

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

RECTORA: Dra. BEATRIZ BECHARA DE BORGE

SECRETARIO GENERAL: Dr. MANUEL SIERRA NAVARRO

DECANO: Dr. ALCIDES ANGULO PASSOS

SECRETARIA ACADEMICA: Dra. YEZMIN MARUN TORRES

PRESIDENTE DE TESIS: Dr. MARTIN J. ESQUIVEL

PRIMER EXAMINADOR: Dr. VICTOR LEON MENDOZA

SEGUNDO EXAMINADOR: Dr. DOMINGO ORLANDO ROJAS

TERCER EXAMINADOR: Dr.

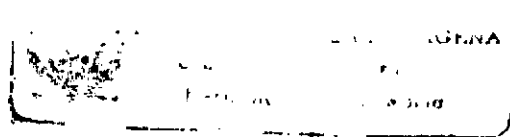
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Tesis de Grado

Autor: EUNICE IRIARTE DE AGUILAR

Cartagena, Noviembre de 1988



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis de Grado para Optar el Título de Abogado

Tema: Captura, Retención, Libertad Provisional
y Excarcelación en el Procedimiento Penal
Colombiano.



Universidad de Cartagena
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Centro de Investigación Científica
Dr. Guillermo Baena Pianeta

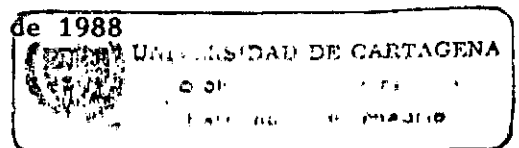
SCIB
000 22860

Autor: Eunice Iriarte de Aguilar

//

Cartagena, Diciembre de 1988

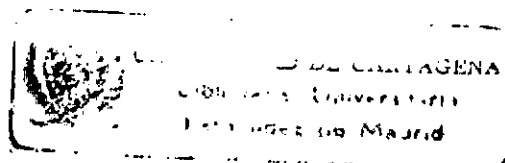
54520



CONTENIDO

Capítulo I

	Página
A. Decreto 409 de 1971	8-10
1. Captura	10-12
2. Detención del Procesado	12-15
3. Definición de la situación jurídica del Indagado.	15-20
B. Libertad del Procesado	21-23
1. Libertad Provisional	23-31
C. Caucciones	31
1. La Juratoria	32
2. La Hipotecaria	32-33
3. La Prendaria	33
4. La Personal	33
5. La de Seguros	33-34
D. Prohibición y Revocación de la Libertad Provisional.	34-36



Capítulo II

A.	Ley 2a. de 1984	37-39
1.	Captura	40-42
a.	Captura Obligatoria	42-43
b.	Captura Facultativa	43-45
c.	Captura Prohibida	45-52
B.	Libertad del Procesado	53-59
1.	Definición de la Situación Jurídica	59-60
2.	Formas de Resolver la Situación Jurídica	60-61
1.	Conminación	61
2.	Caución	61-63
3.	Detención Preventiva	63-66
4.	Auto que resuelve la situación jurídica	66-67
C.	Excarcelación	67-71
1.	Cauciones	71-76
2.	Obligaciones de los conminados y cauciones	77-81

Capítulo III

A.	Decreto Número 0050 de 1987	82-83
1.	Captura	83-85
2.	Captura Facultativa	85
3.	Citación para Indagatoria	85-89
4.	Medidas de Aseguramiento	89-94
5.	Libertad del Procesado	94-98
B.	Conclusiones	99-101
C.	Recomendaciones	102-103

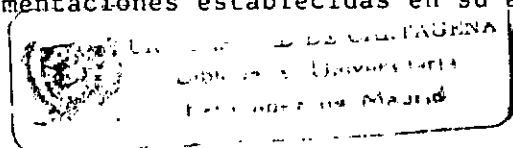
AGRADECIMIENTOS

Agradezco a los doctores **Martin J. Esquivel** y **Aldo Oviedo**, los constantes estímulos y colaboración en este trabajo de investigación científica.

INTRODUCCION

En la preparación de este estudio dirigido, inicio lo que creo una empresa de difícil trayectoria, debido a lo complicado y a la falta de material didáctico, para llegar a satisfacer las exigencias de la reglamentación universitaria con el fin de optar el título de Abogado. Como es bien sabido por los entendidos en esta materia, los antecedentes de este estudio se remontan hasta el año 1971, año este en que se le dió al Código de Procedimiento Penal Colombiano la importancia que mereció desde un principio, debido a que ésta es la base fundamental de una convivencia pacífica. El fin de este estudio dirigido es el de comparar el Decreto 409 de 1971, en lo relacionado con la libertad, la detención y excarcelación de las personas que en un momento determinado se hallen en las situaciones que la ley positiva establece como punibles, y las situaciones que actualmente se rigen por la Ley 2a. de 1984 y el Decreto 0050 de 1978 (nuevo Código de Procedimiento Penal) y, además, resaltar los beneficios de la nueva ley para con los sindicados y su efecto en la comunidad.

En la búsqueda de la paz, la mayoría de los gobiernos crean nuevas alternativas y modifican las reglamentaciones establecidas en su a-



fán de solucionar la ola de criminalidad que azota al país, aumentando las penas, incluyendo ciertas conductas entre los delitos que no tienen el beneficio de excarcelación, olvidando por completo que se trata de un problema, más que todo, de carácter social y político que de un estado de descomposición causado por delincuentes comunes. Es así como se puede observar en este estudio que desde el Decreto 409 de 1971, pasando por la Ley Segunda de 1984 y el actual Código de Procedimiento Penal, todas estas reformas han tenido que ver con la Detención, Captura, Retención, Libertad y Excarcelación de los sindicados, siempre con la finalidad de hacer más severa la pena y evitar la excarcelación o la libertad provisional del delincuente.

Al contrario de lo pensado por los gobiernos de turno, la ola de criminalidad ha arreciado en los últimos meses, posteriores a la vigencia del nuevo Código de P.P. (Decreto 0050 de 1987), dejando en claro que las penas severas no evitan la comisión de conductas criminales, ya que estas son consecuencias de la situación socioeconómica y política en que vive nuestra nación.

CAPITULO I

A. DECRETO 409 DE 1971

Con anterioridad a esta reforma de la legislación procedimental del Derecho Penal colombiano, encontramos una serie de normas que sin aparente relación, pero encaminadas a lo mismo, garantizan un juicio imparcial a los sujetos del derecho nacional. Esta situación tiene como fundamento el artículo 26 de nuestra Constitución Nacional que establece la legalidad del proceso en cualquiera de las ramas del derecho nacional, base fundamental de la convivencia pacífica en una comunidad.

En cuanto a las figuras que se pueden presentar al desarrollar sus actividades, los sujetos de dicha colectividad, es lógico se incluya entre los casos a tratar: La Captura, Detención y Libertad de las personas naturales que con su conducta transgredan las leyes penales, lo mismo las que son detenidas de acuerdo con el artículo 28 de la C. N., a las cuales se les debe legalizar su retención dentro de los 10 días siguientes a su captura, poniéndolo a disposición de la autoridad competente, adjuntando las pruebas de la existencia de hechos delictivos por los que fueron retenidos, u ordenando su libertad si estas prue-

bas no existen.

Las figuras citadas en primer plano están contenidas en el Decreto 409 de 1971, y la última, es decir, la ejecutada de acuerdo con el artículo 28 de la C.N., tiene como fundamento la propia constitución y, de no darle cumplimiento al citado mandato, es procedente solicitar la libertad inmediata en virtud de la figura del Habeas Corpus. La base fundamental para que entrara en vigencia el Decreto comentado, las establecieron las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, que le dieron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que le introdujera reformas al Código de Procedimiento Penal y se codificaran todas sus normas existentes, ya que dicho ordenamiento procedimental se encontraba disperso, contenido en los distintos decretos del ejecutivo, como las del Decreto 1345 de 1960, uno de los pilares en este conjunto de normas que nos ocupa.

Como consecuencia directa de las luchas partidistas y la constante alteración del orden público interno, encontramos en esta época normas integrantes del ordenamiento procesal en el derecho penal colombiano, en su mayoría contenidas en decretos del ejecutivo, ya sean de carácter administrativo o legislativo y, en las más de las veces, un decreto ley tendiente a garantizar los derechos más elementales de los ciudadanos.

En aras de la prestación de un servicio público imparcial, según lo establece nuestra constitución nacional, el ejecutivo, conforme a

las leyes vigentes, ha establecido situaciones de carácter permanente, incluyéndolas en el texto de las normas de los decretos leyes para lo cual ha sido facultado por la ley previamente. Es así como temas de tanta trascendencia como lo es el derecho de locomoción de los ciudadanos en el territorio nacional, contenido en los artículos que dicen de la captura, detención y libertad de las personas y de los distintos momentos en que estas situaciones son procedentes, de lo cual haremos un estudio detallado a continuación.

1. Captura.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de Septiembre de 1970 dice que: "En su más amplia significación, captura es el acto meramente físico mediante el cual los auxiliares de la rama judicial, en cumplimiento de órdenes legalmente impartidas, u obrando por su cuenta en otros casos o los simples particulares en circunstancias de flagrancia o casi flagrancia, aprehenden a una persona para presentarla a las autoridades que la reclaman, o a la que pueda definir su situación".

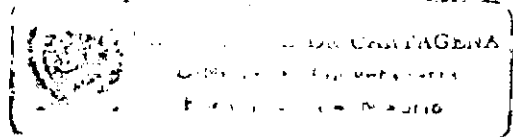
En el decreto comentado, en el Capítulo Uno del Título Quinto, artículos 426 a 435 inclusive, se establecen las bases y dejan en claro los delitos en que se ordenará la captura, para efecto de la indagatoria, si de acuerdo con el artículo 381 del mismo decreto el Juez encuentra el mérito para éllo, pero si no fuere necesaria la captura, se citará al sindicado. La violación de la citación sin causas justifi-

cadadas acarrea la inmediata orden de captura para quien sea sindicado de un delito, llevando en cuenta que si la conducta por la cual se le investiga tiene sanción de arresto o pena no privativa de la libertad, será puesto en libertad después de oírlo en indagatoria.

