), falsedad material de empleado oficial en documento público (Art. 218 C.P.), apoderamiento y desvío de nave (Art. 282 C.P.), apoderamiento y desvío de aeronave (Art. 281 C.P.) y aborto sin consentimiento (Art. 344 C.P.).

Es importante recalcar que algunos de estos delitos fueron adicionados o suspendidos por el Decreto 120 de 1988 los cuales quedarán así mientras permanezca turbado el orden público. Pero debemos también recordar que se aplica el mencionado Decreto, cuando esos delitos se cometen con fines "terroristas", esto es, que existe ese ingrediente subjetivo que especifica la dirección de la conducta delictual.

Por último, entendemos que para esta prohibición también se deben tener en cuenta los fundamentos reales modificadores de los límites de la pena. De esto se desprende que un delito cuyo mínimo sea tres años puede quedar con menos o más. Además creemos no necesaria hacer una relación de los delitos señalados en la norma, por lo que sólo lo remitimos a ella.

4.2.4 Nota Práctica. Lo primero que se debe hacer para la aplicación de este causal es determinar que en el caso dado se estructuran los requisitos de la condena de ejecución condicional, para ello se debe demostrar que la pena a imponer es de prisión que no excede de los tres años. Esto se puede lograr señalando la inexistencia de agravante y las existencias de atenuaciones punitivas. También se debe demostrar la inexistencia de prohibición para su aplicación.



4.3 POR PENA CUMPLIDA O LIBERTAD CONDICIONAL

Según el inciso primero del numeral segundo del Art. 439 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, el sindicado tiene derecho a la libertad provisional caucionada: "Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele".

Este causal que tiene sus antecedentes en las leyes 94 de 1938, de 1968, 17 de 1975 y 2a. de 1984, así como en el Decreto 409 de 1971, para su estudio la dividiremos en dos partes:

4.3.1 Por Pena Cumplida. Se desprende del inciso primero ya reseñado y sobre ella es importante determinar el momento desde donde se debe contar el tiempo. Así, si nos atenemos a la literalidad de la norma, dicho término se debe computar desde la imposición del auto de detención (Nótese que la norma hace alusión a "procesado en detención preventiva"). Sin embargo, nos apartamos de esta interpretación, en razón al sano principio de la equidad, y entendemos que tal tiempo se debe computar desde el momento en que el procesado es privado efectivamente de la li

bertad, es decir, desde el momento aquel en que el sindicado aún sin serle resuelta la situación jurídica, es recluído en un establecimiento de "detención". De otra manera, se le estaría desconociendo un tiempo en que él estuvo privado efectivamente de su libertad y presumiblemente, sometido a tratamiento penitenciario. Nadie niega que los detenidos sin situación jurídica definida, deben someterse a la disciplina del centro de reclusión y son susceptible a la imposición de sanciones por violación de los reglamentos de disciplina interna.

4.3.2 Por Libertad Condicional. Se desprende del inciso segundo, del numeral segundo del Art. 439, según el cual el procesado también tiene derecho a la libertad provisional al considerarse que "ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que reúna los demás requisitos para otorgarla".

La libertad condicional al igual que la condena de ejecución condicional, es un subrogado penal que según lo sostiene Remo Pannain "tiene un doble alcance, moral y social; lo primero porque permite al condenado que ha dado prueba de readaptación, y lo segundo, porque incita a sus compañeros de pena a seguir su ejemplo" (4).

Ahora como el inciso antes reseñado indica que para que se aplique este subrogado como fundamento excarcelativo, es menester que se den los demás requisitos, tendremos que establecer cuáles son esos otros requisitos. Veamos los.

- 1o. Que el procesado haya cumplido por lo menos las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta (a imponer para efectos de la causal).
- 2o. Que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer su readaptación (Art. 72 C.P.).

Cabe destacar como este numeral sigue con la tendencia de dejar en manos de los jueces y de los directores de las cárceles, la evaluación de la personalidad del procesado y su posible "readaptación" social. Hecho que por demás, se hace sin atender asesoría médica, psicológica y psiquiátrica. En otras palabras, al procesado se le agrava la pena por su personalidad y sus antecedentes (agravaciones genéricas y factores de graduación punitiva), y por otro lado, se le puede castigar negándole la libertad, por esa misma personalidad o antecedente.

30. Que medie resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario. (Art. 628 C.P.).

Preguntamos: Hasta dónde esa resolución favorable se emite con objetividad, y cómo se evita el subjetivismo de nuestros directores carcelarios o de quienes configuran el consejo ? Se hace un verdadero seguimiento del procesado para saber cuando se ha readaptado ? Hay readaptación en nuestras cárceles? Estos interrogantes se lo deben formular los jueces cuando pretendan negar la excarcelación fundados en un concepto desfavorable emitido por el consejo disciplinario o el director del establecimiento. Por que, si nos atenemos a la existencia de una readaptación; o el procesado debe salir definitivamente (se ha cumplido el fin primordial de la pena), o nunca podrá lograr su libertad (en nuestras cárceles no se readapta nadie).

Para terminar con la estructura y alcance jurídico de la causal en estudio, debemos señalar cómo al tiempo de reclusión, también se debe sumar el tiempo por rebaja de pena como consecuencia de trabajo o estudio. Así se deduce del inciso tercero del Art. 439 #2. Según el cual, "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".

Otro aspecto que es oportuno traer a colación es lo de la competencia para conceder dicha causal. Pues bien, según el inciso tercero del numeral segundo del Art. 439 del nuevo C. de P.P., esta causal será reconocida y en su aplicación otorgada la libertad provisional "por la autoridad que esté conociendo del proceso en el momento de presentarse"... De lo anterior se concluye que si al momento de presentarse dicha causal, el negocio está, por ejemplo en el superior por trámite de un recurso de apelación o consulta, será este el funcionario competente para conceder la libertad, por lo que no tendrá que remitir el expediente o negocio al inferior para tal efecto. Lo mismo sucederá en la alzada por casación.

4.4 NOTA PRACTICA

Se debe establecer primeramente la pena a imponer atendiendo la existencia o inexistencia de agravantes o atenuantes. Luego el tiempo de reclusión mediante certificación del centro de reclusión donde conste la fecha de ingreso, así como la rebaja que correspondiera por trabajo o estudio realizado conforme a los reglamentos. También se debe acreditar el certificado de buena conducta y porque no un eventual cómputo de la detención preventiva sufrida en otro proceso de conformidad con el Art. 431 del nuevo C. de P.P..

4.5 POR SENTENCIA ABSOLUTORIA DE PRIMERA INSTANCIA O CESSACIÓN DE PROCEDIMIENTO

Según el Art. 439 #3 del Nuevo C. de Procedimiento Penal, el procesado tiene derecho a la libertad provisional caucionada: "Cuando se dicte en primera instancia cesación de procedimiento o sentencia absolutoria".

Esta causal cuyos antecedentes se remontan a la Ley 16 de 1969 y que también fue consagrada por la Ley 94 de 1938, por el Decreto 409 de 1971, por la Ley 17 de 1975, por la Ley 2a. de 1984 y por el Decreto 1853 de 1985, consta de dos partes que estudiaremos por separado.

4.5.1 Por Sentencia Absolutoria en Primera Instancia.

Que la sentencia sea de primera instancia implica que contra ella son factibles los recursos ordinarios de apelación, de hecho y consulta (si es que se puede llamar recurso). Esta clase de sentencia se profiere cuando en el proceso no obra la prueba que determine la certeza en la mente del juez sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del sindicado. Se deduce ello en contraposición a lo establecido en el Art. 247 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, según el cual: "No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el pro

ceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado".

Que no haya certeza del hecho punible y de la responsabilidad del acusado, significa que estamos ante una duda que no se puede eliminar o ante una mera probabilidad (con base en lo probable no se puede condenar). Frente a esto siempre que al momento de valorar la prueba el juez o el jurado de conciencia, esté en estado de duda o de mera probabilidad, debe absolver al encausado con fundamento en la aplicación del INDUBIO PRO REO (Art. 248 Nuevo C. de P.P.).

Esta sentencia es apelable en el efecto suspensivo con base en el Art. 206 del mismo Código, y será consultable cuando el delito por el que se procede tuviere señalada pena de prisión cuyo máximo exceda de cinco años, esto siempre que la providencia no haya sido notificada personalmente al procesado o a su defensor, o no hubiere dentro del proceso constitución de parte civil.

El Art. 210 hace alusión a pena privativa de la libertad, es decir incluye el arresto que es una pena privativa de la libertad, sin embargo, nosotros creemos, y así debe ser, que solamente se puede hablar de prisión, pues ningún delito sancionado con arresto puede tener un máximo

superior a los cinco años, ya que según el Art. 44 del C.P. esta clase de pena no puede sobre pasar el límite de cinco años.

4.5.2 Por Cese de Procedimiento. Esta institución antes consagrada en el Art. 163 del Decreto 409 de 1971, y que hoy aparece principalmente en el 34 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, busca dar por terminado el proceso y con ello el despliegue de la acción penal, cuando se presenta una causal de improcedibilidad o un evento que hace innecesario el seguimiento de la investigación. Según las diferentes normas que a él se refieren puede ser: Ordinario o sumarial, calificadorio, especial o Sui Generis y causal. Véamos:

4.5.2.1 Ordinario o Sumarial. Llamado así por presentarse únicamente en la etapa del sumario, está consagrado en el Art. 34 del Nuevo C. de P.P. según el cual "Salvo lo previsto en el Art. 503, en cualquier momento del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que la conducta es atípica, o que está plenamente demostrada una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, o que el proceso no podía iniciarse o no puede proseguirse, el juez mediante auto interlocutorio así lo declarará.

Del tenor de las normas se desprende un mayor alcance al hacer extensivo el cese de procedimiento a los eventos en que se demuestre plenamente (certeza), la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. Esta innovación constituye un gran avance en la búsqueda de evitar la estigmatización que produce la reclusión de alguien en una prisión. Es así, porque no se tendrá que esperar el momento de calificar el sumario, para reconocer el mencionado cese.

En lo que respecta a las otras causales de improcedibilidad tenemos que la no existencia del hecho significa que no ocurrió en la realidad, como si se denunciara la muerte de una persona que aún sigue viva y ni siquiera se ha atentado contra su vida. Que sea atípico implica que la ley no lo describe como punible, o que habiéndolo sido, fue descriminalizado, como si se denunciara un adulterio.

Por otra parte, encontramos que la acción no podía haberse iniciado, significa que se inició existiendo una causal de improcedibilidad, como falta de querrela en delito querellable, o ilegitimidad en el querellante. En cambio que el proceso no puede proseguirse implica que la improcedibilidad se presenta una vez iniciado el proceso, tal es el caso de la muerte del procesado, prescripción de la acción penal, desistimiento legítimo cuando es permitido y aceptado por el sindicado, la amnistía, el indul-

to, y en los casos de atipicidad posterior al auto cabeza de proceso, es decir, cuando un hecho que al momento de proferirse auto cabeza de proceso es considerado como punible, pero luego es descriminalizado por ley posterior.

Las causales de improcedibilidad deben estar plenamente demostradas al momento de su aplicación. Aquí la expresión "plenamente" no es tomada en su sentido tarifario, sino como existencia de certeza en el juzgador. Esto nos indica que si sólo hay probabilidades de su existencia, no se puede proferir cese de procedimiento y el funcionario deberá continuar con la investigación.

El cese se puede aplicar en cualquier estado del proceso, lo cual viene a indicar que si no hay proceso no puede bahlarse de cesación de procedimiento y la vía expedita para dar solución a la improcedibilidad será el auto inhibitorio. Recordemos que según nuestro criterio y por razones ya expuestas, en aquellos casos de establecimientos pleno de una causal de justificación o inculpabilidad, antes de proferirse auto cabeza de proceso, es procedente la aplicación del auto inhibitorio.

El cese se profiere mediante auto interlocutorio que en el caso de falta de querrela o quella ilegítima no hace tránsito o cosa juzgada, Este auto es apelable en el e

fecto suspensivo cuando la decisión comprenda todos los hechos punibles y a todos los partícipes, y en el efecto diferido cuando no los comprenda. Además es consultable en los mismos términos de la sentencia (Arts. 206 y 210 del Nuevo C. de P.P.).

4.5.2.2 Sui Generis o Especial. Constituye la gran innovación del nuevo Código de Procedimiento Penal. Con él se elimina el segundo sobreseimiento temporal, ya que si el reabrir la investigación y cerrarla nuevamente, y no se encontrare mérito para proferir resolución de acusación no se sobresee temporalmente por segunda vez, como sucedía en la Ley anterior, sino que se ordena la cesación del procedimiento con todas las implicaciones que esto acarrea.

Según el Art. 473 del Nuevo C. de P.P. al no existir prueba para cesar el procedimiento (cese calificadorio), o para formular resolución de acusación, se debe ordenar la reapertura de la investigación por un término que no podrá exceder de los sesenta (60) días, dentro del cual se practicarán las pruebas pertinentes y una vez vencido éste, se deberá correr traslado a las partes; finalmente, cerrada la investigación si al calificar el sumario no hubiere mérito para proferir resolución de acusación, se debe dictar auto de casación de procedimiento.

110

Ahora, para que haya mérito para proferir resolución acusatoria, es menester que el proceso obre la prueba que conduzca a la certeza del juez sobre la existencia de los hechos y su tipicidad y, por lo menos un testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de responsabilidad. Esto sugiere la existencia de un testimonio conforme a la regla de la sana crítica, haga verosímil los hechos sobre los que ha depuesto el testigo, o una pruralidad de indicios que den amplio margen de probabilidad sobre la responsabilidad del sindicato.

En lo que respecta al término de sesenta días creemos que puede conducir a una generalizada aplicación del cese de procedimiento, en razón a la poca tecnificación de nuestras investigaciones y a la falta de apoyo eficaz por parte del Estado a quienes están encargados de perfeccionar el sumario. Ello traerá como consecuencia la imposibilidad de perfeccionamiento de la prueba en dicho término y por consiguiente la terminación del proceso en forma anormal. Es esta una clara demostración de la expedición de normas sin contar con bases prácticas de aplicación.