La captura puede ser llevada a efecto por la policía judicial, previa orden de autoridad competente, a menos que se trate de flagrancia o cuasi-flagrancia o de una persona que haya sido requerida públicamente su captura, para que cualquiera autoridad o persona la pueda aprehender y la entregue a la autoridad competente en el acto.

Toda persona capturada será informada de los motivos de la misma en el momento de producirse la aprehensión, lo mismo que el funcionario ante quien fuere llevada la persona capturada le manifestará el derecho que tiene de nombrar un apoderado, para que le asista en todas las diligencias que implican una investigación de carácter penal, para lo cual se dejará la respectiva constancia en el expediente y, si no lo hiciere, el juez deberá nombrarle un apoderado de oficio, como lo establece el Decreto comentado en el Artículo 431.

Para formalizar la captura de una persona, el Juez procederá a expedir mandamiento escrito al director del establecimiento de detención, para que se le mantenga privado de la libertad, en dicho escrito se informará si se incomunica y el motivo de la captura. Cuando la captura se realiza en virtud de orden escrita de autoridad competente, el capturado será directa o inmediatamente puesto a órdenes de quien



la impartió, si ello fuere posible; y, en caso contrario, es decir, cuando no existe la orden escrita de autoridad competente el capturado se pondrá a disposición del juez en la cárcel donde se encuentra, pero el director del establecimiento lo comunicará al funcionario dentro de la primera hora hábil siguiente. Es por eso que la corte en la sentencia ya citada (del 24 de Septiembre de 1970), basada en el contenido de las normas que acabamos de comentar, dice: "La actuación no incluye el hecho de atrapar personas, momento que es apenas el comienzo de una actividad dispuesta en distintos tiempos y lugares hasta que el poder de facto se extingue...", este poder de facto que nos menciona la Corte hace referencia al momento que permanece el capturado en manos de quien ejecuta el acto material de agarrar al sujeto, mientras es puesto a órdenes de quien impartió la medida, si esta existe. De acuerdo con las contingencias que rodean cada aprehensión, ésta no pasa de ser una custodia de episodios sucesivos y diversos de duración variable, durante la cual se crea un vínculo entre el aprehensor y el aprehendido, ya que el primero responde no sólo de la seguridad, sino de la integridad del último. Este vínculo no puede ser ampliado ni destruído por el simple capricho o la arbitrariedad de cualquiera, es decir, el que ejerce la custodia está autorizado para impedir que el otro se escape, pero sin exceso.

2. Detención del Procesado.

En esta situación, la ley, en su artículo 436 del Código de Procedimiento Penal, dice que no se puede dictar auto de detención sin que

previamente se le haya recibido al procesado declaración de indagatoria o se le haya declarado reo ausente conforme al artículo 382 ibidem; con lo que nos queda en claro que, para que proceda la detención preventiva del delincuente con posterioridad a la indagatoria, deberá el delito por el que se le investiga tener pena privativa de la libertad y que aparezca en el proceso una declaración de testigos que ofrezca serios motivos de credibilidad, según la crítica del testimonio o un indicio grave de que el sindicado es penalmente responsable en una cualquiera de las modalidades en que puede actuar el sujeto activo del delito, en calidad de autor o partícipe, ya que, en caso contrario, se decretaría la libertad inmediata. De otro lado, encontramos que el indicio grave a que hace referencia el Decreto 409 en su artículo 439, como requisito para que se pueda decretar la detención preventiva, no son sólo objeto de prueba, sino medios específicamente valorados y de acuerdo con las exigencias del sistema probatorio nacional. La imposibilidad de definir la gravedad del indicio, se observa al momento de encuadrar al intérprete el caso concreto, ya que debe haber establecido un marco a esta situación de gravedad que la norma exige, acompañada del indicio, se llegaría al casuismo; por eso la Corte Suprema en auto del 26 de Mayo de 1971, CXXXVIII, 559, dice: "El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal o por una cadena casual fuertemente acentuada o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se

funda en razones serias y estables a diferencia de lo posible; que puede tomar forma o no, ejecutarse o confirmarse a un simple proyecto.

El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que pueda sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos. Por vía de enunciación dicese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas, por ejemplo, cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñalado el cadáver de éste; la propiedad, el arma homicida, el encuentro de la persona secuestrada en casa o local del imputado, o bajo de su vigilancia coactiva; la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución; la ocultación deliberada del sujeto (no por mera ignorancia ni por casualidad) mediante la fuga o con cualquier otro ardid; borrar las huellas del delito como cuando se lavan prendas ensangrentadas del muerto o se esconden las cosas sustraídas a otro; el ofrecimiento de indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares; el intento de corrupción mediante soborno o cohecho, de los funcionarios que investigan o intervienen en el proceso... En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la compenetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será más aproximativa a la evidencia cuanto menos posibilidades distintas resulten".

Esta jurisprudencia vino a crear un nuevo concepto de lo que es el

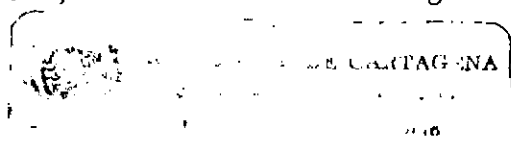
indicio en general y el indicio grave, pues, no consiste en: "...Una prueba excelente por su origen y también porque su apreciación es sujeta, individual, encargada a la sagacidad y a la inteligencia, facultades humanas tan variables como distintas sean las capacidades de razonamiento de cada uno y como diversas las rutas que se siguen para sacar las conclusiones." (C.S. de J. 17 de febrero de 1958, LX XXVII, 211), sino en la naturaleza extrínseca de todo medio de prueba que para tenerse como tal debe estar fundada en exterioridades apreciables por los entendimientos medianos.

Queda claro que la calidad del indicio que exige el Decreto 409 de 1971 no es otro que la de ser hechos de los que se infiere la producción de otros hechos y estos no son otra cosa que pura objetividad, independiente de las ideas de una existencia independiente de las ilusiones.

Para continuar en el comentario de la norma que nos ocupa, con posterioridad a la indagatoria el juez deberá definir la situación.

3. Definición de la Situación del Indagado.

El funcionario de instrucción, ante quien ha sido llevada la persona capturada, en virtud de la ocurrencia de hechos que impliquen la apertura de una investigación penal, procederá a formalizar la captura de acuerdo con el procedimiento que establece el artículo 432, para lo cual expedirá, en el menor tiempo posible, la orden escrita dirigida



al alcaide o al director del establecimiento carcelario donde se encuentra el sindicado, para que en dicho lugar se le mantenga privado de la libertad; en la cual expresará el motivo de la captura, indicando si se le incomunicando si se le incomunica, lo mismo que la fecha de aquélla y la de finalización de la incomunicación. La persona que dirige el establecimiento de ejecución reclamará la orden escrita a que se hizo referencia anteriormente, si no se recibiera en las doce horas siguientes a la aprehensión del sindicado, empero, si transcurriesen doce horas después del reclamo, hecho por el alcaide o director, de la orden escrita y ésta no fuere enviada por el instructor, o por quien deba enviarla, el capturado será puesto en libertad, por lo tanto, queda claro que sin el cumplimiento de las anteriores formalidades nadie podrá ser mantenido en ningún establecimiento de reclusión sin que el funcionario que aplique la medida incurra en detención arbitraria.

Con posterioridad a la formalización de la captura del sindicado el Juez, siguiendo los principios que se encuentran en el Artículo 434 del estatuto comentado, a la mayor brevedad posible y haciendo un análisis de los antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso hasta ese momento y en virtud de este juicio práctico del funcionario instructor, procederá a oír en declaración de inquirir a quien el funcionario investigador o juez del conocimiento considere "autor o partícipe de la infracción", como aconseja la Corte Suprema de Justicia en su auto de Mayo 4 de 1960, para lo cual analizará "antecedentes y circunstancias", como lo dice el C. de P. P. en su artículo 381, elementos estos que no son otra cosa que el aspecto probatorio; es de-

cir, fragmentos de prueba, documentos, indicios que pueden llegar a configurar una plena prueba según nuestro sistema legal y que infunda, al menos, la convicción legal del funcionario y así refutar autor o partícipe de la persona que él resuelva a oír en indagatoria.

En caso que dichos elementos probatorios, allegados en legal forma al proceso, no lo inducen al convencimiento legal antes mencionado, ni ha sido capturado el sindicado en flagrante delito, el juez instructor o del conocimiento se abstendrá de llamarlo a indagatoria. Como se puede observar en este estudio, no es cierto que sea cosa fácil decretar la detención, ya que, previamente, se debe oír en indagatoria al sindicado dentro de los términos del artículo 434 del Decreto comentado y de conformidad con lo ordenado en el 436, normas de estricto cumplimiento y el cumplimiento implica violar la constitución nacional en su artículo 26, pues no se cumplirían a plenitud las formalidades propias de cada juicio.

Y, en esta forma, entra el funcionario a resolver la situación del procesado detenido dentro de los cinco días posteriores a la indagatoria decretando la detención preventiva si aparece en el proceso un indicio grave; la prueba testimonial que lo incrimine como autor o partícipe de los hechos que se investigan, o en caso contrario ordenando su libertad inmediata.

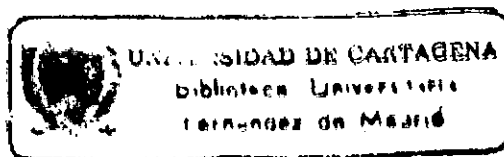
Cuando el juez ordena la libertad, en el decreto comentado no se autoriza la caución; pero, cuando surge un indicio contra el indagado,

puede obligarlo a presentarse periódicamente al despacho o al de un funcionario judicial o de policía de su domicilio; la transgresión de este mandato judicial conlleva a multas hasta de cinco mil pesos de acuerdo con la posición económica de aquél.

Las presentaciones de conformidad a lo estipulado en el artículo 437 del decreto 409 de 1971, cuando al definir la situación jurídica del procesado, se ordena la libertad, no pueden exceder de dos meses, y se cumplirán en días y horas que no interfieran las actividades laborales del sindicado.

Si el instructor en el caso contrario, decreta la detención preventiva del indagado detenido, deberá proceder a legalizar el contenido del auto que la decreta según el procedimiento del artículo 438, es decir, enviando la orden de detención con la indicación de la fecha del auto y la infracción que la originó dirigida al alcaide o director del establecimiento en que se le mantenga recluso, llevando en cuenta que los términos se duplican cuando se trata de dos o más detenidos, siempre y cuando que la aprehensión se hubiera realizado en la misma fecha. El auto que decreta la detención preventiva debe provenir de un funcionario competente y expresar los cuatro requisitos formales para tal efecto (artículo 441) así:

- a) El hecho que se investiga en el proceso;
- b) Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho.



- c) Su calificación legal y la pena establecida para él ; y
- d) Los elementos allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena.

De lo que se infiere que las personas no pueden ser detenidas ni molestadas en su familia, ni reducida a prisión o arresto, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente y de acuerdo con las formalidades legales y por los motivos que previamente la ley ha establecido, concordando esta norma comentada con el artículo 23 de nuestra constitución nacional, base de las garantías individuales otorgadas en armonía con el 26 idem.

El establecimiento en que deba cumplirse la detención preventiva a que me he referido, según la ley, es la cárcel del circuito o distrito, o en su defecto en la cárcel municipal correspondiente; o en un manicomio criminal (frenocomio), cuando se encuentre demostrado en el proceso que el sindicado, al tiempo de cometer el hecho, o al momento del proceso, se encuentre en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere grave anomalía psíquica, como lo manda el artículo 29 de la ley 95 de 1936, estados que nuestro Nuevo Código Penal - Decreto 100 de 1980, se conocen como de inimputabilidad y para los que establece medidas de seguridad y no penas privativas de la libertad, como lo dice el artículo 444 del C. de P.P.

De otro lado, para los menores de 18 años y mayores de 16 años de e-

dad la detención preventiva decretada en su contra se cumplirá en un establecimiento o en un pabellón especial para ellos y para los religiosos y miembros de los cuerpos armados se ordena que pueden cumplir en sus casas parroquiales o en casas o conventos de comunidades religiosas para los primeros, y en el cuartel de la unidad y si no hubiere, el instructor designará uno; salvo lo dispuesto en las leyes especiales para los últimos. Los funcionarios públicos no pueden ser privados de la libertad, de acuerdo con las circunstancias antes mencionadas, sin que previamente se proceda a suspenderlo en su cargo a solicitud del instructor dirigida a la autoridad o corporación que corresponde ordenar la suspensión, mientras tanto se adoptarán las medidas necesarias para que el sindicado no evada la acción de la justicia. Así mismo se encuentra establecido que cuando la persona del sindicado, a quien se le ha decretado la detención preventiva, sea de buenas costumbres y que deba proveer exclusivamente por mandato legal, a la subsistencia de una o más personas; si lo solicita, podrá obtener la autorización para cumplir la detención parcialmente en su propio lugar de trabajo.

Los anteriormente comentados beneficios que otorga la ley se encuentran en vigencia y están contenidos en los artículos 444 al 451 inclusive, y de acuerdo con la filosofía peligrosista, están sometidos al examen detallado de la naturaleza de la infracción, los antecedentes del detenido y su condición personal, por parte del instructor, quien la otorgará si considera no peligroso al sindicado para el resto de la comunidad.

B. LIBERTAD DEL PROCESADO.

En el libro segundo, título quinto, capítulo III, del Código de Procedimiento Penal (decreto 409 de 1971 - artículos del 453 al 466 inclusive), se encuentran establecidos los casos y circunstancias en que el sindicado tendrá derecho a la excarcelación, salvo lo estipulado en norma de carácter especial; así como de igual forma se dice que se concederá. "...De oficio o a petición de parte..." En cualquier momento procesal (artículo 454 del C. de P.P.).

Para asegurar la posible comparecencia del sindicado en el proceso así como de igual manera para ejecutar la sentencia en firme si a ello hubiere lugar, el juez podrá ordenar que el sindicado preste caución en una cualquiera de las modalidades establecidas en el decreto 409 de 1971.

En su artículo 65, nuestro ordenamiento sustantivo civil, nos dice: "Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad propia o ajena...", señalando con ejemplos las especies que existen en esta legislación, no así en el Código de Procedimiento Penal, donde aparecía un número mayor como son: la juratoria, la hipotecaria, prendaria, personal o por intermedio de una compañía de seguro; como lo veremos más adelante. La detención preventiva o provisional es una forma de garantizar a la comunidad la paz, la tranquilidad y la seguridad ciudadanas, ya que las personas que se hacen acreedoras a estas medidas, según el artículo 439 del C. de

P.P. (decreto 409 de 1971), se presumen peligrosas para el resto de la comunidad; pues, con su conducta han transgredido, conforme a la prueba aportada, una de las normas que rigen la convivencia pacífica entre los colombianos y las bases filosóficas del código comentado, fueron traídas por nacionales, que, en esa época, viajaron al viejo continente a tomar del conocimiento científico las teorías que establecían los conocimientos básicos para que toda conducta humana pudiese ser considerada como violatoria de una o varias reglas del derecho penal vigente y que, por lo tanto, deben ser separados del resto de la comunidad conforme lo señalaban dichos principios. Como se deja entrever, esta serie de principios básicos introducidos al derecho penal colombiano no tenían al delincuente o al sindicado como ser normal, que rodeado de ciertas circunstancias determinantes del medio en que se desenvuelve lo puede llevar a ejecutar una conducta punible, como un anormal, es decir, una persona incapáz de controlar su conducta criminal.

La finalidad de la detención preventiva no es otra que la de asegurar la vida, honra y bienes de los asociados que en un momento determinado pudiere ser agredido en dichos bienes jurídicos que la ley penal tutela, por el asociado considerado peligroso para el resto de la comunidad; por estas situaciones, la libertad provisional del sindicado detenido resulta del cumplimiento de uno cualquiera de los numerales establecidos en el artículo 453 (numerales del 1 al 10) del Decreto 409 de 1971, acompañado del conocimiento que tenga el juzgador de la personalidad del agente, los motivos determinantes del delito

y las circunstancias en que se cometieron los hechos y la penalidad establecida para la conducta; pues, de otra manera se violaría la ley al decretar la libertad provisional, cuando se trata de casos distintos de los establecidos en ella.

Según nuestro ordenamiento jurídico que regía el procedimiento penal para el momento y que en parte fué reformado por la ley segunda de 1984, precisamente en lo atinente a la libertad provisional, como lo veremos en el capítulo posterior, la providencia que decida en forma negativa a una solicitud de libertad provisional, podrá ser apelada en el efecto devolutivo, recurso que debe ser concedido al día siguiente de interpuesto y establece que los autos que se emiten con este fin no se notificarán y serán de inmediato cumplimiento, como aparece establecido en el artículo 466 del ordenamiento estudiado.

Libertad Provisional.

La detención preventiva del sindicado, como garantía de seguridad para la sociedad, presenta la parte opuesta en la libertad provisional que no es otra cosa que un beneficio otorgado por la ley a los sindicados o procesados que sus conductas, circunstancia que rodean los hechos, lo mismo que la personalidad, se encuentre de conformidad con lo establecido en el artículo 453, numerales 1, al 10, en todos los casos en que se otorgue, garantizada con una causación con el fin de que se tenga segura la posible comparencia del sindicado en cualquier momento al proceso y a la ejecución de la sentencia, si a ello

hubiere lugar.

De otro lado, el juzgador deberá llevar en cuenta que el caso subju- dice, en un momento dado, no se encuentre cobijado por una norma es- pecial, pues en los demás casos otorgará la libertad provisional del sindicado detenido si se trata de delitos en los:

a) Que se encuentre sancionada con pena de arresto, pues como lo di- ce el Código Penal anterior, Ley 95 de 1936, en su artículo 41, las sanciones establecidas para los infractores, mayores de 18 años, son: El presidio, la prisión y el arresto considerado de importancia para el presente estudio, ya que todas estas sanciones implican la priva- ción de la libertad y sólo se otorga la libertad si el delito por el que se ha ordenado la detención preventiva tiene señalada pena de a- rresto, según lo establece el numeral primero del artículo comentado. Para comprender mejor el por qué de esta determinación, si todas las modalidades de sanciones que he numerado tienen la finalidad de sepa- rar al individuo que, en un determinado momento, puede poner en peli- gro la vida, bienes o la honra de uno cualquiera de los asociados o de la comunidad en general, debe tenerse en cuenta que estas tres mo- dalidades de penas se cumplían dentro de un régimen de aislamiento durante la noche "trabajo industrial o agrícola durante el día he di- cho cumplían", ya que el nuevo Código Penal , Decreto 100 de 1980, de- rogó en su totalidad la ley 95 de 1936, dejando en la actualidad co- mo penas que reducen a su más mínima expresión el derecho de locomo- ción: prisión y arresto, diferenciada por el máximo imponible y pare- cida en las condiciones de cumplimiento.

Antes de la reforma establecida por la ley 2a. de 1984, se consideró el arresto como una pena encaminada a prevenir, antes que un castigo para el transgresor de la ley, no implicaba la interdicción del ejercicio de derecho y funciones públicas, razón por la cual se consideró que el sindicado detenido por un delito penado con arresto, al serle otorgado el beneficio de libertad provisional, se favorecería como una persona no merecedora de la incomunicación total.

b) En este numeral se establece el beneficio para los sindicados detenidos por uno cualquiera de los delitos contra la propiedad, siempre que se den las circunstancias previstas en el artículo 429 del Código Penal (Ley 95 de 1936) y que no se utilice la violencia al cometer el hecho. La circunstancia que exige el artículo 429 del Código Penal se presentan cuando el sindicado, si fuere responsable, restituye el objeto que fué materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, siempre y cuando lo haga antes que se pronuncie la sentencia de primera instancia o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso.