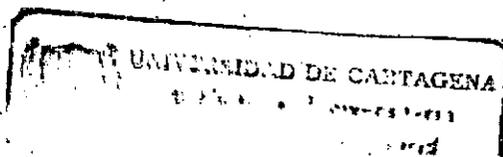
4.5.2.3 En la Causa. Según el Art. 503 del Nuevo Código de Procedimiento Penal "de oficio o a solicitud de parte, el juez ordenará la cesación del procedimiento cuando esté demostrada cualquiera de las causales objetivas de im



proseguibilidad".

Se relaciona este artículo con la salvedad que hace el 34 del mismo estatuto y aparentemente se contradicen entre sí. Hecho que por demás no sucede como lo explicaremos a continuación:

Para explicarnos el alcance de esta clase de cese es dable preguntarnos: Qué objeto tiene la existencia del Art. 503 cuando el Art. 34 es aplicable según la misma norma en cualquier estado del proceso? La explicación es sencilla y lógica, resulta que el Art. 34 no se puede aplicar con fundamento en la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad (causales subjetivas) es tanto el proceso en la causa, esto en razón a que dichas causales debe ser alegada en la audiencia pública y no en el juicio que es una actuación tendiente a preparar aquella. Recordemos que el juicio termina con la audiencia y es en ésta en donde el procesado mediante su defensor debe alegar que actuó bajo una justificación o inculpabilidad del hecho. En el desarrollo del juicio no se debate sobre la responsabilidad del sindicado, sino en la audiencia pública. Por ello, si el defensor en la etapa del juicio percibe que se estructura una justificante o inculpación del hecho, debe esperar la audiencia y alegarla allí, hacerlo antes conlleva a dos consecuencias: La desestimación por



112

el juez de la aplicación del cese, y el darle a conocer de antemano a la contraparte los argumentos que pretende esgrimir.

4.5.3 Nota Práctica. Esta causal no presenta mayor problema, sólo se debe demostrar la existencia de una causal de improseguibilidad, o de una justificante o inculpación del hecho. Ello se puede hacer por cualquiera de los medios probatorios.

4.6 POR NO CALIFICACION OPORTUNA DEL SUMARIO

Según el Art. 439 #4 del Código de Procedimiento Penal, el procesado tiene derecho a la libertad provisional: "Cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de la libertad, no se hubiere calificado el mérito del sumario. Este término se ampliará a ciento ochenta (180) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención. Proferida la resolución de acusación, se provocará la libertad provisional; salvo que proceda causal diferente".

Pues bien, esta causal que tiene sus antecedentes en la Ley 94 de 1938, así como en la Ley 16 de 1969, en el Decreto 409 de 1971, y en las leyes 17 y 2a. de 1975 y 1984 respectivamente, se fundamenta en el pensamiento del legislador en el sentido de que las fallas de la investi

gación no puede correr por cuenta del procesado (5). Es to es así porque la lentitud de la justicia se debe atribuir al Estado y no al sindicado. Ello, salvo que mediante conductas reprochables se demuestre que la no calificación oportuna del mérito sumarial se debe a tales comportamientos atribuidos al sindicado o a su defensor. Aquí estaríamos ante una dilatación premeditada que se debe castigar al no permitir, que quien dilata el proceso salga beneficiado de tal conducta y obtenga su libertad. Sería patrocinar el fraude a la justicia.

Ahora del contenido del numeral antes transcrito se desprenden dos eventos. Véamos:

1o. Cuando los procesados no exceden de dos.

En este caso no se presenta problema, pues basta que cualquiera de ellos tenga una privación efectiva de la libertad de más de ciento veinte días, para que tenga derecho a la libertad si aún no se ha calificado el sumario. Se debe aclarar que el término de ciento veinte días debe estar vencido por lo que si a última hora se profiere la resolución de acusación no procede la libertad.

Ahora podríamos preguntarnos: Para efectos de esta causal cuando se entiende calificado el sumario? Al profe

rirse la resolución de acusación; o una vez ejecutoria da ésta? Si analizamos la parte final del numeral en estudio, debemos entender que cuando se profiere la resolución acusatoria. Nótese que el numeral habla que la revocación procede "proferida la resolución acusatoria," de lo cual se deduce que en los términos de esta causal no hay que esperar su ejecutoria para que se entienda calificado el sumario.

Ahora; para esta causal sólo se debe hablar de no profirimiento de resolución acusatoria, que sólo es una forma de calificar el sumario. Ello es así, pues las otras dos formas, el cese y la reapertura llevan a la estructuración de otras causales diferentes. (Numerales 3o. y 10o. del Art. 439).

2o. Cuando los procesados sean o excedan de tres.

Al respecto es importante resaltar la "incongruencia" de la norma, pues en el primer evento, según su tenor, los días de privación de la libertad se cuentan desde la fecha en que se hizo efectiva (circunstancia que acogemos), pero para el segundo evento atendiendo a la literalidad y al significado de la expresión "vigente auto de detención", parece que deben contarse los 180 días desde que se profiere auto de detención. Sin embargo, nosotros en

tendemos que la expresión antes aludida se toma es al momento de aplicar la causal para efectos de ampliación del término a ciento ochenta días, pero no para computar el tiempo, el cual a nuestro modo de entender también se debe computar desde la privación efectiva de la libertad. Es más, si se profieren los tres autos de detención, por ejemplo, al momento de resolver la situación jurídica, pero al momento de alegar la causal por vencimiento del término, uno de ellos fue revocado, o sustituido por otra medida asegurativa, el término a tener en cuenta no es 180 sino 120. Esto nos indica que para la aplicación de los 180 días basta la existencia de por lo menos tres autos de detención, que estos se encuentran vigente, y que el sindicato o los sindicatos lleven más de ciento ochenta días privados efectivamente de la libertad. No es el término de vigencia de los autos de detención el que se toma como referencia para la aplicación y reconocimiento de la causal, es el término de privación efectiva de la libertad.

Continuando con el estudio de la causal encontramos que una vez proferida la resolución de acusación se debe dejar sin efectos el auto que ordenó la libertad provisional, salvo que proceda causal diferente.

Lo anterior indica que proferida la resolución de acusación el juez debe revocar la orden de libertad; salvo que

se estructure una causal diferente que le permita al individuo seguir gozando de ella. Esta revocación se presenta porque al calificarse el sumario con resolución acusatoria, no existe base legal que permita el mantenimiento del beneficio. Ahora dicha revocación se hace sin consideración a la ejecutoria de la resolución acusatoria. Así se desprende de la expresión "proferida la resolución de acusación".

Por último, debemos recordar que el funcionario competente para aplicar esta causal debe ser normalmente el competente para calificar el sumario, esto es, en los delitos de que conocen los jueces superiores y de circuito, el respectivo juez de instrucción, y en los que conocen los jueces municipales, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores, el mismo juez o el magistrado sustanciador. Sin embargo, nos haremos una pregunta: ¿Qué pasa si el negocio está en alzada al momento de estructurarse la causal? En este caso creemos que también el juez que adelanta la investigación es el competente. De ser el superior que conoce de la alzada, se tendría el absurdo que proferir de la resolución de acusación, el inferior podría revocar un auto proferido por su superior. No es absurdo?

En lo que a aspecto práctico tenemos que hay que establecer el tiempo de privación efectiva con la respectiva cer

117

tificación y la vigencia de los autos de detención en el segundo evento.

4.7 POR NO CELEBRACION OPORTUNA DE LA AUDIENCIA PUBLICA

Según el Art. 439 # 5 del Nuevo Código de Procedimiento Penal el procesado tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, "cuando haya transcurrido un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que se hubiere celebrado la correspondiente audiencia pública con jurado, o más de seis (6) meses si no se hubiere celebrado la respectiva audiencia sin jurado".

La causal contemplada en el inciso primero, del numeral 5, del Art. 439, se remonta al Art. 4o. de la Ley 22 de 1980, conocida como emergencia judicial. No fue contemplada por la Ley 2a. de 1984, pero el Decreto 1853 de 1985 la trajo en su Art. 17:

Esta causal se fundamenta en los mismos motivos que la anterior y para su configuración se necesita de los siguientes requisitos:

1o. Resolución acusatoria debidamente ejecutoriada.

Este requisito es apenas lógico, por cuanto es esta reso

lución y su ejecutoria la que permite la celebración de la audiencia pública, no olvidemos que el juicio se inicia con la ejecutoria de dicha resolución y si no hay juicio, mal puede hablarse de audiencia pública que es una actuación del juicio o causa.

Que la resolución esté debidamente ejecutoriada significa que contra ella ya no es posible ningún recurso, ya por haber precluido el término para interponerlos, o por que habiéndose interpuesto se decidieron en contra del impugnante. En razón a esto, si la resolución acusatoria aún está pendiente de la decisión de un recurso, el término se contará desde la notificación del auto que la confirma.

2o. Que haya transcurrido un año desde la ejecutoria de la resolución o seis meses en los casos en que no actúa el jurado de conciencia.

El año se predica de los procesos en que actúa la institución jurado de conciencia, o sea, los contemplados en el Art. 505 del Nuevo C. de P.P., los cuales son: Procesos seguidos por Homicidio, Rebelión, o Sedición y los conexos con ellos.

3o. Que la audiencia no se haya celebrado o iniciado sin culpa del procesado o su defensor.

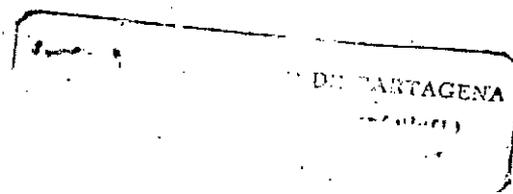
119

Que la audiencia no se haya celebrado implica que no se efectuó el debate respectivo, o que habiéndose celebrado fue declarada nula por desconocimiento del debido proceso. Que no se haya iniciado implica su no comienzo, su no apertura por parte del funcionario competente. Ahora, puede suceder que la audiencia se haya iniciado (se ha abierto el debate por parte del juez a nuestro modo de entender) pero se suspenda por cualquier causa. En este caso no opera la causal por expreso mandato del inciso segundo, numeral 5o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. según el cual: "No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquiera causa".

Pero ... ¿Cuándo se entiende iniciada la vista pública?

Este que es un hecho de no fácil determinación debido a que el Art. 494 del nuevo C. de P.P. se refiere a la celebración, más no a su iniciación, creemos que se debe solucionar tomando la palabra "iniciado" en su sentido de haber comenzado, y la audiencia se inicia (nuestra opinión) cuando el juez la declara abierta, es decir, cuando el juez dice que se da comienzo a dicha diligencia, hecho del cual queda constancia en el acta respectiva:

4o. Que aunque se haya fijado fecha para la audiencia es



ta no se hubiere podido realizar por causa no atribuible al procesado o su defensor.

Puede ocurrir que se haya fijado fecha para la audiencia pero no se hubiere podido realizar. En este caso debemos establecer a quien es atribuible la causa de la no celebración, pues si ésta es atribuible al procesado o a su defensor, por un actuar u omisión suyos, la causal no será reconocida al aplicarse lo dispuesto en el inciso segundo #5o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. según el cual si "habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma, no se hubiere podido realizar por causa atribuida al procesado o a su defensor", pero es atribuida a la parte civil al juez o a causas ajenas al procesado o su defensor es aplicable al beneficio. No es otro el alcance de la expresión "atribuida a..."

Es importante resaltar como ésta causal guarda una perfecta correspondencia con la del numeral 4o., pues mientras está limitada la privación efectiva de la libertad entre la audiencia pública y la celebración de la vista pública, aquella entre la privación de la libertad y el auto calificadorio.

En el aspecto práctico sólo hay que alegar la existencia de una resolución acusatoria cuya ejecutoria tiene más de un año o seis meses, según el caso, sin que se hubie

121

re celebrado la audiencia pública, o sin haberse iniciado. En caso que se haya fijado fecha para la celebración, se debe alegar y demostrar que la causa no es atribuible al procesado o a su defensor.

4.8 POR EXCESO EN LAS CAUSALES DE JUSTIFICACION

Según el #6o. del Art. 439 del nuevo C. de P.P. el procesado tiene derecho a la libertad provisional: "Cuando la infracción se hubiere realizado en exceso de las causas de justificación".

Esta causal cuyos antecedentes yacen en la Ley 17 de 1975 así como en la Ley 2a. de 1984 se fundamenta en la peculiar circunstancia en que se comete la infracción, esto es, en lo que podemos llamar una antijudicialidad disminuida. Para su estudio es menester desentrañar en que consiste el fenómeno del exceso. Véamos:

4.8.1 El Exceso en la Justificación del Hecho. El exceso se puede entender como una extralimitación dolosa o culposa de los límites impuestos por la ley, para que un comportamiento típico y materialmente antijurídico, se considere desde el punto de vista formal sujeto a derecho.

Decimos extralimitación dolosa o culposa, pues muy a pesar, como veremos adelante, que muchos han considerado su naturaleza jurídica como de tipo culposo, nosotros creemos que el exceso se puede dar en ambas formas. Que el comportamiento sea materialmente antijurídico implica que ataca un derecho protegido por la ley, es decir, desconoce un bien jurídico sin entrar en considerar sobre la existencia o no de una justificante. Por ello decimos que la justificación del hecho excluye el aspecto formal de la antijuridicidad, más no su aspecto material. Recordemos que lo material se mira desde el punto de vista naturalístico y de la violación o puesta en peligro efectivo de un derecho titulado por la ley.

La naturaleza jurídica del exceso se ha venido discutiendo desde los tiempos de Carrara para quien el exceso es de naturaleza culposa al sostener que " en la verdadera figura del exceso de defensa (en la única que hoy puede reconocerse como tal) no debe hablarse nunca de dolo, pues el convencimiento de la ilícitud, aunque sea errónea, no se adapta el dolo de ninguna manera; a lo sumo podrá acomodarse a la figura de error vencible o de culpa" (6).