En esta situación el legislador ha dejado muy claro que la reparación del daño inferido a la víctima, ya sea el pago de los perjuicios o la devolución espontánea y voluntaria, del bien que fué materia del delito, se justifica, ya que en esta clase de delito a que hace referencia la ley, la lesión sufre el bien jurídico propiedad. Es decir, que al titular del derecho violado recibe el objeto material del ilícito o indemniza los perjuicios sufridos, desaparece

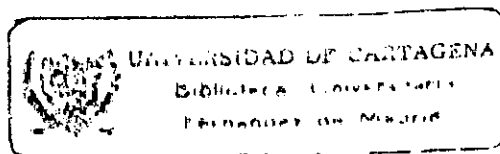
el daño privado o la conducta punible adquiere mayor gravedad, siendo sancionado por cualquier motivo con una pena igualmente benigna. En la relación con esta afirmación la Corte Suprema de Justicia ha dicho que: "...La reparación del daño inferido a la víctima mediante la devolución voluntaria y espontánea del bien que fué objeto del ilícito despojo, o en su defecto el pago de los perjuicios justifica la atenuación de la penalidad, porque hace desaparecer el mal privado y atempera el daño público causado por la infracción, y por que revela en el sujeto arrepentido menor temibilidad." (Sentencia del 31 de octubre de 1969 CXXXII, 375).

c) El numeral tercero del artículo 453 a que me he venido refiriendo en caso especial, quiero decir, como en el anteriormente comentado, que atenúa la conducta punible del sindicado, funcionario o empleado público o el empleado de empresa o instituciones en que tenga parte el estado..." , se apropie en provechó suyo o de un tercero o en cualquier forma tenga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o pagar, o administrar, o guardar...", ya que el inciso segundo del artículo tercero del Decreto 1858 de 1951 reformó los artículos 151 del Código Penal, así los establece cuando la restitución de lo apropiado fuere total, "...en cualquier tiempo que se hiciere o cuando hubiere cesado el mal uso: ...sometido a las mismas condiciones que los casos a que se refiere el numeral anterior.

d) Establece la ley que en los procesos por delitos culposos, inclu-

so el de homicidio cometido con vehículo automotor o de transporte llevando en cuenta, en este caso, se deben reunir los requisitos para que se le otorgue al sindicado detenido condena condicional, según lo establecido en el artículo 80 del C.P. (ley 95 de 1936) y cuyo requisito sine qua non, la sentencia consiste en suspender la ejecución de la pena, es decir, que se dicta la sentencia pero no se cumple y está sujeta a una condición suspensiva y es de origen inglés, y, como ya lo he dicho, y en virtud de la teoría de la peligrosidad del delincuente, según la Corte Suprema de Justicia, "privilegio del que sólo pueden gozar los procesados privados de toda peligrosidad" (Sentencia 20 de Mayo de 1949, LXVI, 209), exige la ley que el juzgador se haga un concepto positivo de la personalidad del agente.

e) De igual manera se procederá en este numeral, ya que así lo establece el artículo en cuestión, además de incluir el perdón judicial como requisito para otorgar la libertad provisional, cuando al calificar el mérito de la investigación aparezca que son aplicables unos de estos dos beneficios mencionados, de los cuales el perdón judicial a que no se hizo referencia en el numeral anterior, pero que se otorga en los mismos casos a que hace referencia el artículo 80 de la ley 95 de 1936, consiste en calificar la conducta del procesado por medio de auto y en la misma providencia, el juez ordenará prescindir de la sanción a que fuere acreedor, según la ley vigente. Pero, además, se necesita que el juzgador exprese su criterio en relación con la personalidad del detenido sindicado, la gravedad del hecho cometido y sus consecuencias, así como de igual manera solamente se pue-

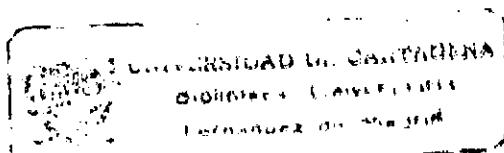


de otorgar en sentencia condenatoria, de acuerdo con la ley 94 de 1938.

f) Este numeral del artículo 453 del Decreto 409 de 1971, establece una situación lógica, ya que si se ha permanecido detenido durante tiempo igual al que tiene establecido la ley como pena para la comisión de una determinada conducta, y por el que se le procesa, no sería justo que, llegada la sentencia, se mantuviera al procesado por más tiempo detenido, llevando en cuenta la tipificación de la conducta, para este caso concreto la ley entiende que ha cumplido la pena quien lleva detenido, precautelativamente, el tiempo que exige la ley 95 de 1936 en su artículo 85, obligando al juzgador a otorgar la libertad provisional conforme al numeral comentado.

g) Se otorgará la libertad provisional al sindicado detenido, cuando se dicta en primera instancia auto de sobreséimiento temporal; aquí este numeral, el decreto 409 de 1971, otorga el beneficio a que me he venido refiriendo, si se encuentra en el proceso plenamente comprobado, que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley penal no lo considera como infracción. Así mismo, cuando no haya lugar a responsabilidad penal, como lo establecen los artículos 23 y 25 del Código Penal (Ley 95 de 1936).

h) En esta situación creada de acuerdo con el artículo 453 número 8, necesariamente el proceso debe ser de los que la ley establece, en este mismo decreto, la intervención del jurado de conciencia y además



que el proceso se encuentra en la etapa de juicio, pues solamente se otorgará la libertad provisional del sindicado detenido si el jurado de conciencia profiere un veredicto absolutorio y el juez del conocimiento no lo declara contraevidente dentro de los ocho días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoca el auto que decretó contraevidente el veredicto; pero, puede llegar el momento en que en firme la providencia que decretó contraria a la evidencia el veredicto del jurado, o aprobada por el tribunal en todas sus partes cuando fuere apelada en consulta, el juzgador procederá a sortear un nuevo jurado que emitirá un veredicto de carácter definitivo, en caso de ser absolutorio se otorgará la libertad con el solo compromiso de presentarse personalmente para los fines ulteriores al juicio.

i) De conformidad con el numeral nueve del artículo en comento, será beneficiario de la libertad el sindicado que permanezca 180 días de privación efectiva de la libertad, y no se le ha calificado el mérito de la investigación. Este término se ampliará a 260 días cuando sean tres o más los procesados contra quienes el juzgador ha proferido auto de detención y este se encontrare vigente, o cuando sean tres o más los delitos materia del proceso, pero, si el juzgador encuentra mérito, según las pruebas aportadas al proceso, para dictar auto vocatorio al juicio, negará la excarcelación; ordenará cerrar la investigación y la calificará dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término de traslado a las partes; y, si no califica en ese término, el juez deberá decretar la libertad provisional inmediata del procesado detenido.

j) Para terminar, en los delitos sancionados con pena de prisión, si el sindicado fuere mayor de 16 años y menor de 18 años, o cuando hubiere cumplido los 70 años de vida, el juez le otorgará la libertad provisional siempre que su personalidad, los motivos determinantes del delito y las circunstancias en que lo cometió, lo hagan aconsejable.

En los anteriores literales me limito a reseñar los casos y las situaciones en que hace meritorio el otorgamiento de la libertad provisional de oficio o solicitada por la parte interesada, con el fin de comparar estas, como ya lo veremos, con la reforma introducida de la ley 2a. de 1984, en los casos en que el juez deberá revocar la detención preventiva decretada.

Cuando el detenido por sí mismo o su apoderado, hace la solicitud de libertad provisional o revocatoria del auto que ordenó la detención preventiva, se dará traslado al ministerio público (Personero Municipal o al Fiscal del Juzgado o Tribunal de que se trate) por dos días. La oportunidad de hacer la solicitud anterior, es en cualquier estado del proceso, menos en el caso descrito en el literal E de esta investigación, correspondiente al número 5 del artículo 453 del Decreto 409 de 1971, debido a que para este caso el proceso debe estar en el momento de calificar el mérito de las sumarias, lo mismo que en el literal H, numeral 8 del artículo 453, ya que se otorgará la libertad provisional en la etapa del juicio, si se dan las condiciones allí establecidas.

SEÑAL DE CALIFORNIA
EJECUTIVO DE LA ASAMBLEA
1984

De igual manera se prevee el otorgamiento de la libertad provisional en los casos en que el Juez de Instrucción Criminal o el del conocimiento, resolvieran en forma negativa la solicitud de excarcelación o revocatoria del auto que ordenó la detención preventiva y este fuera apelado. En esta situación, el superior, al resolver el recurso, puede revocar la providencia recurrida o conceder la libertad provisional, cuando lo considere procedente, y expedirá la correspondiente orden de libertad sin esperar la ejecutoria del auto que resolvió el recurso.

En todos los casos en que se otorgare la libertad provisional, según el Decreto 409 de 1971 (C. de P.P.), en el mismo auto que la conceda, el funcionario fijará el monto de la fianza que deba presentarse, llevando en cuenta la gravedad de la infracción, las condiciones pecuniaras del procesado, su responsabilidad y antecedentes, de lo que haremos un estudio en el próximo aparte.

C. CAUCIONES.

En nuestro Código Civil, en el artículo 65 dice que: "Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especie de caución la fianza y la prenda".

De conformidad con esta norma y según el decreto comentado, el funcionario que otorgue la libertad provisional, en el mismo auto, deberá

fijar la cuantía de la fianza. Esta medida tiene como finalidad la de garantizar la presencia del sindicado en el proceso y para la ejecución de la sentencia, si fuere el caso.

En el Decreto 409 de 1971, las cauciones se clasifican en las cinco especies que detalla el artículo 459, así:

1. **La Juratoria**, se otorgará mediante acta en que el sindicado prometa bajo juramento cumplir las condiciones impuestas.

Esta caución se considera exclusivamente a los absueltos en primera instancia por sentencia ordinaria; a los sobreseídos definitivamente en primera instancia; a quien se aplique el artículo 163 de este Código, y a quienes comprueben con dos declaraciones de testigos honorables su pobreza, moralidad y buena conducta anterior.

Las declaraciones serán recibidas por el mismo funcionario que concede el beneficio, quien certificará la honorabilidad notoria de los declarantes. No se cobrará derecho alguno por la recepción de los testimonios.

2. **La Hipotecaria**, se constituirá con el otorgamiento de la Escritura Pública y previa comprobación sobre la propiedad y libertad del inmueble ofrecido. El valor de este será el que tenga en el catastro.

El funcionario aceptará el instrumento y cancelará la hipoteca, cuando llegue el caso.

Copia auténtica de la escritura se allegará al expediente y prestará mérito ejecutivo, cuando vaya acompañado del auto ejecutoriado en que se ordene hacer efectiva la caución.

3. **La Prendaria**, puede consistir en el depósito de dinero o de documentos de crédito público, estimado por su valor corriente. Tales depósitos se confiarán a un banco, si lo hubiere, a la orden del juzgado, y si no a la Tesorería Municipal.

4. **La Personal**, se constituirá por fiador solvente y hábil, conforme a la ley civil, circunstancia que se acreditará debidamente. En el proceso se harán constar todas las obligaciones contraídas por el procesado y el fiador, si lo hubiere, en diligencia autorizada por estos y el funcionario.

La copia auténtica de estas diligencias, con el auto ejecutoriado que ordena hacer efectiva la caución, prestan mérito para el cumplimiento de las obligaciones exigibles por la jurisdicción coactiva, y

5. **La de Seguros**, mediante la presentación de la póliza, siempre que la garantía se extienda a un término indefinido o periódicamente probables.

En cuanto al ordinal 1 de este comentario, es indudable que la certificación exigida por la norma es de suma importancia, aunque la ausencia de esta formalidad no haga negatorio el derecho que tenga el sindicado de gozar de excarcelación con la simple promesa de presentación, porque una cosa es el derecho que tiene el sindicado de gozar del beneficio por amparo de pobreza, y otra las formalidades que deben cumplir los funcionarios para otorgar el beneficio.

Esta situación quedó consignada por la jurisprudencia según la Corte Suprema de Justicia por medio del auto de fecha 6 de mayo de 1949.

D. PROHIBICION Y REVOCATORIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL.

En el artículo 467 del ordenamiento comentado se nos enseña que no habrá lugar a excarcelación siempre y cuando aparezca demostrado que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso, durante los diez años anteriores a la solicitud de este beneficio; igualmente se negará la excarcelación cuando el sindicado registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales.

Es necesario dejar en claro que los delitos intencionales a que se hace referencia en este artículo, no aparecen en el código penal vigente (Decreto 100 de 1980), debido a que la Ley 95 de 1936 era el ordenamiento penal sustantivo que incluía la intención en el tipo de conducta dolosa.

están excluidos del beneficio de excarcelación todas las tentativas y los delitos frustrados de todas aquellas conductas que no tienen dicho beneficio, aunque sean consumadas.

Igual suerte tendrán las personas que se hallen gozando de dichos beneficios de excarcelación en un proceso en donde se les investigue por la comisión de un hecho doloso, y sean sumariados por una conducta de la misma naturaleza.

De otro lado, en cualquier momento procesal podrá el juez del conocimiento o el de instrucción, revocar el auto que otorgó la excarcelación, ya sea en virtud de solicitud del ministerio público o de la parte civil y de oficio, si hubiere lugar a ello, y en las siguientes situaciones:

1. Porque se compruebe que el delito investigado es de aquellos que la excluya.
2. Porque se acredite que el procesado está exceptuado de tal beneficio.

54520

3. Porque el procesado violare cualquiera de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución. En este caso, no podrá otorgársele nuevamente en el mismo asunto, salvo que después apareciere alguna de las situaciones previstas en los numerales 5o, 6o, y 9o del artículo 453, que corresponde a los literales e, f, g, e i de

este estudio.

Por lo tanto, queda claro que el Juez no puede conceder el beneficio de excarcelación a los reos de delitos que no dan lugar para ello, ni aún por causa de enfermedad grave. El Director de la cárcel, la policía judicial y el ministerio público, son los encargados de vigilar el estricto cumplimiento de todas estas medidas y de las obligaciones que se le imponen a quien resulte beneficiado con la excarcelación provisional.

SECRETARÍA DE JUSTICIA DE COSTA RICA
CALLE DE LA UNIÓN, 1000
SAN JOSÉ, COSTA RICA

CAPITULO II

A. LEY 2a. DE 1984.

En el mes de Mayo de 1983, el doctor Bernardo Gaitán Mahecha, en su condición de Ministro de Justicia, presentó a consideración del Senado de la República el proyecto de la ley número tres, por la cual se introducía reforma a la administración de justicia.

El doctor Ernesto Parejo González, miembro de la Comisión Primera Constitucional del Senado, presentó ponencia favorable para primer debate el día 23 de Mayo del mentado año, acompañando un pliego de modificaciones, que introdujo fundamentales cambios en el proyecto original, atendiendo a las reacciones desfavorables de la opinión pública.

En la Comisión Primera del Senado se designó una subcomisión integrada por los senadores Fernando Sanclemente Molina, Hernando Echeverri Coronado, Enrique Parejo González y José Manuel Arias Carrizosa, asesorados por el Ministro de Justicia y el Procurador General de la Nación, para que estudiara las normas relacionadas con cuantía, jueces

especializados, instrucción y fallo, libertad provisional y requisitos para dictar auto de detención a audiencia; subcomisión que estuvo de acuerdo con la mayoría del articulado del pliego de modificaciones.

A la Comisión Primera le bastaron solamente 4 sesiones para evacuar el primer debate al proyecto de ley número tres, acogiendo sus mayores reformas, el pliego de modificaciones presentado por el ponente, después de eliminar veinte artículos (del 50 al 70).

El texto del proyecto aprobado en primer debate no sufrió modificaciones en los restantes tres debates.

El día 17 de enero de 1984, fué promulgada la ley segunda de ese año (Diario Oficial número 36450), "Por la cual se establece la competencia de las autoridades de policía, se fija el respectivo procedimiento, se crean cargos de jueces especializados y establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo, se dictan normas sobre captura, detención preventiva, excarcelación, se fijan competencias en materia civil, penal y laboral y se dictan otras disposiciones". De las reformas que introdujo esta Ley encontramos que en el Capítulo IV, por medio del cual se reformó el título V del Decreto 409 de 1971 o Código de Procedimiento Penal, alguna de las cuales no escapan a controversia por la forma improvisada y discorde como fueron redactadas.

Las medidas que afectan la libertad de las personas, como son: La Captura y la Detención, se regulan por las normas generales de procedimiento, a la cual me referiré más adelante, porque sobre dichos temas se introdujeron modificaciones de importancia que cambian sustancialmente el régimen existente en el Decreto 409 de 1971.

En cuanto a la captura, el Artículo 31 de la Ley hace referencia a los artículos 288 del Código de Procedimiento Penal y al 95 del decreto 1355 del 70. En realidad no constituye ningún aspecto novedoso sino simplemente reiteración de las previsiones legislativas ya citadas. Basta transcribir la norma del Decreto 1355 que dice: "Aún sin requerimiento formal, el militar debe apoyo a la policía en caso de captura, de auxilio a las personas y para impedir la comisión del delito. Con relación a la excarcelación la ley ofrece algunas modificaciones que es necesario tener en cuenta para precisar su alcance. En primer término se trata de causales taxativas y a pesar de que el artículo 35 de la misma ley hace remisión al C. de P.P., no es factible conceder beneficio de libertad provisional por causal diferente a las que menciona la ley de acuerdo a la redacción del inciso primero de la norma ya citada que excluye esta posibilidad.

Con el fin de seguir la misma metodología empleada en el capítulo anterior, haremos un estudio detallado de la reforma introducida por la Ley II de 1984, en los aspectos que me han motivado en este estudio, tales como: La Captura, la Detención Provisional del sindicado.

1. La Captura.

La privación de la libertad empieza, generalmente, con la captura y está, a su vez, con la aprehensión material o física de la persona mediante la cual se le ubica en un lugar y limitándole la libertad de movimiento. La aprehensión física de la persona durante la indagación preliminar, en el proceso o después de sentencia condenatoria tiene varias finalidades, entre ellas la defensa pública, la aplicación de justicia y el descubrimiento de la verdad. Para los entendidos de la materia, la captura no es simplemente el acto de aprehensión material, sino el período con que ella comienza y durante el cual el individuo permanece privado de la libertad sin que medie una providencia judicial que declare u ordene su detención preventiva. Por lo tanto, la captura no es un acto sino un período que transcurre entre la aprehensión material y la notificación de la providencia judicial mediante la cual se ordena la detención preventiva o su libertad. Nadie puede ser privado de la libertad sino mediante orden de autoridad competente y con el cumplimiento de las formalidades del caso, dispone nuestra Constitución Nacional. Como la libertad es la norma general, la captura no puede ser ordenada sino por funcionario que tenga competencia para hacerlo y con el cumplimiento de los formalismos del caso.

Los funcionarios de policía en desarrollo de sus actividades preventivas y para sancionar las llamadas contravenciones ordinarias pueden ordenar la captura de algunas personas, tal como lo autorizan los de-

cretos 1355 y 2055 de 1970.

Nuestra legislación no ha tenido una política definida en esta materia. Aunque ha aceptado la detención preventiva, no ha encontrado una forma técnica coordinada, permanente, que le permita regular su aplicación. Los artículos 4026 y 4039 del Decreto 409 de 1971; 44 y 38 de la Ley 2a. de 1984, y el 14 del Decreto 1853 de 1985, demuestran la incoherencia e inestabilidad en las normas que regulan esa situación jurídica.

El nuevo Estatuto, es decir, la Ley segunda de 1984, en los artículos 38 y 39, determina de manera concreta que funcionario o empleados pueden ordenar o ejecutar la captura. La primera norma establece la facultad para emitir la correspondiente orden en el funcionario de instrucción y la segunda se refiere a la policía judicial haciendo una remisión al artículo 289, ordinal C del C.P.P., o sea, en los casos de flagrancia o cuasiflagrancia, como también con relación a las personas gravemente indiciadas.

En los primeros eventos -flagrancia -cuasiflagrancia- no se requiere orden escrita por las circunstancias en que se produce la aprehensión. Pero en tratándose del gravemente indiciado, la nueva ley, artículo 39 parte final del inciso primero exige como requisito orden escrita de autoridad competente.

Como se puede observar, en esta ley estudiada y en comparación con

los artículos 426 y siguientes del Decreto 409 de 1971, se expresan dos formas de capturar en forma preventiva a una persona. La situación descrita anteriormente, esto es cuando la persona es sorprendida en las modalidades de flagrancia y cuasiflagrancia, pero, cuando el procesado no es sorprendido en flagrancia o cuasiflagrancia, es necesario vincularlo al proceso por medio de la indagatoria. Para esos efectos se ha pretendido regular cuando se puede capturar y cuando no. La ley segunda introdujo un cambio en la legislación anterior y estableció una lista de delitos que autorizaban la captura, los que no estaban incluidos en ella no daban lugar a la captura y los sujetos vinculados a tales delitos debían ser citados.