Otros se han manifestado contrarios a esta posición y sostienen la naturaleza dolosa de esta figura. Tenemos los planteamientos de IMPALLOMENI quien se inclina por esta

123

ultima tesis al sostener que "en el exceso excusable el delito es doloso, y el dolo consiste en la conciencia de infligir al adversario un mal innecesario por la proporción entre la acción ofensiva y la acción defensiva" (7).

Nosotros acogemos la tesis de quienes como el Dr. Reyes Echandía sostiene que el exceso admite ambas formas de culpabilidad. Según este autor "no existiendo distinción legal sobre este punto, bien puede aceptarse tanto el exceso doloso como el culposo; sólo que en este último caso, la figura se circunscribirá a aquellos ilícitos que admite esta segunda forma de culpabilidad. (8).

Es importante destacar la salvedad hecha por el Dr. Reyes, pues en verdad sólo en los delitos que admiten la modalidad culposa se puede predicar el exceso culposo. Recordemos que según el Art. 39 del C. P. para que un comportamiento típico admita esta forma de culpabilidad es menester que haya sido consagrado expresamente por la Ley.

4.8.2 El Exceso como fundamento excarcelativo. Primera mente tenemos que decir que se dá sólo en aquellos casos en que muy a pesar de aplicarse el exceso en su disminución punitiva, es factible proferir auto de detención contra el sindicado. Ello, pues una vez hecha la corres

114

pendiente disminución punitiva se debe mirar si el límite modificado queda igual o superior a dos años en lo que a mínimo respecta. Si queda por debajo de este límite, la medida aplicable será de Caución en caso de prisión.

Ahora, como es difícil encontrar un delito que hecha la correspondiente disminución (salvo los homicidios) quede con mínimo igual o superior a dos años, creemos que esta causal se predica más que todo en aquellos casos en que la detención preventiva se proferiere con fundamento en los parámetros diferentes al aritmético.

El exceso debe estar probado, es decir, debe el juez tener la certeza sobre la existencia de los elementos de una justificación del hecho, sólo que el agente se extralimitó en la consideración de ellos. De esta forma, una vez demostrados los presupuestos jurídicos de la causal de justificación y el exceso en la misma, es factible con seguir la libertad de procesado con base en esta causal.

4.8.3 Aspecto Práctico. Debe ser manejada con sumo cuidado, pues puede estarse dejando de alegar una justificación plena del hecho, por pretender lograr la libertad en su aplicación. Por esto, el abogado debe estudiar con detenimiento el caso y sólo, cuando esté convencido de

la no configuración plena de la causal, entonces sí, entrar a solicitar la libertad.

4.9 POR RESTITUCION E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

Según el #7o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. el procesado tendrá derecho a la libertad provisional: "En los delitos contra el patrimonio económico cuando el procesado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado".

Esta forma de obtener la libertad provisional o excarcelación, se remonta al Art. 407 de la Ley 94 de 1938, así como al Decreto 409 de 1971, a la Ley 17 de 1975 en su Art. 7o. #2, y por último en la Ley 2a. de 1984. Su fundamento según Londoño Jiménez está "de que en dichas circunstancias el delito ha adquirido una fisonomía de menor gravedad, pues el perjuicio de la víctima ya ha sido reparado". Al anterior planteamiento le podemos hacer una observación: Acaso un delito deja de ser menos grave por la voluntad posterior del agente? Creemos si, que esta causal permite un tratamiento diferencial en el sentido de que aquellos que hurtan por "necesidad (casi nunca reconocida, hurto famélico), al no tener con que reparar tales perjuicios pues su situación económica no se lo per

126

mite, no tendrá derecho a la libertad, en cambio quien en muchas ocasiones hurta por vicio mental, por ocio, por ambición, ese si tiene para reponer lo hurtado, indemnizar los perjuicios, y por ende lograr su libertad. De esta forma, un acaudalado hombre de negocios que defrauda a una comunidad, bien puede reparar el daño (su situación económica se lo permite) y conseguir la libertad con fundamento en esta causal, en cambio un pobre raponero que arrebató con violencia una cartera a cualquier parroquiano, o una cadena a una encopetada dama, ese como empleó violencia, su hurto será calificado y como el parroquiano o nuestra dama dicen llevar tanto en su cartera, o que la cadena valía tanto, no podrá indemnizar los perjuicios y reponer lo hurtado. En cuánto no valora una distinguida personalidad un mal susto? Así el pobre raponero será enviado a la cárcel mientras nuestro acaudalado hombre de negocios sigue defraudando a la gente.

¡Paradojas!

Pero...; Olvidemonos de estas cosas raras de nuestras leyes y digamos que para la aplicación de esta causal se deben mirar la existencia de dos artículos íntimamente relacionados con ella.

Primero el Art. 374 del C.P. según el cual "el juez podrá disminuir las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictar

se sentencia de primera instancia, el responsable restituye el objeto materia del delito o su valor, e indemnizaré los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado".

De este Art. hay que atender su contenido, pues se trata de un fundamento modificador de los límites de la pena, y por lo tanto, debe ser tenido en cuenta al momento de aplicar una medida de aseguramiento. De tal manera que, hecha la disminución respectiva, el juez debe mirar si el quantum punitivo queda igual o por encima de dos años de prisión y así proferir auto de detención, pero si queda por debajo de este límite, será la caución la medida a imponer. Salvo que se trate de parámetros diferentes al aritmético el tomado en consideración para efectos de proferir medida asegurativa. Ahora, si hecha la disminución el quantum quedare por debajo de los dos años, se deberá sustituir la medida asegurativa de detención por una de caución. En síntesis, esta causal opera cuando el auto de detención se profiere con base en los parámetros subjetivos u objetivo, o que si habiéndose aplicado el aritmético, y hecha la correspondiente disminución (la cual se hace atendiendo los criterios del libro primero título IV, capítulo segundo del C.P.) el límite mínimo queda igual o superior a los dos años de prisión.

También respecto al mismo Artículo debemos resaltar que la oportunidad para que opere la disminución es que antes de dictarse sentencia de primera instancia se haga la restitución y se reparen los daños y perjuicios. Esto implica que si se hace después, no se da la disminución y por consiguiente la posible sustitución de la medida asegurativa.

Ahora, como el numeral 7o. del Art. 439 del Nuevo Código de Procedimiento Penal no distingue la clase de sentencia, "parece indicar que la causal opera para antes de la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, esto no es así, porque la expresión antes de dictarse sentencia" implica que una vez proferida cualquier clase de sentencia, se agota la posibilidad de restituir e indemnizar los perjuicios, y por ello obtener la libertad.

En segundo lugar tenemos el Art. 31 del Nuevo C. de P.P. el cual fue declarado inconstitucional por la Honorable Corte Suprema de Justicia al considerar que se estaba dejando en manos de particulares el despliegue o no de la acción penal de que es titular exclusivo el Estado.

Para terminar tenemos que la cuantía y monto de la indemnización será la que determine el perjudicado u ofendido, bajo la gravedad del juramento, siempre que esta estima

ción no haya sido impugnada durante la investigación por cualquiera de los sujetos procesales. (Art. 364 nuevo C. de P.P.).

Por último, y en lo que se refiere al aspecto práctico es importante determinar los efectos del Art. 374 del C. P., así lo primero que se debe hacer es establecer si no es dable con la disminución sustituir la detención preventiva por caución.

4.10 POR LAS EVENTUALIDADES DEL ART. 139 del C.P.

Según el numeral 8o. del Art. 439 del nuevo C. de P.P., el procesado tiene derecho a la libertad provisional: "En las eventualidades del inciso 1o. del Art. 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor, se haga antes de dictarse sentencia de primera instancia".

Esta causal que tiene sus antecedentes en el Decreto 409 de 1971 Art. 453 #3o. así como en las leyes 17 de 1975 y 2a. de 1984, se fundamenta en las mismas razones expuestas para la causal anterior por lo que nos remitimos a ello.

Para determinar su alcance debemos estudiar primeramente el contenido del Art. 139 del C.P. el cual consagra una circunstancia de atenuación específica para los delitos de peculado. Por ello primero hay que hacer la disminución respectiva para establecer si no es procedente la sustitución de la detención por la caución, salvo que dicha detención se haya proferido por parámetros diferentes al aritmético. Luego si no es posible la sustitución, entonces si buscar su aplicabilidad en el caso determinado.

Ahora, si miramos las diferentes clases de peculados, encontramos que sólo el peculado por apropiación tiene un mínimo igual a dos años, por lo que es ésta única clase de peculado que amerita detención preventiva. Pero, aún así, el peculado por apropiación no agravado tampoco sería susceptible de mantenimiento de auto de detención, ya que al hacer la disminución, el mínimo de dos quedará por debajo y se deberá hacer la correspondiente sustitución de medida de aseguramiento. Entonces: ¿A cuál peculado se aplicaría ?

Pues bien, tratándose del parámetro aritmético, sólo por apropiación agravado por la cuantía (inciso segundo del Art. 133 del C.P.). Tratándose del parámetro objetivo, no se aplica pues el peculado no aparece relacionado en los delitos que trae el numeral 2o. del Art. 421 del Nue

13A

vo C. de P.P., y tratándose de parámetros subjetivo si o pera íntegramente para toda clase de peculado. Es de a clarar que en el caso del aritmético si al hacer la dismi nución el mínimo queda por debajo de dos años, se deberá sustituir el auto de detención por caución y tampoco ha bría necesidad de aplicar esta causal. En síntesis esta causal se aplica cuando el auto de detención se profiere con base en el parámetro subjetivo, o el aritmético sin que la disminución implique sustitución del mismo.

La reparación, el reintegro o la cesación del mal uso, de be efectuarse antes de proferir sentencia de primera ins tancia. Aquí encontramos una diferencia de términos en relación con el numeral anterior, pero que en la prácti ca no trae ninguna cosecuencia.

En el aspecto práctico, sólo se debe alegar y demostrar el evento respectivo, y que se hizo antes de proferirse sentencia de primera instancia.

4.11 POR NO CONTRAEVIDENCIA OPORTUNA DEL VEREDICTO ABSO LUTORIO

Según el numeral 9o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P., el procesado tiene derecho a la libertad: "Cuando profe rido por el jurado veredicto absolutorio, no fue declara do contraevidente por el juez superior dentro de los cin

132

co (5) días hábiles siguientes o cuando el tribunal revocó que el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos".

Este mecanismo escarcelativo que tiene sus antecedentes en la Ley 16 de 1969 en donde el término era de ocho días también en el Decreto 409 de 1971 en su Art. 453 #8o. y por último en las leyes 17 de 1975 Art. 7 #8o. y 2a. de 1984; tiene su razón de ser en que la absolución implica una casi declaratoria de inocencia y siendo la prueba tan deficiente, al punto de dar cabida a una absolución por parte del tribunal popular, es lógico que el procesado recobre su libertad si el juez dentro de un término prudencial (cinco días) no se muestra y manifiesta contrario a dicho veredicto considerándolo incongruente con la evidencia de los hechos. Es más, el procesado o juzgado no puede esperar recluido en la cárcel hasta que el juez salga de sus "dudas" probatorias y entre a acoger la opinión de quienes han sido investidos con la jurisdicción del Estado para determinar la responsabilidad del encausado.

Pero ¿Qué es contrario a la evidencia de los hechos? ¿Qué es evidencia?

Empezaremos por decir que evidente es lo manifiesto, lo

que no deja lugar a dudas, lo que nos da el pleno convencimiento que nuestro juicio corresponde a la verdad verdadera. Mientras que lo contrario a la evidencia es la conclusión sacada apartándose de lo evidente, como si existiendo pruebas claras, irrefutables, incontrovertibles y conducentes de la responsabilidad del procesado, la conclusión fuera de inocencia del mismo. Es decir, contrario a la evidencia es aquel razonamiento que concluye en solución opuesta o contraria a la claridad de las premisas que le dieron soporte.

Continuando con la causal se encuentra que sólo se predica de aquellos procesos en que es factible la institución del jurado de conciencia, por lo que se aplica sólo en aquellos procesos seguidos por los delitos de homicidio, rebelión o sedición y los conexos con ellos. También se debe señalar que el término de cinco días se computa desde el día siguiente hábil al cual termina la vista pública. Todos los días deben ser hábiles por lo que si se interpone un día en que no hay despacho judicial, ya por ser domingo, feriado, o vacancia judicial autorizada, no se contará para efectos de la causal.

En lo que respecta al jurado de conciencia, tenemos que ha encontrado sus pro y sus contras dentro de la doctrina penal. Sin embargo, nosotros creemos que se debe mantener pero con una regulación más acorde con las modernas

tendencias del derecho punitivo. No estamos de acuerdo con los jurados de derecho, pues esto sería desnaturalizar a la institución y poner al juez frente al concepto de otras personas que al igual que él, se presume dominan los principios jurídicos.

Recordemos que una vez celebrada la audiencia pública el juez tiene un término de diez (10) días para proferir sentencia o declarar contravidente el veredicto absolutorio, este término se reduce a cinco cuando se trata de veredicto absolutorio para efectos de evitar la aplicación de esta causal. Ahora, si el juez declara contravidente el veredicto, remitirá en caso de ser apelado el auto, la actuación respectiva al Tribunal, quien podrá confirmar la contraevidencia y ordenar la convocatoria de nuevo jurado, o revocarlo, caso en el cual se devolverá la actuación para que el juez profiera sentencia. En este último caso, es procedente la libertad provisional con fundamento en la parte final del #9o. del Art. 439 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

Debemos aclarar que el negocio sube al Tribunal cuando el auto que declara la contraevidencia es apelado, en caso contrario y dada su ejecutoria, se convocará inmediatamente a un nuevo jurado. Así se desprende del tenor del Art. 532 del Nuevo C. de P.P. Por otro lado, es importante se

135

ñalar que declarada la contraevidencia del veredicto, no procede la libertad provisional mientras ésta, no sea revocada por el Tribunal, pero que revocada el mismo Tribunal debe conceder la libertad del procesado en el mismo auto que revoca al de declaración de contraevidencia.

En la práctica creemos que esta causal no presenta mayor inconveniente, sólo se podría presentar en lo del término de los cinco días.

4.12 POR REAPERTURA DE LA INVESTIGACION

Según los términos del numeral 10o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P., el procesado tendrá derecho a la libertad provisional: "Cuando al calificar el mérito del sumario se decreta la reapertura de la investigación".