La nueva norma (Decreto 1853 de 1985) estableció un sistema diferente: captura obligatoria para algunos delitos; potestativa o facultativa por parte del juez para otros, y, por último, la prohibición de capturar para otros. Veamos esta clasificación:

a) Captura obligatoria: De acuerdo con el artículo 3o. del Decreto 1853, el juez debe ordenar la captura para efectos de la indagatoria cuando se adelante el proceso por uno de los siguientes delitos: Secuestro extorsivo (artículo 268), Extorsión (artículo 355), Terrorismo (artículo 187), Delito contra el Orden Económico y Social que contempla el Código Penal en el Título VIII, Capítulo I, es decir, acaparamiento (artículo 229), especulación (artículo 230), alteración y modificación de calidad, cantidad, peso y medida (artículo 231), pánico económico (artículo 232), ilícita explotación comercial (artículo 233), daño en materia prima y producto agropecuario o industrial

(artículo 234). usura (artículo 235), usurpación de marcas y patentes (artículo 236), uso ilegítimo de patentes (artículo 237), violación de reserva industrial (artículo 238), sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes legales (artículo 239), exportación ficticia (artículo 240), aplicación incorrecta de crédito oficialmente regulado (artículo 241).

Además de los anteriores, los delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (decretos 1188 de 1974 y 1060 de 1984), con pena mínima de dos años o más, y los delitos del Decreto 2920 de 1982, como la utilización indebida de dinero proveniente del ahorro privado, auto préstamo, captación de dinero sin autorización oficial.

b) Captura Facultativa: El Juez podrá librar la orden de captura para los efectos de la indagatoria, si lo considera prudente, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, la posibilidad de que el sindicado huya del lugar, las circunstancias personales del procesado y las características del delito. Si no considera necesario ordenar la captura, podrá librar una orden de citación para que el sindicado comparezca a rendir indagatoria. Si, en ese último caso, el sindicado elude el cumplimiento de la citación, se ordenará su captura.

Los delitos que autorizan la captura facultativa son aquellos distintos de los atrás indicados, que tengan señalados en la norma una pena mínima de dos años de prisión o superior. La lista completa es la siguiente:

Menoscabo de la Integridad Nacional (artículo 111), Hostilidad Militar (artículo 112), Traición Diplomática (artículo 113), Instigación a la Guerra (Artículo 114), Atentados contra Hitos Fronterizos (artículo 115), Actos Contrarios a la defensa de la Nación (artículo 116), Espionaje (artículo 119), Violación de Fronteras para Explotación de Recursos Nacionales (artículo 123), Rebelión (artículo 125), Peculado por Apropiación (artículo 133), Concusión (artículo 140), Concierto para Delinquir (artículo 186), Incendio (artículo 189 - Numeral Dos), Daños en Obras de Defensa Común (artículo 190), Falsedad Material de Empleado Oficial en Documentos Públicos (artículo 218), Falsedad Ideológica en Documentos Públicos (artículo 219), Falsedad Material de Particular en Documentos Públicos (artículo 220), Destrucción de Supresión y Ocultación de Documentos (artículo 223), Explotación Ilícita de Yacimiento Minero (artículo 244), Apoderamiento y Desvío de Aeronave (artículo 281), Apoderamiento y Desvíos de Naves (artículo 282), Acceso Carnal Violento (artículo 298), Acto Sexual Puesta en Capacidad de Resistir (artículo 300), Acceso Carnal Abusivo con Incapáz de Resistir (artículo 304), Constreñimiento a la Prostitución (artículos 309 y 310), Trata de Mujeres y de Menores (artículo 311), Homicidio (artículos 323, 324), Homicidio Preterintencional (artículo 325), Inducción y Ayudas al Suicidio (artículo 327), Homicidio Culposo (artículo 329), Lesiones Personales (artículos 333, 334, 335, 336, 338, 341), Aborto sin Consentimiento (artículo 344), Abandono (artículo 346), Hurto Calificado y Agravado (artículos 350, 351).

En los casos de homicidio y lesiones personales, cuando resulte evi-

dente que el inculpado obró en legítima defensa, no se podrá librar orden de captura a no ser que el sindicado no concurra voluntariamente a rendir indagatoria o no atienda la citación que se le remita. Lo mismo sucede cuando se trata de homicidio y lesiones personales ocurridas en accidentes de tránsito y sea notorio, evidente, que el sindicado no actuó con culpa.

c) Captura Prohibida: No se puede ordenar la captura del sindicado, para efectos de la indagatoria, cuando se trata de delitos que tienen señaladas en la norma una pena no privativa de la libertad, como cuando la sanción es la pérdida del empleo, una multa, etc. Tampoco se puede ordenar la captura cuando se trata de un delito que tiene como sanción la pena de arresto.

Por último, tampoco se puede ordenar la captura del sindicado cuando se trata de un delito que tiene señalada como sanción pena de prisión inferior a los dos años.

En síntesis, no se podrá librar orden de captura, para efectos de la indagatoria, cuando se trata de la investigación de uno de los siguientes delitos:

Ultraje o emblemas de símbolos patrios (artículo 117), Aceptación Indebida de Honores (artículo 118), Violación de tregua - Armisticio (artículo 120), Violación de Inmunidad Diplomática (artículo 121), Ofensa a Diplomáticos (artículo 122), Sedición (artículo 126), Asona-

da (artículos 128-129), Conspiración (artículo 130), Seducción, Usurpación y Retención Ilegal de Mando (artículos 131-132), Peculado por Uso (artículo 134), Violación del Régimen Legal de Inhabilidades e Incompatibilidades (artículo 144), Interés, Ilícitos en la Celebración de Contratos (artículo 145), Trámite Irregular de Contratos Oficiales (artículo 146), Tráfico de Influencias para Obtener favor de Empleado Oficial o Testigo (artículo 147), Enriquecimiento Ilícito (artículo 148), Prevaricato por Acción (artículo 150), Prevaricato por Asesoramiento Ilegal (artículo 151), Abuso de autoridad por Acto Arbitrario o Injusto (artículo 152), Abuso de Autoridad por Omisión de Denuncia (artículo 153), Revelación de secretos (artículo 154), Utilización de Asuntos Sometidos a Secreto o Reservas (artículo 155), Abandono del Cargo (artículo 156), Asesoramientos y Otras Actuaciones Ilegales (artículo 157), Intervención en Política (artículo 158), Empleo Ilegal de la Fuerza Pública (artículo 159), Omisión de Apoyo (artículo 160), Usurpación de Funciones Públicas (artículo 161), Abuso de Funciones Públicas (artículo 162), Simulación de Investidura o Cargo (artículo 163), Violación contra Empleado Oficial (artículo 164), Perturbación de Actos Oficiales (artículo 165), Falsa Denuncia (artículo 166), Falsa Denuncia contra Persona Determinada (artículo 167), Falsa Auto Acusación (artículo 168), Falso Testimonio (artículo 172), Soborno (Artículo 174), Infidelidad a los Deberes Profesionales (artículo 175), Favorecimiento (artículo 176), Encubrimiento y Receptación (artículo 177), Fuga de Preso (artículo 178), Favorecimiento de la Fuga (artículo 179), Fuga por Culpa (artículo 180), Fraude Procesal (artículo 182), Ejercicio Arbitrario de las Propias Ra-

zones (artículo 183), Fraude a Resolución Judicial (artículo 184), Reingreso Ilegal al País (artículo 185), Instigación a Delinquir (artículo 188), Incendio (artículo 189), Daños en Obras de Defensa común (artículo 190), Provocación de Inundación o Derrumbe (artículo 191), Perturbación en Servicio de Transporte Colectivo u Oficial (artículo 192), Siniestro o Daño de Nave (artículo 194), Disparo de Arma de Fuego Contra Vehículo (artículo 195), Perturbación de los Servicios de Comunicaciones (artículo 196), Tenencia, Fabricación y Tráfico de Sustancias u Objetos Peligrosos (artículo 197), Empleo o Lanzamiento de Sustancia u Objetos Peligrosos (artículo 198), Modalidad Culposa (artículo 199), Obstrucción de Obras de Defensa de Asistencia (artículo 200), Fabricación y Tráfico de Armas de Fuego y Municiones (artículo 201), Violación de Medidas Sanitarias (artículo 203), propagación de Epidemias (artículo 304), Contaminación de Aguas (artículo 205), Corrupción de Alimentos y Medidas (artículo 206), Falsificación de Moneda Nacional o Extranjera (artículo 207), Tráfico de Moneda Falsificada (artículo 208), Emisiones Ilegales (artículo 209), Falsificación o uso Fraudulento de Sello Oficial (artículo 211), Falsificación de Efectos Oficiales Timbrados (artículo 212), Circulación y Uso Oficial o Sello Falsificado (artículo 213), Emisión Ilegal de Efectos Oficiales (artículo 214), Supresión de Signos de Anulación de Efectos Oficiales (artículo 215), Uso y Circulación de Efectos Oficiales Anulados (artículo 216), Falsedad Marcaria (artículo 217), Falsedad en Documento Privado (artículo 221), Uso de Documento Público Falso (artículo 222), destrucción, Supresión y Ocultamiento de Documentos Privados (artículo 224), Falsedad Personal para la Obtención

de Documento Público (artículo 226), Falsedad Personal (artículo 227), Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero (artículo 228), Ilícito Aprovechamiento de Recursos Naturales (artículo 242), Ocupación Ilícita de Parques y Zonas de Reservas Forestales (artículo 243), Propagación de Enfermedades en Recursos Naturales (artículo 245), Daño en los Recursos Naturales (artículo 246), Contaminación Ambiental (artículo 247), Perturbación Electoral (artículo 248), Constreñimiento al Elector (artículo 249), Violación y Fraude Electoral (Artículo 250), Corrupción de Elector (artículo 251), Voto Fraudulento (artículo 252), Favorecimiento de Votos Fraudulentos (artículo 253), Fraude Electoral (artículo 254), Mora en la Entrega de Documentos Relacionados con una Votación (artículo 255), Alteración de Resultados Electorales (artículo 256), Ocultamiento, Retención y Posesión Ilícita de Cédula (artículo 257), Denegación de Inscripción (artículo 258), Incesto (artículo 259), Bigamia (artículo 260), Matrimonio Ilegal (artículo 261), Supresión, Alteración y suposición de Estado civil (artículo 266), Secuestro Simple (artículo 269), Privación Ilegal de Libertad (artículo 272), Prolongación Ilícita de Privación de la Libertad (artículo 273), Detención Arbitraria Especial (artículo 274), Desconocimientos de Habeas Corpus (artículo 275), Constreñimiento Ilegal (artículo 276), Constreñimiento para Delinquir (artículo 277), Fraudulenta Internacional en Asilo, Clínica o Establecimiento Similar (artículo 278), Tortura (artículo 279), Inseminación Artificial no Consentida (artículo 280), Violación de Habitación Ajena (artículo 284), Permanencia Ilícita en Habitación Ajena (artículo 285), Violación de Habitación Ajena por Empleado Oficial (artículo 286), Violación y Permanencia Ilícita en Lugar de Trabajo (artículo 287), Violación Ilícita de comuni-