Esta causal se fundamenta en la inexistencia al momento de calificar el sumario, de la prueba suficiente para proferir resolución acusatoria, o cese de procedimiento si fuere el caso.

La reapertura de la investigación reemplaza lo que antes se conocía como primer sobreseimiento temporal, que también llevaba a una reapertura de la investigación. En su razón, si al calificar el sumario no existe prueba para llamar a juicio, esto es, para proferir resolución a

136

cusatoria (tipicidad demostrada del hecho y testimonio de alta credibilidad, o indicios graves que indiquen la posible responsabilidad del sindicato); o no se diere prueba para cesar procedimiento (antes sobreseimiento definitivo), el juez mediante auto ordenará la reapertura de la investigación y conceder en el mismo la libertad caucionada al sindicato.

En la práctica no tiene en sí complicación, por lo que el abogado debe limitarse a establecer la inexistencia de méritos para calificar el sumario con resolución acusatoria.

4.13 DE OTROS MECANISMOS EXCARCELATIVOS

Entendiendo que al hablar de excarcelación, no sólo debemos referirnos a las causales consagradas en el estudio del Art. 439 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, sino a todas aquellas formas o maneras de lograr la libertad del encarcelado o detenido, entramos ahora a estudiar sino todos, si otras formas de poner fin o suspender la privación efectiva de la libertad. Véamos:

4.13.1 Por Suspensión de la Detención Preventiva. Se desprende del Art. 432 del Nuevo C. de P.P. y se presenta en los siguientes eventos:

137

10. Por la edad del procesado.

Se da, cuando el sindicado fuere mayor de setenta y cinco (75) años o menor de dieciocho (18), siempre que su personalidad y la naturaleza y modalidad del hecho así lo aconsejen.

Frente a este evento es dable hacerle la misma crítica que para la libertad condicional, en el sentido de que circunstancias como las allí señaladas son tomadas para sancionar dos veces, así, se agravan las penas cuando actúan como agravantes genéricas, o cuando el juez las toma como factor de graduación punitiva, y luego por ese mismo hecho u hechos, se niega la suspensión de la medida.

En lo que respecta a la edad, ella se prueba generalmente con el correspondiente registro de nacimiento, pero a falta de éste, se puede acudir a la prueba supletoria. Aquí no se quiere probar el Estado Civil, sino la edad, lo cual es perfectamente probable por testigos idóneos que den cuenta de la fecha de nacimiento, o por peritos médicos legales, que previos los estudios adecuados, establezcan la edad aproximada.

Una vez probada la edad del procesado, si ésta es mayor de setenta y cinco o menor de dieciocho y mayor de dieci

seis, el juez debe entrar a evaluar la personalidad del procesado, y la modalidad y naturaleza del hecho. Esto se debe hacer con criterio científico y técnico, no por simple capricho, pues estaríamos ante un abuso del funcionario que, aferrándose a la prerrogativa que le da la norma, llegaría a negar la suspensión de la detención preventiva injustificadamente.

Por último, si en el transcurso del proceso el sindicado cumple los dieciocho años, se debe revocar el auto que ordenó la suspensión y hacer efectiva la detención preventiva, salvo que exista una causal de libertad diferente que sea aplicable al momento.

2o. Por embarazo de la procesada.

Este mecanismo se presenta cuando a la procesada le faltan menos de dos meses para el parto, o cuando no han transcurrido seis meses desde la fecha del mismo.

Ante esta situación tenemos que el tiempo faltante se calcula por lo general, tomando el tiempo de embarazo y restándosele a los nueve meses, período que científicamente se ha demostrado dura el embarazo normal. Ahora, también puede calcularse mediante peritazgo médico sobre todo aquellos casos en que se presentan anormalidades en

el período de la gestación, tal es el caso de los partos prematuros. De manera que, si muy a pesar de tener poco tiempo de embarazo, médicamente se comprueba que a la gestante le faltan menos de dos meses para el parto, deberá suspenderse la detención que sobre ella pesare.

Sobre el lapso postparto, se computabiliza desde la fecha del mismo. Esta fecha es fácilmente comprobable mediante la certificación del médico legista o del médico que la atendió. En este caso el galeno deberá ratificar dicha certificación. También puede ser probada por testigos que hayan presenciado el parto. Es de destacar que en este caso no se requiere que la criatura haya sobrevivido al alumbramiento, pues en tal evento se busca proteger, no sólo al bebé, sino también a la madre. Pero, en el caso de aborto, el mecanismo para suspender la detención preventiva, sería el tercero, esto es, la enfermedad. Por último, si pasan los seis meses, se revoca la suspensión y se hace efectiva la detención preventiva.

3o. Por enfermedad Grave.

Este otro caso de libertad se aplica cuando es menester suspender la detención preventiva, cuando previo el dictamen de peritos de médicos legistas el procesado sufre grave enfermedad.

Esta eventualidad no requiere mayor explicación, pues sólo basta solicitar al juez que ordene el examen médico del procesado y establecer la existencia de la enfermedad. En este caso por enfermedad grave se debe entender aquella que pone en peligro la vida del enfermo, o que es incompatible con el medio en que éste está recluído.

En los tres casos anteriores el juez debe determinar si el sindicado debe permanecer en su domicilio, en clínica u hospital, en lugar de trabajo o en el estudio. Para ello, el sindicado deberá suscribir un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar indicado, el cual no podrá cambiar sin previa autorización. Las obligaciones a que se compromete el procesado en el acta firmada se garantiza mediante fianza y su incumplimiento acarrea la revocación del beneficio y la pérdida de la caución. Sin embargo, cuando la revocación se da por circunstancias no imputables al sindicado se debe restituir la caución.

4.13.2 Por Pérdida o Destrucción del Expediente. Se consagra en el Art. 162 del Nuevo C. de P.P. y consiste en que en aquellos casos que dada una pérdida o destrucción del expediente, es menester reconstruirlo para proseguir la investigación, el procesado podrá libertad si pasados ciento sesenta días de privación efectiva de ella, no se ha dictado o proferido resolución acusatoria.

Es un evento de sana "justicia", pues si el expediente se pierde o destruye por causas no imputables al sindicado, no es lógico y justo, que éste tenga que soportar la privación de la libertad hasta que una vez reconstruido el expediente el juez pueda entrar a considerar su mérito. Ahora, si la pérdida se debe a causa imputable al sindicado o defensor, no procede tal mecanismo a nuestro entender, esto sin perjuicio de las acciones penales que se generen por ese hecho. Por último, debemos resaltar que en este caso el término de 120 días de la causal 4a. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. se amplía a 160, dadas las peculiares circunstancias. Esta ampliación es una especie de prórroga, para que se pueda reconstruir el expediente.

4.13.3 Por Revisión. Se desprende del Art. 240 del Nuevo C. de P.P. según el cual en el mismo fallo en el que se ordene la revisión de la sentencia, la sala bien puede decretar la libertad provisional del procesado, mediante caución, o adoptar las medidas de aseguramiento que fuere el caso.

La revisión es un recurso extraordinario que procede contra las sentencias ejecutoriadas en los casos señalados taxativamente en el Art. 231 del Nuevo C. de P.P.

En los Casos de Extradición. La extradición, institución polémica que ha llevado, digámoslo así, a un enfrentamiento directo entre el Gobierno y los llamados extraditables, tiene su fundamento jurídico en la necesidad y espíritu de colaboración de los Estados, para la persecución y represión de la delincuencia. No entramos a debatir sobre su conveniencia o inconveniencia, sólo diremos que ha sido desafortuno su manejo por parte de nuestros gobernantes, quienes primero se han mostrado débiles al momento de aplicarla, y luego en una especie de soberbia política, como consecuencia de ciertos acontecimientos (asesinato de Rodrigo Lara Bonilla) han desatado un interés por extraditar a quien sea, que más parece un acto de venganza e ineptitud para castigar a los capos del crimen organizado por nuestros propios medios y con nuestras propias instituciones penales, que acto de carácter institucional.

En la regulación jurídica de la extradición aparecen dos formas de libertad. Véamos:

1o. Cuando se niega la extradición del solicitado.

En este caso se otorga la libertad al detenido con base en el inciso 2o. del Art. 662 del Nuevo C. de P.P.

2o. Cuando habiendo sido reclamada la persona, dentro de

los sesenta (60) días a la fecha de reclamo, no se hubiere formalizado la petición, o si transcurrido el término de treinta (30) días desde cuando fue puesta a disposición del país solicitado, éste no procedió a su traslado.

4.13.4 Por ser el Detenido Empleado Oficial. Según el Art. 423 del Nuevo C. de P.P. en caso de que el sindicato contra quien se profiera auto de detención tenga la categoría de empleado oficial (Art. 63 C.P.), en el mismo auto el juez deberá solicitar a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Ahora, mientras eso se cumple, el sindicato goza de libertad y para ello el juez debe tomar las medidas necesarias para evitar que eluda la acción de la justicia.

Lo anterior se debe compaginar con lo estatuido en el Art. 395 del mismo código, en cuyo inciso segundo se dice que "después de la diligencia de indagatoria será puesto inmediatamente en libertad y se tomarán las medidas necesarias para impedir que eluda la acción de la justicia". Este artículo contempla la captura en flagrante delito sobre empleado oficial, pues la regla general es que en los eventos en que el hecho sea atribuido a esta categoría de empleado, no es procedente la captura sino la citación para indagatoria (#4o. Art. 400 del Nuevo C. de P.P.).

4.13.5 Por Prolongación Ilegal de la Privación de la Libertad. Señala el Art. 409 del Nuevo C. de P.P. que:

"Cuando la captura se produzca o prolongue con violación de las garantías constitucionales o legales, el juez a cuya disposición se encuentre el capturado, ordenará inmediatamente su libertad". Lo mismo según el inciso segundo del transcrito Art. 409, "Cuando la persona sea aprehendida en flagrancia por hecho punible que exigiere querrela y ésta no se hubiere formulado. Para estos efectos la persona deberá firmar un acta de compromiso en que conste el nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad que lo requiera.

Es esta una garantía procesal que ojalá se cumpla en su esplendor pues son muy pero muy frecuentes los casos de captura con violación de tales garantías, efectuadas arbitrariamente.

4.13.6 Por Habeas Corpus. Esta institución que se remonta a los tiempos de la Carta Magna y el fuero de Vizcaya, constituye una de las garantías más importantes que se presenta como el pilar al respecto a la libertad humana. El Nuevo C. de P.P. lo trae regulado en los Artículos 454 y subsiguientes de los cuales destacamos los siguientes aspectos:

10. Se puede definir como "un derecho que procede en amparo de la libertad personal contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla".

Ahora, en qué consiste este derecho ?

Consiste en que quien sea privado en forma ilegal o arbitraria de la libertad, puede solicitar por sí mismo, por apoderado o por una tercera persona que un juez penal del lugar donde se encuentre el aprehendido, o del juez municipal del municipio más próximo al lugar de reclusión, inicie la investigación con los trámites establecidos y al comprobar que la aprehensión ha sido ilegal o arbitraria, ordene la libertad inmediata.

20. Se tramita de la siguiente forma: Una vez recibida la solicitud la cual deberá contener según el Art. 459 "el nombre de la persona en cuyo favor se interviene, las razones por las cuales considera que con la privación de la libertad se está violando la constitución o la ley, la fecha de reclusión y lugar donde se encuentre el capturado, y en lo posible el nombre del funcionario que ha ordenado la captura y el cargo que desempeña"; el funcionario debe decretar

en forma inmediata una inspección a las diligencias que pudieren existir en el asunto que dió lugar a la petición, Esta diligencia de inspección debe practicarse a más tardar dentro de las doce horas siguientes.

La solicitud, salvo lo previsto en el Art. 2o. del Decreto 182 de 1988, no será sometido en ningún caso a reparo por lo que su conocimiento es privativo del juez ante quien se presenta. Ahora si el juez o autoridad que ordenó la captura es de otro lugar y el funcionario que conoce la solicitud no puede trasladarse hasta ese sitio, éste solicitará la información pertinente sobre la situación que dió origen a la solicitud y aquel, deberá dar respuesta inmediata y remitir las copias de las diligencias adelantadas contra el capturado. También es procedente solicitar al director de la cárcel donde se haye el capturado un informe sobre todo lo concerniente a la aprehensión.

La salvedad del art. 2o. del Decreto 182 de 1988, se basa en que según este artículo, el juez competente para conocer de la solicitud de habeas corpus presentada en favor de persona vinculada por delito de los relacionados en el Decreto 180 de 1988 (estatuto antiterrorista), es el Juez Superior del lugar donde se encuentra el aprehendido o a quien le corresponda por reparto.

147

3o. La decisión consiste en que demostrados los hechos de violación de la Constitución o la ley con la captura, el juez debe ordenar la libertad del capturado a más tardar dentro de las cuatro horas siguientes por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno. Es importante señalar cómo el Decreto 182 de 1988, en su Art. 2o., inciso 3o. establece que el juez no podrá decidir el habeas corpus en favor de persona vinculada por los delitos relacionados en el Decreto 180 del mismo año, mientras que el Ministerio Público no haya emitido concepto. También según el mismo Decreto 182, Art. 4o. el juez superior puede ser recusado por el agente del Ministerio Público en los casos antes señalados.

4o. En lo que atañe a las medidas de aseguramiento tenemos que las personas capturadas con violación de las garantías Constitucionales o legales, no pueden ser afectadas con medida restrictivas de la libertad, mientras no se restauren las garantías violentadas o quebrantadas. Esto implica que mientras la persona no recobre su libertad, contra ella no se puede proferir auto de detención, so pena de inexistencia.

Esto es de suma importancia pues evita que el funcionario por capricho o con el objeto de impedir la li

148

bertad del individuo, profiera auto de detención y de esta forma haga irrelevante y nulatorio la solicitud presentada.

50. Este derecho no procede cuando con anterioridad a la petición en que se alega, se ha proferido el capturo auto de detención o sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario.

Sobre este punto hay que destacar tres aspectos. Primero ha de ser sentencia condenatoria pues al ser absolutoria la libertad se recobra con base en la causal 3a. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. Segundo, el funcionario que ordenó la captura queda incurso en el delito de detención arbitraria, para esos efectos el juez una vez reconocida el habeas corpus, debe impulsar copias de la actuación para que el funcionario competente inicie la investigación respectiva (Art. 466 Nuevo C. de P.P.) y en tercer lugar que el hecho de auto de detención o sentencia antes de la solicitud, no perjudica en nada la posible responsabilidad del funcionario porque ya el delito se ha perfeccionado y ese hecho no le quita la ilicitud y arbitrariedad al acto.

4.14 OTORGAMIENTO Y REVOCACION DE LA LIBERTAD PROVISIO NAL.

4.14.1 Otorgamiento. Una vez establecidos los presupuestos de cualquiera de las causales de excarcelación estudiadas, el juez mediante auto interlocutorio apelable en el efecto diferido, deberá conceder la libertad provisional al procesado, quien deberá a su vez firmar una diligencia de compromiso en donde se impondrán las siguientes obligaciones:

- 1o. Presentarse cuando el juez lo solicite.
- 2o. Observar buena conducta individual, familiar y social, y
- 3o. Informar del cambio de residencia.

Ahora, en caso de que la resolución en donde se otorgue la libertad sea de aquella en que es procedente la apelación en el efecto suspensivo, como sería el caso de una sentencia de primera instancia o un cese de procedimiento que comprendiera todos los hechos punibles y a todos los sindicados, muy a pesar de ello, dicha providencia es de cumplimiento inmediato por mandato expreso del Art. 198 del nuevo C. de P.P.

Además de la diligencia de compromiso el procesado deberá constituir una caución o fianza cuyo monto será de acuerdo con la naturaleza del hecho, la modalidad del mismo (nuevamente se sanciona al procesado por una circunstancia ya tenida en cuenta) y los daños causados. Esta fianza una vez otorgada y suscrita la diligencia de compromiso, se hará efectiva la orden de libertad. Ahora, nosotros consideramos que si el procesado demuestra no tener medios económicos para otorgar la fianza, no se le debe negar la libertad, eso sería darle oportunidad a quienes tienen dinero y negársele a quien no lo tiene. De qué serviría el reconocimiento de una causal a alguien que se le imponga una caución de millones de pesos cuando se sabe que no va a poder constituirla. En este caso creemos que debe ser juratoria que sería la diligencia de compromiso.

Para terminar con esto del otorgamiento es de señalar que la solicitud de libertad es de trámite inmediato y la apelación del auto que decide sobre su otorgamiento o no, así como el que decide sobre la detención preventiva, tiene un trámite especial consagrado en el Art. 536 del Nuevo C. de P.P. al cual nos remitimos.

4.14.2 Revocación. El beneficio de excarcelación se puede revocar cuando el procesado violare cualquiera de las

obligaciones impuestas en la diligencia de compromiso. Esto puede hacerse de oficio o por solicitud del ministerio público. Creemos que también a solicitud de parte y en tal caso el juez debe resolver sobre su procedencia o no. La revocación puede hacerse en cualquier estado del proceso y en este caso la libertad no podrá otorgarse en el mismo asunto, salvo que apareciere alguna de las situaciones previstas en los numerales 2o., 3o. y 10o. del Art. 439 del Nuevo C. de P.P. Esto es, en los casos de pena cumplida o libertad condicional, sentencia absolutoria o cese de procedimiento en primera instancia, o reapertura de la investigación.

El auto por el cual se revoca la excarcelación es de naturaleza interlocutoria, en que además de ordenarse la privación de la libertad del sindicado, se debe decretar la pérdida de la caución constituida en favor del fondo rotatorio del ministerio de justicia.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. SANGUINO MANGARIAGA, Alirio. Comentarios Nuevo Código de Procedimiento Penal, Edit. Señal, Medellín, 1987, pág. 285.
2. RUBIANES J., Carlos. La Excarcelación. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 26.
3. BETTIOL, Guisepe. Derecho Penal. Parte General. Edit. Temis, Bogotá, 1965. pág. 732.

152

4. PANAIN, Remo. Manuales di Diritto Penale, Segunda Ed. Edit. Utet, Torino, 1950, Pág. 728.
5. LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. De la Captura a la Excarcelación, Segunda Ed. Editorial Temis, Bogotá, 1983. Pág. 275.
6. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I, S. 1345, Pág. 101-102.
7. IMPALLOMENI, Giovan Battista, Istituzione di Diritto Penale, Pág. 329-331.
8. REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, Parte General, 11a. Edición, Edit. Temis, Bogotá, 1987, Pág. 183.

5. DE LA EXCARCELACION FRENTE AL CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

"Hay un placer positivo en la locura, que sólo siente el que está loco".

JOHN DRYDEN.

5.1 CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

Aunque llegar al concepto de inimputabilidad nos llevaría a enfrentar las dificultades que han enfrentado los doctrinantes, que aún después de años no se han puesto de acuerdo sobre este importante tópico del derecho penal, vamos a intentar llegar a una noción, partiendo de dos puntos. Primero, del contenido del Art. 31 del C.P. (concepto legal) según el cual "Es inimputable quien al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental". Y segundo, de la definición tradicional dogmático de imputabilidad dada por Hans Heinrich Jes

154

check, para quien es: "Aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídicopenal" (1).

Respecto al Art. 31 encontramos que si bien se dice quien es inimputable y se señala las causas por las cuales se puede llegar a ese estado patológico, no se indica con claridad en si en que consiste el fenómeno, su naturaleza, su contenido intrínseco, por lo que nos limitaremos a decir que para el Art. 31 el trastorno mental viene a ser como dice Hernán D. Benitez "una expresión de linaje jurídico-normativo, susceptible de interpretación en cada caso concreto, que dice relación a cualquier fenómeno (ajeno o no al individuo en su procedencia, con o sin base patológica) consistente en una intensa perturbación psíquica cuya consecuencia es el eclipse de las esferas intelectivas y/o volitivas, que cierra al sujeto al acceso a la capacidad de valoración y autoregulación (una u otra, en mayor o menor grado) y lo conduce a la comisión de un hecho punible" (2) y la inmadurez psicológica, siguiendo al mismo autor no implica "sino un juicio de referencia a una convención cultural que descansa sobre bases arbitrarias, estadísticas, hipertróficamente objetivas y poco reales por ende". (3).

Decimos expresión de linaje jurídico-normativo porque to

155

marlo en sentido puramente psiquiátrico sería entrar al casuismo propio del Código de 1936, ya que hacer enumeraciones particulares sería inconveniente e insuficiente ante los continuos avances de la psiquiatría.

Se habla de arbitrariedad en la inmadurez psicológica, porque dicho término no es adecuado para regular todas las situaciones que se pretende hacer en la norma.

Respecto a la definición de imputabilidad, encontramos que es importante partir de ella, pues en ésta, el punto opuesto al que hoy tratamos de definir, sin embargo, de la definición transcrita tenemos que desechar la expresión "para la responsabilidad jurídicopenal", esto en razón a que adoptarla sería por negación decir que los inimputables no son responsables penalmente, lo cual estaría en contraposición a nuestra ley positiva, según la cual, y como se desprende del tratamiento procesal que se le ha venido dando a estos sujetos, ellos responden penalmente, sólo que esa responsabilidad los lleva a la imposición de una medida especial. (Medida de seguridad).

Ahora, tanto del Art. 31 del C.P. como de la definición de H.H. Jescheck, se desprende que la inimputabilidad hace relación a una incapacidad del agente, por lo que diremos que inimputabilidad es la falta de capacidad mínima de comprensión y/o autodeterminación que el ordenamiento



156

jurídico requiere para que un comportamiento típico y antijurídico sea sancionado normalmente.

De la definición adoptada se desprenden dos momentos:

- 1o. Incapacidad de comprensión (momento intelectual), esto es, la ineptitud del agente para comprender lo injusto material de su hecho.
- 2o. Incapacidad de acción (momento volitivo) esto es, ineptitud del agente para determinar su voluntad de acuerdo con la comprensión intelectual. Ej. Cleptomanía.

De otra parte, se hace alusión a un comportamiento típico y antijurídico, porque a nuestro modo de entender no basta que el comportamiento esté legalmente descrito por la ley penal, sino que encierre en sí una injusticia, un atentado contra valores o intereses jurídicos tutelados en la norma, si el hecho no encierra esa injusticia, por estar justificado, por ejemplo, no tiene objeto seguir el proceso de determinación de responsabilidad.

Por último, se habla de sanción porque somos del parecer que si bien es discutible el carácter de pena de la medida asegurativa, ésta constituye una sanción especialísi

ma, tanto es así, que son impuestas contra la voluntad del agente, y toda imposición de esa naturaleza implica en el fondo un castigo, que tiene por lógicos motivos carácter de sanción.

5.2 MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO PARA INIMPUTABLES

Adoptado el concepto de inimputabilidad y como un paso lógico e indispensable para los objetos trazados, entramos a estudiar ahora, aquellos mecanismos asegurativos que el legislador ha incluido en el nuevo C. de P.P. y que establecen un tratamiento diferencial entre los imputables y los inimputables en lo que a medidas de seguridad concierne.

Con ello el legislador trata tal vez de terminar con las controversias presentadas a raíz del tratamiento procesal que en el anterior Código, se le daba a estos sujetos, tratamiento que llevaba a proferir en su contra medida de detención. Sin embargo nosotros creemos que en el fondo de la discusión queda vigente. Basta observar el Art. 448 del Nuevo C. de P.P. para darnos cuenta que al remitirse a los presupuestos probatorios para adoptar medidas de aseguramiento (indicio grave de responsabilidad), se sigue partiendo del hecho de la responsabilidad penal del inimputable, cuestión que es precisamente lo que algunos

tratadistas no comparten al alegar que no se puede hablar de responsabilidad de alguien que no comprende la ilicitud de su acto, o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Pero... no entremos a determinar quien tiene o no la razón ya que no es objeto de este trabajo, y pasemos a analizar cada una de las medidas asegurativas que se predicaban de quienes al momento de cometer el hecho se encuentran en estado de inimputabilidad.

5.2.1 Internación Preventiva. Según el Art. 448 del Nuevo C. de P.P. "Cuando estén demostrados los presupuestos probatorios y formales, para dictar medida de aseguramiento, el juez ordenará la internación preventiva del inimputable".

Frente a esta medida lo primero que hay que preguntarse es: A qué presupuestos probatorios y formales se refiere la norma? No hay duda que a los establecidos en los Artículos 414 y 415 del nuevo C. de P.P. respectivamente. Los primeros, hacen mención a que contra el inimputable exista por lo menos un indicio grave de "responsabilidad" con base en las pruebas producidas legalmente en el proceso. Los segundos a la forma como debe proferirse la medida de internación. Ahora, a nuestro modo de enten

der también deben estar dados los presupuestos que antes hemos llamado de procedibilidad, esto es, la vinculación previa del inimputable al proceso, ya por indagatoria, ya por declaratoria de persona ausente.

No obstante, sobre la última forma de vinculación creemos que sería irrelevante un acto de emplazamiento de quien no comprende la ilicitud de su acto y por ende las consecuencias del mismo. Lo único que podría eventualmente hacer efectivo este acto, sería que los parientes (que muy pocos los tienen) del inimputable lo presentarán a la autoridad o que se tratare de un trastorno mental transitorio sin secuela. Hecho que por lo demás es difícil de suceder por la idiosincracia de nuestra gente que no se los permite, o por que en el caso del trastorno mental transitorio sin secuela, es de muy esporádico acaecimiento.

En razón de lo anterior, entendemos que el legislador debió adoptar un mecanismo especial para esta situación. Por que pensemos en uno de nuestros muy abundantes dementes emplazado en un escrito que ni siquiera sabe leer.

Ahora, de la norma misma se desprende que al hablarse indistintamente de medida de aseguramiento, la internación preventiva procede aún en aquellos casos en que el delito es sancionado con penas de arresto o no privativa de

160

la libertad. Ello por cuando tanto la conminación , la caución, como la detención preventiva son medidas de aseguramiento y si recordamos cuando proceden cada una de ellas , no podemos llegar a otra conclusión que la antes señalada.

Esto no deja de ser una injusticia, porque tendremos el caso de un tratamiento desproporcionado en relación con la naturaleza del ilícito cometido, más cuando sabemos de las condiciones en que se cumplen estas medidas, las cuales por lo general se llevan a efectos en establecimientos carcelarios comunes.

5.2.2 Internación en Establecimiento Privado. Según el Art. 450 del Nuevo C. de P.P. "cuando los peritos oficiales lo aconsejen, el juez podrá disponer que el inimputable sea trasladado a establecimiento adecuado, siempre y cuando la persona de la cual dependa se comprometa a ejercer la vigilancia correspondiente y a rendir los informes que solicite el funcionario.

Esta medida es quizás el reconocimiento tácito que el Estado hace de la inexistencia de las condiciones adecuadas y necesarias para el cumplimiento de los objetivos y finalidades de las llamadas medidas de seguridad. Ante esa inexistencia el funcionario, en la mayoría de los casos deberá optar por su aplicación, es decir, por el internamiento

161

en establecimiento privado, salvo que los familiares del procesado, el mismo, o las personas de quien dependa no tengan para sufragar los gastos que demandan un internamiento en establecimiento de esta índole. De ello deducimos una inequitativa forma de cumplir con la sanción correspondiente, favoreciendo a la clase adinerada.

Es más, el Art. en sí presenta dos omisiones: Primero, no dice relación a aquellos casos en que el inimputable no tiene persona de quien dependa. Podría preguntarse: Si mediante perito se aconseja el internamiento en establecimiento privado, pero el inimputable no depende de nadie, sino que hasta ese momento el era propietario de su propio patrimonio que aún permanece en cabeza suya, será que no procede la internación en establecimiento privado? En segundo término no dice qué pasa cuando a pesar de comprometerse a rendir los informes y la vigilancia correspondiente, el encargado de ello no lo hace. Se ordenará la devolución al establecimiento oficial? Aún cuando el inimputable de manifestaciones de mejoría? o mediante proceso legal se le nombrará un curador que administre sus bienes y ejerza su vigilancia?