caciones (artículo 288), Divulgación y Empleo de documentos Reservados (artículo 289), Violación de la Libertad de Trabajo (artículo 290), Sabotaje (artículo 291), Violación de los Derechos de Reunión y Asociación (artículo 292), Violación de los Derechos de Reunión y Asociación (artículo 292), Violación de los Derechos Políticos (artículo 293), Violación de la Libertad de Cultos (artículo 294), Impedimento y Perturbación de Ceremonia Religiosa (artículo 295), Daño o Agravios a Personas o a Cosas Destinadas al Culto (artículo 296), Irrespeto a Cadáveres (artículo 297), Acto Sexual Violento (artículo 299), Acceso Carnal Mediante Engaño (artículo 302), Acceso Carnal Abusivo con Menor de Catorce Años (artículo 303), Corrupción (artículo 305), Inducción a la Prostitución (artículo 308), Estímulo a la Prostitución de Menores (artículo 312), Injuria (artículo 313), Calumnia (artículo 314), Injuria y Calumnia Directa (artículo 315), Injuria por Vías de Hecho (artículo 319), Injurias Recíprocas (artículo 320), Imputación de Litigantes (artículo 321), Homicidio por Propiedad (artículo 326), Muerte de Hijo Fruto de Acceso Carnal Violento, Abusivo o de Inseminación Artificial No Consentida (artículo 328), Lesiones por Incapacidad para Trabajar o Enfermedad (artículo 332), Lesiones Personales con Deformidad Física Transitoria y Desfiguración Facial (artículo 333), Lesiones Personales con Perturbación Funcional Transitoria (artículo 334), Lesiones Culposas (artículo 340), Aborto (artículo 343), Hurto Simple (artículo 349), Hurto de Uso (artículo 352), Hurto Entre Condueños (artículo 353), Alteración, Desfiguración y suplantación de Marcas de Ganado (artículo 354), Estafa (artículo 356), Emisión y Transferencia Ilegal de Cheques (artículo 357), Abuso de Confianza (artículo 358), Abuso

han cometido homicidio o lesiones personales en las condiciones ya mencionadas, pero no por razones de responsabilidad penal, sino por el desacato a la autoridad, caso en el cual se impondría sanción de arresto de un mes inmutable; contra esta decisión sólo procede el recurso de reposición que tiene por objeto demostrar que la persona se encontraba en imposibilidad física de concurrir oportunamente al despacho judicial.

Es necesario hacer algunas consideraciones al cambio legislativo sobre la obligatoriedad de expedir órdenes de captura para los casos que ordinariamente no admiten excarcelación, por lo que la aprehensión física responde a una doble finalidad, vincular legalmente mediante indagatoria al sindicado y asegurar la efectividad de la detención preventiva.

Lo lógico era haber dejado la ley en los mismos términos del artículo 426 del C. P.P., o sea, dejar en discrecionalidad al funcionario para que optara por citar al sindicado u ordenar su aprehensión; creemos, sin embargo, que para evitar arbitrariedades con la nueva legislación, el juez debe ser mucho más riguroso y estricto en el análisis de la prueba para ordenar la captura, porque ésta ordinariamente procede como obligatoria cuando se den los requisitos del artículo 381 del C.P.P., para oír en indagatoria a una persona; esos requisitos apuntan a que esté demostrado, al menos en principio, que la persona contra la cual se ordena la captura sea el autor del comportamiento ilícito, circunstancia que debe dejar anotadas el funcionario en el auto mediante el cual dispone tal medida cautelar. No puede

en consecuencia, ordenar la captura con el único fin de saber si alguien es autor, sino que esa prueba debe estar fijada en el proceso, salvo los casos de flagrancia y cuasiflagrancia.

Quizás el legislador al redactar esta norma tuvo en mente procurar que la persona contra la cual se adelanta un proceso pueda explicar su conducta, se presente voluntariamente ante las autoridades, evitando de esta manera, al menos para los efectos de indagatoria, se procederá a ordenar la captura, ya que en estos casos sólo sería viable tomar tal decisión, si de la misma indagatoria y las demás pruebas surgen los presupuestos para dictar auto de detención, y no sea posible la excarcelación.

Las órdenes de captura que por cualquier motivo se expidan, deben ser canceladas una vez hayan tenido cumplimiento o hayan desaparecido las razones que se tuvieron para expedirlas. El funcionario que así no lo hiciere, será sancionado no sólo administrativamente con la destitución, sino penalmente si se captura posteriormente la persona contra quien se expidió la respectiva orden. Igualmente deben cancelarse las órdenes de captura cuando se ha resuelto la situación jurídica de la persona que ha sido declarada reo ausente si contra ella no se dispuso ninguna medida de aseguramiento. Si ésta se dispuso, la orden de captura no se cancelará sino hasta cuando haya sido efectiva.

B. LIBERTAD DEL PROCESADO.

El conflicto que debe resolver el procedimiento penal entre los intereses del procesado y los colectivos del grupo social que se considera afectado con el delito, se hace más notorio y manifiesto cuando se refiere al problema de la libertad de aquél.

Con fundamento en la presunción de inocencia toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario, se ha considerado que el sindicado de la comisión de un delito, mientras no sea condenado como responsable del mismo, no debe ser privado de la libertad para purgar la pena o sanción. Según esta teoría, en las cárceles sólo deben estar los condenados, es decir, aquellas personas a quienes se les declaró responsables penalmente mediante la correspondiente sentencia ejecutoriada.

La tesis opuesta sostiene la necesidad de la detención preventiva, es decir, la posibilidad de que la persona sea privada de la libertad durante el trámite procesal (antes de proferirse la sentencia que declara la responsabilidad).

Se oponen a la presunción de inocencia en que se fundamenta la tesis de la libertad, diferentes argumentos que justifican la detención preventiva y que podemos resumir como sigue: a) Seguridad personal del procesado para evitar reacciones violentas de las víctimas o sus parientes; b) Seguridad de la prueba para evitar que sea manipulada o al-

terada por las actuaciones del procesado; c) Necesidad de la presencia del procesado para el cumplimiento de las principales diligencias como declaraciones, careos, inspecciones judiciales, audiencias, etc.; d) seguridad de que el procesado purgará la sanción que se le imponga en la sentencia; e) Protección social al mantener fuera de la colectividad a la persona que perturba o lesiona los derechos de los demás miembros de la misma, y, f) Tranquilidad del grupo social al observar que el lesionamiento de derechos ajenos acarrea consecuencias inmediatas.

El enfrentamiento de estas tesis ha originado posiciones intermedias que pretenden encontrar soluciones a los diferentes problemas que surgen de la aplicación de las posiciones extremas. Unas de las soluciones más aceptadas ha sido la que pretende minimizar las consecuencias de la detención preventiva mediante la libertad provisional, excarcelación o libertad cacionada. Esta posición admite la detención preventiva, es decir, la privación de la libertad del procesado antes de la sentencia (durante el trámite procesar), pero permite que el procesado pueda disfrutar de libertad física otorgando una garantía para el cumplimiento de ciertas obligaciones procesales, esencialmente la de presentación.

En Colombia se ha aceptado, como en la mayoría de los países, la tesis de la detención preventiva, cuyas consecuencias se han aminorado con la libertad provisional o excarcelación. Sin embargo, no ha existido una política definida en esta materia. Así, el artículo 439 del C. de

P.P. establecía como principio general la detención preventiva de toda persona contra la cual se hubiera establecido una prueba mínima de responsabilidad penal que se concretaba en un indicio grave o en un testimonio digno de crédito, como mínimo, en relación con el hecho imputado. A su vez, el artículo 453 establecía la posibilidad que el detenido preventivamente pudiera disfrutar de libertad provisional, excarcelación o libertad caucionada, si se encontraba en las condiciones excepcionales que la norma preveía, es decir, la norma general era la detención preventiva sin derecho a la libertad provisional que era la excepción. Si las excepciones no se satisfacía completamente, no había derecho a la libertad provisional y el procesado debería continuar privado de la libertad durante todo el trámite del proceso.

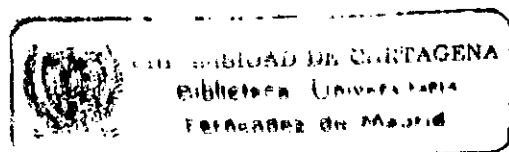
La Ley 2a. de 1984 modificó sustancialmente esta posición: Se aceptaba la detención preventiva para las personas que aparecían vinculadas como autoras o partícipes del delito, cuando su contra aparecía una prueba mínima de su responsabilidad, es decir, un indicio grave o un testimonio digno de crédito, pero la norma general era que a estas personas se les concedía la libertad provisional, excarcelación o libertad caucionada (término diferente para designar el fenómeno jurídico de estar una persona jurídicamente detenida pero disfrutando de libertad física). Este beneficio sólo se podía negar a las personas que expresamente señalaba la ley. Este cambio de filosofía originó algunas controversias y dificultades porque los controles sobre las personas favorecidas con la libertad provisional no han funcionado adecuadamente y se ha calificado como una de las causas del aumento de la criminalidad y de la impunidad.