Creemos que en este caso el inimputable debe seguir en internación preventiva en establecimiento privado si sigue sufragando los gastos y el funcionamiento podrá solicitar

al director de tal establecimiento los informes respectivo si el pariente o persona a cargo no lo hace. Ello es así, porque de no serlo sería contradecir la finalidad misma de la medida que es buscar la rehabilitación del individuo.

5.2.3 Conminación. Según el Art. 453 del Nuevo C. de P. P. "cuando se trate de la situación prevista en el Art. 33 inciso 2o. del Código Penal, el juez proferirá medida de a seguramiento de conminación, siempre y cuando concurren los presupuestos probatorio y formales para tomarla".

Siguiendo con los lineamientos del Art. 448 del mismo esta tuto, es decir, no tener en cuenta la naturaleza del ilícito para efectos de proferir medida de aseguramiento contra un inimputable, el legislador ha establecido en el Art. 453 la medida de aseguramiento de conminación para los casos en que se presenta la situación del Art. 33 inciso 2o. del C.P.

La situación a que se refiere el Art. 33 reseñado es el conocido como trastorno mental transitorio sin secuelas, esto es, que el inimputable no queda con alteraciones o perturbaciones mentales. Esta situación difiere de la llamada doctrinalmente la ACTIO LIBERAE IN CAUSA o inimputabilidad condicionada, que consiste, en que el agente, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en estado de inimputabilidad y en esta circunstancia ejecuta el hecho punible. Es

to permite según el Código Penal Art. 32, retrotraer el juicio sobre la capacidad de motivación al momento en que el autor libremente pone la causa del estado posterior. De esta forma el agente por la culpa o dolo en que se hallare respecto al hecho punible.

Aprovechemos para resaltar como el Art. 32 del C.P. enseña que en el caso de la inimputabilidad condicionada el agente responde por el dolo o la culpa. Esto implica dos cosas: que el acondicionamiento puede ser de dos clases de culpabilidad, la dolosa y la culposa, y que la preterintencional no se predica de este fenómeno. Esto último nos hace formular una pregunta: Si el agente se coloca en inimputabilidad para lesionar a alguien, por ejemplo, pero su resultado excede su intención y el agredido muere, porqué responde? Por lesión personal? o por homicidio simple?

Dejando a un lado la actio leberae in causa y el problema que se presenta en relación a aquellos casos en que el resultado excede la intención del agente, proseguimos con la medida de conminación para inimputable y frente a ella, es importante decir que su establecimiento es de pura lógica, pues si el agente a vuelto a la normalidad mental, es de suponerse que sobra todo tratamiento a que pueda ser sometido. Sin embargo, es de nuestra preocupación que el legislador no haya establecido un tratamiento especial para

164

los casos de trastornos mentales transitorios con secuelas, pues según las normas vigentes estos serían objetos de las medidas para los trastornos permanentes.

5.2.4 Cómputo de Detención. Según el Art. 452 del Nuevo C. de P.P. "El tiempo que haya permanecido el inimputado detenido en establecimiento carcelario, se le computará como parte del tiempo para el cumplimiento y suspensión de la medida de seguridad".

Este cómputo es el resultado de una situación muy generalizada en la práctica judicial y sobre ello hay que hacer las siguientes observaciones: Se aplica sólo en aquellos casos en que el estado de inimputabilidad es establecido con posterioridad al momento de resolver la situación jurídica del implicado y contra éste se ha proferido auto de detención sin beneficio de excarcelación. Esto porque, si tal estado es determinado antes de aquel momento, el juez deberá aplicar lo dispuesto en los Art. 448 o 453 según el caso. El cómputo no sólo se debe hacer desde la vigencia del auto de detención como parece darlo entender la norma al hablar de "detenido en establecimiento carcelario", sino desde la privación efectiva de la libertad. No hacerlo sería desconocerle al inimputable una prerrogativa que se le aplica a los imputables en el caso de la causal 4a. del Art. 439 del mismo Código.

165

De lo anterior se concluye que si con posterioridad a la resolución de la situación jurídica, se determina el estado de inimputabilidad del procesado contra quien está vigente auto de detención y por ello se encuentra recluso en establecimiento carcelario, ese tiempo se le computará para efectos de cumplimiento o suspensión de la medida de aseguramiento, y que el juez en ese caso debe sustituir el auto de detención por la medida de aseguramiento que corresponda según el caso.

5.3 EXCARCELACION PARA INIMPUTABLES

Este solo interrogante da mucho que pensar, no es para menos, nuestra filosofía pragmática y el exegetismo que caracterizan los enfoques dados a nuestro derecho positivo, nos indican que es un exabrupto excarcelar a alguien sobre quien no se puede dictar auto de detención, presupuesto previo para hacerlo; que no se debe ni puede dejar libre a alguien que está siendo tratado científicamente para devolverle la sanidad mental, o guiarlo en su madurez psicológica; que las medidas de seguridad sólo tienen fines de tutela, curatela y rehabilitación y no de represión, y que ni siquiera en Alemania Federal se incluyen como normas aplicables analógicamente al internamiento preventivo, aquellas que versan sobre la suspensión de la orden de prisión. Cual prisión dirán ? los inimputables no van a prisión ;

16/10

Será cierto?

También no faltará quien alegue que la forma de liberar a un inimputable es mediante el Art. 451 del Nuevo C. de P. P., ya que el mismo encabezamiento del Capítulo VI, título V, libro segundo del mencionado estatuto eso da a entender al referirse a medidas de aseguramiento y libertad para inimputables, y además que el otro mecanismo sería la suspensión de la medida de seguridad, con base en el Art. 621 del mismo Código, pero para ello se debe tener concepto previo de los peritos de medicina legal.

Sin embargo, y muy a pesar de los reparos que se nos hagan, nosotros nos vamos a apartar de ese pragmatismo cotidiano, de esa forma simplista de enfocar un aspecto que como el de la libertad para inimputables tiene que ser tratado, no haciendo caso omiso de nuestra realidad cotidiana, de las aflicciones que sufren quienes hoy tienen que permanecer revueltos con criminales, muy a pesar de su anómalo estado mental, sino interrelacionado la normativa penal, con la realidad en la ejecución de las medidas impuestas en la aplicación de esa normatividad. Nos apartaremos de ese sendero tras el que se van muchos y diremos que del inimputable si se puede predicar la excarcelación. Para ello exponemos los siguientes fundamentos:

1o. Los inimputables al igual que cualquier procesado gozan de la presunción de inocencia. De no ser así, resultaría inoficioso el establecimiento de un juicio de responsabilidad y sobraría en tener que existir los presupuestos probatorios para proferir en su contra medida asegurativa.

Entonces si ellos se presumen inocentes, también gozan de las consecuencias de esa presunción en la cual se fundamenta ontológicamente el derecho a la libertad provisional. De no hacerlo sería establecer para el inimputable una forma de responsabilidad objetiva, algo que ha sido abolido por nuestra ley penal (Art. 5o. C.P.).

2o. Que si bien el capítulo sexto, título V, del libro II, del Nuevo C. de P.P. se encabeza con la expresión libertad para inimputable, ese capítulo sólo trae una disposición, el Art. 451 que regula lo concerniente a la libertad para inimputables por trastorno mental permanente. Ahora habría que preguntarse: Qué sucede con los inimputables por inmadurez psicológica o trastorno mental transitorio con secuelas? Será que esta clase de inimputable no tiene derecho a la libertad vigilada, ni aún en los eventos del citado artículo? Recordemos que al no haber disposición especial para el caso de

trastorno mental con secuelas, el código da a entender que esta clase de inimputable son posibles de la internación preventiva.

30. Que no obstante que la ley sustancial indica que las medidas de seguridad tienen un fin de tutela, curatela y rehabilitación, todos conocemos de la inexistencia de los establecimientos adecuados, así solo existe un anexo en funcionamiento en la cárcel La Picota en Bogotá; la comisión asesora para la expedición del Código Penitenciario de 1981, llegó a la conclusión de la inexistencia de tales establecimientos, y el investigador JOSE FELIZ MEZA, en 1984 llegó a la conclusión que el mencionado tratamiento especial no se está dando a estos sujetos y que en la generalidad del caso, están siendo recluidos en cárceles comunes.

Entonces, si tenemos a un inimputable soportando la internación en una cárcel común, si no se le está sometiendo a ninguna clase de tratamiento especial, si no hay posibilidad de ese tratamiento, por qué razón? con qué argumento de equidad y justicia le negamos la libertad cuando se den los presupuestos para concederla? Porque aferrarnos a una normatividad que no compagina con la realidad carcelaria colombiana. Porque si el Estado no asume la responsabilidad (tomamos la puni

bilidad como potestad-obligación en cabeza del Estado) de tratar adecuadamente a estos individuos, entonces a ellos se les deben dar los beneficios de las leyes ordinarias. No hay razón para que en el juicio de responsabilidad se sigan las disposiciones atinentes a inimputables, y luego en la ejecución de la sentencia, al no tener las estructuras para ello, se le aplique el código penitenciario común y la disciplina de estos establecimientos. No hay derecho a que ellos inimputables se les apliquen las dos clases de disposiciones con claro deterioro de sus derechos. Será que el inimputable se le puede aplicar la ley parcialmente ?

40. También para argumentar nuestra posición diremos que una cosa es la realidad alemana, en donde existen establecimientos, en donde se da el llamado internamiento para observación del inculpado (medida que tiene como finalidad establecer la posible inimputabilidad del mismo), en donde se prohíbe la retención del inimputable en lugar diferente a los establecidos; a la nuestra, en donde no existen los lugares indicados por el Art. 449, en donde la inimputabilidad es determinada casi siempre después de la resolución de la situación jurídica, cuando ya el inimputable ha sido recluido en la cárcel en virtud de auto de detención, en donde se indican los lugares, pero no se prohíbe la reclusión

en establecimiento carcelario y en donde por lo general, al inimputable se le trata en peores formas que los imputables.

Por todo lo expuesto y porque creemos que la equidad y la justicia es preponderante frente a la taxatividad de la ley, consideramos que en aquellos casos en donde la naturaleza del caso y las circunstancias del mismo lo permitan al inimputable, dados los presupuestos de la libertad provisional, en cualquiera de sus causas, se le debe otorgar el beneficio, mientras con él no se cumpla el tratamiento especial.

Posición absurda tal vez, pero quedamos convencidos que es el tratamiento más acorde con nuestra realidad, es decir, que el inimputable, frente a la realidad nuestra es mejor que se le profiriera auto de detención, que se impusiera pena, y tuviera derecho sin polémica algunas a las causales de excarcelación. Esto pues su trato diferencial en este momento sólo beneficia a aquellos que tienen con que sufragar un establecimiento privado, en los demás casos las medidas de seguridad se cumplen en cárceles comunes sin posibilidad de cura o rehabilitación.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. HANS HEINRICH, Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Volumen I. Traducción de la 3a. Edición Alemana. Barcelona. Edit. Bosch. 1981. Pág. 596.
2. BENITEZ N., Hernán Darío, Tratamiento Jurídico penal del Indígena Colombiano. Bogotá. Ed. Temis. 1988. Pág. 68.
3. Idem, pág. 94.

6. DE LA EXCARCELACION EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y EN OTROS PROCESOS

"El proceso penal es ante todo garantía de justicia, y ésta no se puede sacrificar con pleitesía a deshumanizados incisos y parágrafos de la ley, o por rendirle culto a la fría técnica de un procedimiento especial."

6.1 EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

6.1.1 Noción. Constituye una importantísima innovación del Nuevo C. de P.P. y tiene como objetivo fundamental, agilizar aquellos procesos en que, por la forma como es sorprendido el agente, o por la naturaleza de la prueba, es dable reducir los términos en aras de una pronta y cumplida "justicia".

Su razón es de sana lógica, porque si el agente es sorprendido en flagrancia, o él mismo, pleno los requisitos legales

confiesa en forma simple su autoría o participación en los hechos objeto del proceso, significa que el perfeccionamiento de éste, no debe ser demasiado prolongado, pues la responsabilidad del sindicado está bastante comprometida.

6.1.2 Aplicación de este procedimiento. Según reza el artículo 474 del nuevo C. de P.P. éste procedimiento se aplica :

1. Cuando el agente es sorprendido en flagrante delito, siempre que éste, no sea de competencia de los jueces superiores en que interviene el jurado de conciencia, o siempre que el procesado no sea imputable.

Frente a este primer evento tenemos que el estado de flagrancia se presenta según lo dispone el artículo 393 del mismo estatuto, "Cuando la persona es sorprendida al momento de cometer el hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundamentalmente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura".

La salvedad sobre los delitos de competencia de los jueces Superiores con intervención del jurado, o cuando el

agente es inimputable, es apenas lógica, pues esos delitos son de gran integridad y la investigación debe ser más amplia para dar al jurado una información más detallada de los acontecimientos, hecho que le permita llegar a un justo veredicto. Además tratándose de inimputable el término es demasiado corto para establecer su estado anómalo.

Por otro lado encontramos que la confesión de un inimputable es de dudosa creencia, por lo que el juez debe indagar con mayor atención a fin de descubrir si en realidad no estamos ante un caso de auto-acusación por un estado depresivo del confeso

2o. Cuando el agente confiesa en forma simple la autoría o su participación en los hechos que se investigan, siempre que no se den las eventualidades del primer caso.

En este segundo caso, encontramos que confesión simple en los términos del Art. 296 del nuevo C. de P.P. es la declaración del procesado, en la cual admite haber participado en el hecho que se investiga sin la manifestación de haber obrado en circunstancias de justificación o inculpabilidad, o cualquier otra que modifique el grado de su participación, o específicamente atenúe su pena

lidad". Esta confesión debe cumplir los siguientes requisitos :

1. Que sea hecha ante juez competente.
2. Que el procesado esté asistido por defensor.
3. Que el procesado haya sido informado del derecho de no declarar contra sí mismo.
4. Que se haga espontanea, consciente y voluntariamente.

Estos son los requisitos necesarios para la validez de la confesión y el desconocimiento de alguno de ellos, genera la inexistencia de la prueba y por ende su no estimación por parte del funcionario.

6.1.3 Excarcelación en el procedimiento abreviado. Según el artículo 483 del nuevo C. P.P. "El procesado tendrán derecho a la libertad provisional cuando no se haya dictado sentencia dentro de los sesenta (60) días siguientes a la definición de su situación jurídica."

La causal que consagra la norma transcrita para que tenga aplicación es necesario e indispensable que se den dos supuestos : uno el transcurso de los sesenta (60) días

desde la definición de la situación jurídica (con auto de detención), y dos, que durante ese lapso no se hubiere proferido sentencia de primera o única instancia.

Frente a este mecanismo que se aplica sin perjuicio de las causales consagradas en el art. 439 del mismo estatuto y de los demás mecanismos excarcelativos estudiados, que son aplicables en lo que no contravinieron a este proceso, hay que determinar que sucede cuando en base al Art. 482 del mencionado código, es factible el cambio de procedimiento.

En este caso es de nuestro parecer que al cambiar de procedimiento (de abreviado a ordinario) la libertad otorgada con fundamento en el Art. 483 no puede sostenerse, a no ser que proceda causal distinta. Por qué?. Pues no es posible jurídicamente seguir por un lado al proceso ordinario y por el otro, en el mismo proceso mantener la aplicación de normas propias del abreviado. Es cierto que el Código contempla la aplicación de normas del ordinario en el abreviado, pero no a la inversa. Esto sería como permitir que los procesados juzgados bajo el procedimiento ordinario, pudieran solicitar la libertad con fundamento en esta causal. Y de ésta forma no tendría operancia el término de 120 días en la causal 4a. del art. 439 del nuevo C. de P.P.

177

Al anterior argumento no es dable oponerle el hecho que según el art.482, la actuación anterior, es decir, la realizada según el procedimiento abreviado, conserva su validez. No es dable acoger este argumento porque ese caso a nuestro modo de entender no cobija lo referente, a la libertad provisional.

Ahora, no obstante, lo expuesto que es una interpretación netamente jurídica, debemos ser conscientes que si el procesado ha cumplido con las obligaciones impuestas en la diligencia de compromiso, está demostrando su intención de seguir compareciendo al proceso. Y si la detención preventiva busca eso, entonces cual sería el argumento para privar de la libertad al sindicado.

Cierto que por política criminal la solución es opuesta a la Planteada! Sin embargo esto a su vez traería que en muchos casos el procesado confesará para forzar el procedimiento abreviado y luego se cambiará, y de esta forma lograr la libertad en el término de sesenta días. ¡No es también peligroso".

Por último para terminar con el procedimiento abreviado, decíamos que las otras causales y mecanismos de libertad se aplicaban siempre que no contravenieren al procedimiento mismo, esto es así porque puede suceder, como en el

caso del exceso en la justificación del hecho, en que no se puede aplicar a los casos de confesión simple, pues el hecho de alegar un exceso excluye esta clase de confesión. (El exceso es un fundamento real modificador de los límites de la pena).

6.2 EN LOS JUICIOS ANTE EL SENADO

Aquí la palabra juicio no debe tomarse en sentido de parte del proceso penal, sino como sinónimo de oralidad, esto en razón a que estos procesos como los seguidos ante los jueces de menores son llevados más que todo mediante audiencias.

Los juicios ante el Senado son los que se siguen ante esa corporación en virtud del Art. 96 de la Constitución Nacional, es decir, con base en las acusaciones que ante ella haga la Cámara de Representante Contra : El presidente de la República, los Ministros del Despacho, El Procurador General de la Nación, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado; con fundamento en el Art. 102 de nuestra Carta Magna.

Estas acusaciones pueden hacerse aún después de haber cesado en el ejercicio del cargo, pero por motivos acaecidos durante éste, y pueden dar lugar a dos situaciones :

Si es por delitos comunes el Senado sólo se limitará a declarar si hay o no mérito para seguir causa criminal y en tal caso pondrá al procesado a órdenes de la Corte Suprema de Justicia. Pero si la infracción es cometida en ejercicio del cargo o so pretexto de ejercerla, y ésta tiene pena privativa de prisión, se aplican las disposiciones del Código de Procedimiento Penal sobre detención preventiva y libertad por causión. De esto se concluye que si el delito por el que se procede tiene como sanción un mínimo de dos años de prisión o más, contra el sindicado podrá dictarse auto de detención y concedérsele la libertad por cualquiera de las causales o mecanismos ya estudiados.

6.3 EN LOS JUICIOS ANTE LOS JUECES DE MENORES

Se presentan cuando el sujeto activo del delito es un menor de dieciseis años (16) tiene como finalidad sustraer al menor del tratamiento penitenciario ordinario, para someterlo a uno especial, en razón a que se presume que por motivos de su corta edad, no es capaz de comprender la trascendencia de su acto.

Al respecto de la edad, el legislador colombiano siempre ha tenido la tendencia para tomar el aspecto cronológico como elemento básico en la conversión de un comportamien

to en delictivo, o una persona sujeta pasivo de la acción penal ordinaria. Por ello encontramos un límite de catorce (14) años, para determinar si el consentimiento sexual genera o no en un delito contra la libertad y el pudor sexual (acceso carnal abusivo con menor de catorce años); por esta razón vemos como en materia de infanticidio, el lapso de ocho días contados a partir del nacimiento, hace de un homicidio, el lapso de ocho días contados a partir del nacimiento, hace de un homicidio calificado por el parentesco y el estado de inferioridad de la víctima, un homicidio atenuado. Así a lo largo de nuestro derecho positivo encontramos el manejo arbitrario del tiempo, que enumerar todas las situaciones sería demasiado dispendioso.

No compartimos esta forma de regular el tiempo, pues es tan arbitrario pretender que una mujer a los trece años no tiene capacidad válida de consentir sexualmente, como decir que la de catorce alcanzó su plena madurez sexual para comprender el sentido de su acto. Es tan arbitrario sostener que alguien mayor de 16 años comprende a plenitud la ilicitud de su acto (que se maduro psicológicamente), como decir que uno menor de esa edad no puede hacerlo.

Es criticable este manejo y por ello recomendamos que a

demás de la corta edad, se debe hacer un estudio psicológico, para determinar si realmente fué de inmadurez psicológica lo que determinó el comportamiento delictivo. Ello, pues no es raro en éste medio encontrarnos con menores de 16 años empuñar fríamente un arma para matar por un mísero dinero, y no podemos decir jocosamente que no comprende la ilicitud de su comportamiento.

Respecto al nuevo Código de Procedimiento Penal, encontramos que el art. 576 (Lugar de detención) se utiliza mal la palabra detención. Preguntamos: Será que a los menores se les puede detener?. Nosotros creemos que no que se debió utilizar mejor la expresión lugar de internación", a los menores no se detienen, esto sería contra decir su asimilación a inimputables con fundamento en el art. 608 del mismo estatuto.

En lo que atañe a libertad, encontramos que ellos gozan de una garantía que no tienen los inimputables propiamente dichos, así según el art. 576 antes mencionados, se prohíbe detener (internar para nosotros) a un menor de dieciseis años en lugar distinto de los expresados en el art. 574, esto es, en lugar seguro e independiente de las cárceles comunes, o depositarlo en poder de sus padres previas la constitución de la fianza. Se cumplirá esto?. Demos un paseito por San Diego y veremos que no.

Sin embargo, muy a pesar que siga abusando del menor en la práctica, aquí quien juega un papel preponderante es su defensor, porque es él quien debe velar por el cumplimiento de esta disposición y denunciar a quien omita su aplicación.

Ahora, como en la práctica estos lugares seguros diferentes a las cárceles comunes no existen, entonces el menor será entregado en custodia a sus padres o familiares, pero ... qué pasa cuando no hay padres ni familiares? Ej. Un Gamín. En este caso el menor debe ser entregado a una institución de beneficencia que se haga cargo de él. Pero... Si no hay tal institución: En este caso el menor debe ser dejado en libertad, pues si el Estado se muestra impotente para darle el tratamiento que en su favor consagra la ley, no puede aplicarle esa ley parcialmente y recluirlo en una cárcel común.

6.4 EN LOS PROCESOS PENALES ADUANEROS

En estos procesos, según el Art. 43 del Estatuto Penal Aduanero, además de las causales ya estudiadas y los demás mecanismo de libertad, es procedente la libertad provisional en los siguientes casos :

1. Para los capturados en flagrancia, en los procesos de

competencia de los jueces del Distrito Penal Aduanero,
y

2. En los procesos de única instancia.

Los procesos de competencia de los jueces del Distrito Penal Aduanero para efectos del numeral primero son, los adelantados por delitos de Contrabando cuya cuantía exceda de cinco salarios mínimos legales mensuales y hasta veinticinco salarios mínimos legales mensuales. También conocen estos jueces de las contravenciones penales aduaneras cuya cuantía exceda de cinco salarios mínimos legales mensuales, pero éstas al no tener señalada pena privativa de la libertad no es posible el auto de detención, sino la conminación.

De lo anterior se concluye que para efectos del numeral primero únicamente se tiene en cuenta los delitos de contrabando, de competencia de los mencionados jueces sin importar el mínimo establecido como sanción ya que el auto de detención se profiere con fundamento en el #4 del art. 421 del C. de P.P., aplicable en razón a la captura de flagrancia y a lo dispuesto en el Art. 41 del Estatuto Penal Aduanero.

En lo que respecta al segundo caso, es decir, a los proce

sos de única instancia, estos son aquellos delitos de contrabando cuya cuantía sea hasta de cinco salarios mínimo legales mensuales, y las contravenciones que no exceden de ese mismo límite. Sobre estas últimas al no tener señalada pena privativa de la libertad, no es dable hablar de excarcelación.

De lo anterior se colige que en lo penal aduanero, además de las causales y mecanismos de libertad que trae el nuevo Código de Procedimiento Penal, la excarcelación o libertad provisional es procedente, en los procesos por delitos de Contrabando cuyo conocimiento esté atribuido a los jueces del Distrito Penal Aduanero, siempre que la captura se produzca en flagrancia. Y en los procesos de única instancia en que sea procedente al auto de detención.

Por último al no existir norma semejante al Art. 467 del nuevo Código de Procedimiento Penal, (competencia para calificar), entendemos que los jueces de Instrucción Penal Aduanero, son competentes para perfeccionar el sumario y calificar el mismo.

6.5 EN EL ESTATUTO ANTITERRORISTA

Según el Art. 45 del Decreto 180 de 1988, "Sólo tendrá derecho a la libertad provisional los sindicados por los

delitos de que trata el presente decreto, si pasados doscientos diez (210) días de privación de la libertad no se ha preferido sentencias, mediante caución prendaria o hipotecaria, que será establecida al arbitrio del juez, de acuerdo con la gravedad del hecho imputado, entre cinco (5) y veinte (20) salarios mínimos mensuales."

La norma transcrita que podemos tildar de lamentable, producto de la desesperación y de la costumbre de legislar, sin sentido por un determinado acontecimiento, es un verdadero retroceso en los avances de la ciencia penal, es volver a los tiempos del "TALION", de la violencia por la violencia. Es pasar por alto las enseñanzas de la historia, según la cual, el terrorismo ni aún en aquellos países en que se ha establecido la pena capital ha sido destruido con la represión. El terrorista no cede ni ante la inminencia de su muerte, es un ser que actúa por una convicción arraigada en lo profundo de su conciencia, que defiende unas ideas que considera la razón de su existencia. Fanáticas? tal vez, pero al fin y al cabo ideas que hacen no se detenga ante las amenazas. Solo miremos retrospectivamente al Medio Oriente (Fanáticos suicidas), las actividades de la "ETA", de las BRIGADAS ROJAS, y descubriremos que estos grupos han sido perseguidos inmisericordemente, pero siguen allí campantes y los diarios y periódicos cada día nos traen sus actos abominables. Por

186

ello, consideramos que al terrorismo se combate buscando las causas, el resolver el interrogante: Por qué la gente se vuelve terroristas? nos daría una luz para contra restar este flagelo.

Pero, volvamos a la norma y fijemos las implicaciones jurídicas que tiene frente al Código de Procedimiento Penal. En primer término, se encuentra que en dichos procesos se eliminan las causales de excarcelación del art. 439 del nuevo Código de Procedimiento Penal, la razón se deduce del Adverbio "solo" que inidca exclusión de lo demás. Ahora si miramos en contenido de la causal tercera del Art. 439 mencionado, esto es, en los eventos de sentencia absolutoria o cese de procedimiento en primera instancia, encontramos que si se profiere cese de procedimiento antes del término de 270 días el procesado no recobraría su libertad. ¡absurdo! . Además de ello, el artículo en estudio elimina para los procesados en base del decreto 180 de 1988 los beneficios de la caución juratoria, esto al especificar la clase de caución que debe otorgar el beneficiado con la libertad. Significa esta eliminación que si tenemos un terrorista en los términos del mencionado decreto (Art. 10.) y si éste no tiene dinero para constituir la caución prendaria obligatoria que impone el Art. 45 del mismo decreto, no podrá recobrar su libertad. Se rá que se presume la capacidad económica del terrorista?

o será un obstáculo más para impedir la libertad del sindicado ?

En fin, este estatuto, además de aumentar las penas de muchos delitos, de la ambigüedad con que se redacta el delito de terrorismo, de la creación de otras figuras delictivas, de suspender garantías procesales, de ampliar los términos para resolver la situación jurídica y de otros atropellos a los legítimos derechos de todo sindicado fue re cual fuere su acto criminoso, niega por completo la posibilidad de libertad provisional, porque según el procedimiento establecido en el Art. 46 del mismo decreto , que suspende la etapa de juzgamiento, no debe haber proceso que dure más de doscientos sesenta (260) días. Por ello, sólo en el caso de una sentencia absolutoria podría el sindicado recobrar su libertad provisionalmente.

CONCLUSIONES

"No se puede esperar la perfección absoluta porque todas las instituciones están en las manos de seres humanos, imperfectos y falibles."

ALBERTO S. OSBORN

1. GENERALIDADES

Después de agotado el tema, en donde hemos transitado por la evolución legislativa, su estructura jurídica y social dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, queda lo más importante : La síntesis, la enseñanza que nos ha dejado el trajinar por las normas que lo desarrollan , las conclusiones. Las mismas que para una mejor comprensión y tratando de ser lo más didáctico posible, hemos de dividir en dos : Las particulares referidas a cada uno de los aspectos relevantes del tema; y las generales referidas a la institución globalmente considerada Veamos.

2. CONCLUSIONES PARTICULARES O ESPECIFICAS.

2.1 EN LA HISTORIA LEGISLATIVA Y DERECHO COMPARADO

En este aspecto encontramos que la institución excarcelación o libertad provisional; como se le quiere llamar, presenta una tendencia a ampliar su marco de aplicabilidad. Es como si el legislador colombiano empezara a preocuparse más por el respeto a la libertad, y a olvidarse que la forma más "eficaz" para reprimir el delito es el cercenamiento de un derecho fundamental para todo ser viviente, el derecho a la libertad. En una tendencia que muy a pesar de haber enfrentado grandes escollas, como el caso del derecho penal, medieval que se convirtió en símbolos de persecución y barbarie (tribunales de la inquisición), como la raíz de la esclavitud plantada en nuestra querida tierra americana por quienes pregonaban de civilizados y que convirtieron a nuestros nativos en instrumentos de labranzas y objetos de satisfacciones lujuriosas; ha salido a flote y hoy podemos decir que si bien no se ha logrado la tal humanización del derecho penal, la barbarie, el salvajismo, la tortura y muchas otras prácticas degradantes para la condición humana, han desaparecido, aunque queden los destellos de una prisión con muros coroidos y suciedad ahogando los pulmones de quienes aún siguen bajo el tormentoso recuerdo del pasa

do nefasto.

También en el derecho comparado se muestra esa tendencia, pero en el caso de Alemania Federal, el juez tiene un papel preponderante en la suspensión de la orden de prisión provisional, es él, quien en última instancia entra a definir y a determinar la existencia de los motivos por los cuales se ordena la prisión provisional y la posibilidad de su suspensión.

Las dos legislaciones en lo que a libertad provisional concierne tienden a semejarse, y solo hay un distanciamiento en cuanto a las facultades que se le da al juez para evaluar los motivos de privación o no de la libertad. En nuestro medio, el juez es restringido en sus conceptos, en cambio en Alemania, el juez tiene amplia facultad para ello.

2.2 EN LOS FUNDAMENTOS ONTOLOGICOS

Frente a ello se concluye que la excarcelación no solo tiene bases legales, sino sociológicas y de reconocimiento a una realidad social, "el hombre en su mayoría no delinque". Encontramos por ello una presunción de inocencia, un principio del favor rei, fundamento del induvio pro reo. Estos y los otros aspectos hacen de la insti

tución "excarcelación" una de las más benévolas de nuestro derecho positivo penal y procesal penal, y con ello se mengua la angustia que en el anhelo de libertad causa la flaqueza del espíritu ante el delito.

2.3 EN LA DETENCION PREVENTIVA

De ella podemos concluir que tienden a disminuir su aplicación que está cediendo su importancia como medida represiva y aflictiva de la libertad humana, ante las nuevas tendencias del derecho penal moderno y de la Criminología Crítica. Así encontramos su presencia sólo en aquellos casos en que el legislador por consideraciones de "Política criminal" (si es que la hay), o por capricho ha querido mantener su vigencia.

Pero muy a pesar de ello se observan dos cosas importantes:

El temor con que el legislador acoge los planteamientos de ciencias criminológicas y sociales, en el sentido de que el derecho penal no es el derecho solamente de la represión del coartamiento de derecho, que el sujeto activo de un delito es ante todo un ser humano que debe ser tratado como tal, que la ciencia penal debe obedecer a las manifestaciones de la realidad social, ser el resultado de la expresión social, y no buscar que la sociedad se exprese como él pre

tenda. Todos estos planteamientos muy a pesar que son aceptados, se toman tímidamente y por ello ante la conmoción que causa un atentado a nuestras instituciones (terrorismo), no dudamos en retroceder y anular de un tajo todos los logros alcanzados con el sacrificio de tantas, horas de investigación y debates jurídico y social.

Pero... muy a pesar del titubeo de nuestro legislador, en el nuevo Código de Procedimiento Penal, si bien encontramos yerros, faltas de técnicas y cosas absurdas, también hay adelanto en la búsqueda de una mejor forma de mirar la ciencias penal. De ver en el derecho penal, la ciencia del hombre ante el delito sin dejar de ser hombre a quien se le deben respetar sus derechos.

Se ve por eso la garantía de la revocación, según la cual el juez debe revocar la medida impuesta, ya de oficio, ya a petición de parte, cuando los presupuestos sustanciales que dieron origen a su imposición desaparecen. Con ello se evita su mantenimiento caprichoso o innecesario por parte del funcionario judicial. Capricho que por demás es el útero de la injusticia al lado del prejuizgamiento.

Pero también se nota en el legislador el mantenimiento de rezagos peligrosistas, quizás como vestigios de la gran

"herencia" del positivismo Ferriano, y con fundamento en ello se deja a la reicidad, la personalidad (calificada a veces sin ningún criterio científico), como fundamentos para proferir auto de detención en situaciones en que normalmente no procedería. Pero bueno, en fin, por algo hay que comenzar.

2.4 EN LAS CAUSALES DE EXCARCELACION Y OTROS MECANISMOS

Ha recogido el legislador en estas causales todas aquellas innovaciones que en forma aislada y en búsqueda de un mejor reconocimiento del derecho a la libertad, se venían haciendo. Estas innovaciones es el resultado de los planteamientos de aquellos que ven en el derecho penal no un ente de represión, sino de "resocialización" y oportunidad de arrepentimiento ante el delito. Es el resultado de los postulados criminológicos modernos, que si bien como lo señalábamos antes, no se han tomado totalmente y aplicado con firmeza, si constituyen un claro reconocimiento que nuestro derecho penal, con todas sus fallas que aún pueda tener, a está dejando a un lado la cara oscura de la ley. Ojalá el de la ejecución punitiva siga los mismos senderos.

2.5 FRENTE AL CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

Es quizás el aspecto en donde menos afortunado ha sido el legislador en su tratamiento, no porque las normas en sí sean un legado de mal derecho, no sino porque esas normas están lejos de la realidad colombiana, lejos de la estructura física, con que cuenta el sistema carcelario nacional. Por ello frente a los inimputables hay que concluir que se comete una injusticia, una gran justicia, al aplicárseles las normas de excepción y someterlo luego al derecho ordinario de ejecución punitiva. En otras palabras, el inimputable está en peores condiciones que el imputable, pero qué hay de los indígenas, a ellos se le pretende establecer una inimputabilidad por inmadurez psicológica, siendo que se trata de un fenómeno de aculturación. Por eso decíamos antes, que el Art. 31 del C.P. y más concretamente la expresión "inmadurez psicológica" no comprendía lo que con ella se pretendía comprender. No, porque se quiere establecer un estado anómalo mediante proceso psicológico, referido a la siquis (menor de edad), siendo que se trata de algo sociológico, de choque cultural de enfrentamiento de valores culturales, para ello es competente un antropólogo o sociólogo, pero no un psicólogo.

Frente a esta situación de injusticia para el que al mo

mento de cometer el hecho no comprenda su ilicitud o se determine de acuerdo con esa comprensión por cualquier causa, tenemos que abogar por una rápida solución a esta disparidad en la aplicación de la ley punitiva. No hay derecho, no hay razones válidas para que un individuo se le obligue a permanecer en una cárcel común aunque por la sanción (que lo es para nosotros mientras siga la forma de imposición y cumplimiento) se trata de una medida de seguridad con fines de tutela, o custodia y rehabilitación, siendo que no hay tratamiento adecuado, no hay posibilidad del logro de esos fines y a la luz del derecho penal ordinario, es factible una libertad provisional.

2.6 EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y EN OTROS PROCESOS

En estos procesos podemos llegar a las conclusiones que hemos llegado; sin embargo, frente al procedimiento abreviado es menester señalar cómo se manifiesta en forma latente la preocupación de legislador por el lento transcurrir de nuestros procesos penales y el congestionamiento de unos juzgados que son verdaderos mártires del trabajo. Sus causas, muchas: Desinterés del gobierno, interesado más en perseguir a quien les atormenta su tranquila permanencia en el poder; burocratización de la justicia, basta elaborar un censo de empleados y relacionarnos con el padrinazgo político para darnos cuenta de ello, y en fin tantas y

tantas cosas, que saltan a la luz de nuestros ojos cansados de ver una Colombia consumida por el fuego de gentes que aún inéptas han trepado a las cimas de nuestros destinos.

Pero... olvidémonos de nuestros héroes de papel de los recuerdos amargos de la hecatumbes del pàlacio de Justicia y de aquella voz que murió clamando justicia en donde solo había salvagismo y barbarie, olvidémonos de esas cosas malas de las legislatura y digamos que hay otras cosas que lamentar . Veamos :

Merece comentario aparte del artículo 45 del Decreto 180 de 1988. Es quiza el más claro reconocimiento del titubeo y de la desesperación que embarga nuestro Gobierno frente a un flagelo que no es nuevo ni exclusivo de Colombia. Nosotros condenamos el terrorismo, pero condenar al go no implica desconocer sus derechos de quienes, por sus ideas, fanáticas o no, cometen actos terroristas.

No es suspendiendo las garantías procesales como se logran desterrar el terrorismo de nuestra sangrante patria (cual patria sino hay patriotismo ?), es buscando las raíces sociales, es desenterrando el fondo del problema, lo demás constituye ligerezas que si bien pueden aplacar las llamas no extinguen las brazas de donde ha de salir nuevos

fuegos . No se explica por qué el Art. 45 en mención sus pende en forma absurda la causal de excarcelación 3a. del Art. 439 del nuevo Código de P. Penal, no se comprende por qué no hay derecho a que una persona en cuyo favor se ha ya dictado cese de procedimientos, no pueda recobrar inmediatamente la libertad, porque según el Art. solo cuando han transcurrido 210 días de privación de la libertad se puede recobrar la libertad sino se ha proferido sentencia La redacción es ambigua, incomprensible, pues debió decir, salvo lo previsto en lo causal 3a. del Art. 439, el procesado por los delitos relacionados en el presente decreto , sólo tendrán derecho a la libertad, cuando ...

Pero aún así el decreto en general es un lamentable retroceso en los avances del derecho penal, creemos que hay otras formas de luchar contra el terrorismo, sin sacrificar lo poco que se ha logrado en este campo del derecho.

3. CONCLUSIONES GENERALES

Hemos de concluir que la libertad provisional o excarcelación frente a la legislación actual se estructura como un derecho del sindicado, derecho que no puede ser desconocido y ha de ser respetado por encima del subjetivismo judicial. Se concibe la excarcelación , aunque con temores , no como un canal de impunidad, sino como la necesidad de

198

las nuevas tendencias criminológicas que han mostrado y siguen mostrando a la cárcel como el medio menos apto para la pretendida resocialización del delincuente.

También concluimos que si bien se observa a lo largo del articulado algunos yerros de técnicas jurídicas, deslices hacia un peligrosismo obsoleto, y confusión en el tratamiento jurídico de fenómenos que se miran no dentro de la sociedad como debe ser sino fuera, el legislador ha dado un paso hacia un derecho penal y procedimental más acorde con la vida moderna, pero para ello necesita su complemento en el campo de la asesoría investigativa y dotación de los despachos judiciales. Esperemos que alguien se acuerde de la voz que emergía del palacio en el día de la hecatombe y en su honor empice a ver la justicia con ojos de gente justa.

BIBLIOGRAFIA

ANTOLISEI, Francesco. Manuales di Diritto Penale-parte General-5a. Edizione. Dott. A. Guiffere Editore, Milano. 1963.

BENITEZ NARANJO, Hernan Darío. Tratamiento Jurídicopenal del Indigena Colombiano. Editorial Temis, Bogotá 1988.

BETTIOL, Guiseppe. Derecho Penal-Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1965.

CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre proceso penal-traducción de Santiago Santis Melendo, Volumen IV, Editorial Ejea.

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá. 1957.

ESTRADA VELEZ, Federico. Decreto 1853. Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Señal Medellín. 1985.

FERRI, Enrico. Sociología Criminal. Traducción de Soto y Hernández. Título II, Capítulo IV. Editorial Gongora. Madrid.

GOMEZ CALOMER, Juan Luis. El proceso penal aleman. Introducción y Normas Básicas. Editorial Bosh. Barcelona 1985.

IMPALLOMENI GIOVAN, Battista. Istituzione di Diritto Penale.

JECHECK, Hans Heinrich. Tratado de derecho penal, volumen I, Editorial Bosch. Barcelona. 1981.

JIMENEZ LONDOÑO, Hernando. De la Captura a la excarcelación, Editorial Temis, 2a. Edición, Bogotá 1983.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho penal, título, Volumen IV. Traducción de Santiago Santis Melendo. Editorial Ediar. 1949.

OLMEDO, Clariá Jorge. Derecho procesal penal. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1982.

PENAIN, Remo. Manuale di Diritto Penale, 2a. Edición Editorial Utet. Torino. 1950.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal-Parte General. 11a Edición. Editorial Temis, Bogotá 1987.

RUBIANES, J. Carlos. La excarcelación. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1964.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. La pena privativa de la libertad en Colombia y en Alemania Federal. Editorial Temis, Bogotá 1988.

SANGUINO MANDARIAGA, Alirio y otros. Comentarios Nuevo Código de procedimiento Penal. Editorial Señal, Medellín. 1987.

Revista Tribuna Penal. No. 1, Colegio de Abogados Penales de Antioquia, Medellín. 1983.

Revista Jurisprudencia Penal de la Corte. Editorial Jurídica Colombiana. Bogotá 1980.;

VASQUEZ SOTELO, José Luis. Presunción de Inocencia del Imputado e Intima Convicción de tribunal. Editorial Bosh. Barcelona. 1984.