El Decreto 1853 de 1985, con la idea de descongestionar las cárceles y centros de reclusión, ha modificado los conceptos de detención preventiva y libertad provisional, se introduce un término nuevo en la legislación colombiana que denomina medidas de aseguramiento que divide en tres: Conminación, caución y detención preventiva. Pero en el fondo esa nueva terminología no origina las grandes dificultades que aducen los críticos del decreto porque, como la mayoría de las cosas en Colombia, es más un juego de palabra que una modificación de fondos de la detención preventiva. Y decimos que es un juego de palabras porque lo que el decreto llama conminación, ya regía en las normas anteriores para aquellas personas que debían garantizar su presentación ante el Juez por estar vinculadas a un proceso penal sin que hubiera dictado contra ellas auto de detención.

La medida de aseguramiento llamada caución no es más que un nombre distinto que se dá ahora a lo que en la anterior legislación se conocía como detención preventiva como beneficio de libertad provisional, o sea la situación que se presentaba cuando una persona está detenida jurídicamente pero mediante una caución (prendaria o juratoria, como hoy podía disfrutar de la libertad física.

Y lo que el decreto 1853 de 1985 denomina detención preventiva, corresponde a lo que antes se conocía como detención preventiva sin beneficio de la libertad provisional.

En síntesis, el cambio no es tan sustancial como parece ser en el



fondo y no puede decirse que la detención preventiva desapareció para un gran número de delitos cuando lo cierto es que la mayoría de ellos quedan bajo la medida de aseguramiento llamada caución, que en el fondo es la misma que hasta hace poco regía como libertad provisional.

De acuerdo con la ley 2a. de 1984, no admitían libertad provisional sesenta y ocho (68) conductas delictivas. Los demás delitos que la admiten, es decir, que mediante una caución se podía disfrutar de libertad, aunque jurídicamente se estuviera detenido previamente, era el resto de las doscientas veintiseis (226) conductas que contempla el C.P.

Hoy, de conformidad con el decreto 1853, los delitos que no admiten caución y que exigen detención preventiva, son unos setenta y cinco (75), los que no exigen detención preventiva pero sin caución son ciento treinta y dos (132), el resto, es decir, unos cuarenta y tres (43) exigen conminación por tener penas no privativas de la libertad o penas de apresto. El total de conductas punibles es de doscientas treinta y nueve (239), teniendo en cuenta el Código Penal, el Estatuto de Estupefacientes y el Decreto 2920 de 1982.

El cambio fundamental consiste en que las personas con medidas de aseguramiento denominada caución no están jurídicamente detenidas, pero sí están sometidas a las mismas condiciones y obligaciones que tenían antes. El incumplimiento de estas últimas origina, como en las nor-

mas anteriores, la privación de su libertad física durante el trámite procesal.

Este cambio de conceptos, que el Decreto no explica debidamente, pues incluye también el de excarcelación que deja regulado íntegramente por las normas anteriores, exige un cambio de mentalidad de los estudiosos de la materia y de los funcionarios que deben aplicarlos, porque el caucionado aunque no esté jurídicamente detenido, si está sometido a las mismas condiciones y obligaciones que existan para el detenido previamente, pero que disfrutaba del beneficio de la libertad provisional. Además, las obligaciones del que se encuentra bajo la medida de aseguramiento o conminación, son las mismas que venían rigiendo para las mismas personas. Así se desprende de la lectura del artículo 13 del Decreto que establece: "En las actas de conminación y de caución juratoria y prendarias se consignarán las obligaciones que el procesado debe cumplir, de conformidad con el artículo 460 del Código de Procedimiento Penal.

Dichas obligaciones son las que hasta el presente se han venido exigiendo y no se variaron o modificaron en nada.

Por lo tanto, el problema no está en la norma en sí, sino en la nueva mentalidad que debe orientar la determinación de los funcionarios y en el real y efectivo control que debe mantenerse sobre todos los procesados que se encuentren disfrutando de su libertad, pero que están conminados o caucionados. Debe desterrarse la idea de que sólo la

detención preventiva asegura la determinación de un proceso. Es necesario recalcar sobre la necesidad de que todos los procesos deben adelantarse dentro de los términos fijados por la ley, estén o nó privados de la libertad los presuntos responsables. Existen medios jurídicos para obligar al procesado a presentarse al despacho al cumplimiento de las diligencias y a cumplir la pena en el caso de ser condenado, dos de las principales circunstancias que justifican la detención preventiva. Pero para que la conminación y la caución cumplan su finalidad, se debe ser muy cuidadoso en las exigencias que se hagan a los favorecidos y especialmente en el control y vigilancia de que cumplan las obligaciones impuestas.

Hagamos ahora un análisis más detenido de las diferentes normas del decreto 1853 de 1985 y de sus incidencias reales en el actual procedimiento Penal Colombiano.

1. Definición de la situación jurídica.

El Decreto 1853 de julio 8 de 1985, publicado en el Diario Oficial número 3757 de julio 12, fecha en la cual entró en vigencia al derogar expresamente el artículo 437 del Código de procedimiento Penal, impuso la necesidad de establecer nuevos términos para dictar el auto interlocutorio mediante el cual se define la situación jurídica del procesado.

Se establecieron dos términos distintos:

a) Un término de cinco días para la situación jurídica, contados a

partir de la terminación de la indagatoria, en los procesos en los cuales hay capturados o persona privada de la libertad. Por lo tanto, en los procesos de captura por flagrancia o cuasiflagrancia, en los procesos de captura obligatoria y en aquellos en los cuales el Juez hizo uso de la facultad de capturar, debe resolverse la situación jurídica del procesado (nada obsta para resolverla en un término menor), que podrá ampliarse a diez días cuando se trate de cinco o más personas aprehendidas en el mismo día. Insistimos en que son términos máximos y que a ellos sólo debe llegarse por imposibilidad de resolver la situación antes.

b) Un término de diez días para resolver la situación jurídica en los procesos en que las personas no están privadas de la libertad o capturadas, como cuando se trata de delitos con pena no privativa de la libertad, delitos con pena de arresto o delitos con pena de prisión menor de dos años. En estos casos después de haber escuchado en indagatoria al procesado se le pone en libertad y se le cita para que en el término de diez días se presente a ser notificado del auto mediante el cual se resuelve su situación jurídica. Este se dispone en auto de sustanciación.

2. Formas de resolver la situación jurídica.

El decreto 1853 de 1985 derogó el artículo 439 del C. de P.P., aunque adoptó algunas medidas similares.

La situación jurídica de procesado se puede resolver:

a) Ordenando la libertad del procesado. Si en el proceso no aparece un indicio grave o un testimonio digno de crédito que comprometa al procesado, se dispondrá de su libertad. En este caso el sindicato debe suscribir un acta en la cual se compromete a presentarse en el juzgado cuando se lo solicite. Aunque la norma no establece las consecuencias que sufre el procesado cuando incumple esas obligaciones, es posible aplicar lo dispuesto por el parágrafo del artículo 460 del C. de P.P.

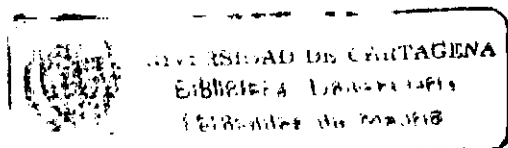
b) Ordenando una medida de aseguramiento si en el proceso hay prueba suficiente que compromete penalmente al procesado (un testimonio digno de crédito o un indicio grave de responsabilidad penal), como mínimo se puede aplicar una de las siguientes medidas de aseguramiento:

1. **Conminación:** que es un compromiso de presentación que impone las obligaciones que aparecen indicadas en el artículo 460 del C. de P. P. (son las mismas que más adelante se indican para la caución y que sólo puede exigirse cuando, apareciendo la prueba mínima que atrás indicamos, se trata de delitos que tienen señalada pena de arresto o pena privativa de la libertad. El incumplimiento de las obligaciones adquiridas en la conminación origina una sanción de arresto incommutable hasta de treinta días, que debe imponer el juez ante quien se adquirió el compromiso como sucedía en la legislación anterior.

2. **Caución:** es la obligación que se impone de prestar una garantía que respalde el cumplimiento de las condiciones que se disponen para el sindicato contra el cual aparece una prueba que lo vincula penal-

mente. Esta caución se exige en los delitos cuya pena mínima es inferior a dos años de prisión. Como se puede observar, en esta clase de delitos no se puede capturar pero sí exigir caución para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones al resolver la situación jurídica. La caución puede ser prendaria o juratoria. La prendaria consiste en el depósito en dinero, en el Banco Popular o en la Caja Agraria, y a falta de estos en la Tesorería Municipal, de una suma que el Juez fija prudencialmente teniendo en cuenta no sólo la capacidad económica del procesado, sino las características y circunstancias del delito y la mayor o menor posibilidad de cumplimiento de las condiciones impuestas. Modificación sustancial del Decreto es la de los límites mínimos y máximos que había fijado la ley 2a. de 1984: El mínimo es de mil pesos (1.000) y el máximo de doscientas veces el salario mínimo mensual, lo que dá una cifra aproximada de dos millones seiscientos mil pesos (2.600.000,00). Dentro de estos límites se puede mover el juez tratando de ser lo más justo posible para fijar el monto concreto de cada caución.

La caución juratoria consiste en el compromiso formal que adquiere el procesado de que cumplirá las obligaciones que le impone el juez, bajo juramento y un acta en el cual debe quedar constancia del juramento que presta y de las específicas obligaciones que adquiere. Esta caución sólo puede ordenarla el juez cuando llegue al convencimiento de que el procesado, contra el cual obra prueba suficiente de responsabilidad, está en imposibilidad de prestar una caución prendaria.



Los compromisos que deben cumplir las personas a las cuales se exige medidas de aseguramiento de conminación o de caución, son las que contempla el artículo 460, que no ha sido derogado y que por el contrario es mencionado expresamente por el artículo 13 del Decreto 1853 de 1985. Dicho compromiso se explica y detalla más adelante.

Es importante agregar que la caución también se debe exigir cuando se concede la excarcelación o cuando se prefiere primero sobreseimiento temporal. Puede ser prendaria o juratoria en ambos casos.

El texto del artículo 10 del Decreto crea alguna confusión, pues si bien aclara lo referente al primer sobreseimiento temporal, que había sido motivo de muchos comentarios por no aparecer mencionado como causa de la libertad provisional, no deja muy clara la situación referente a la excarcelación, tema que trataremos un poco más adelante.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la conminación y en la caución parece originar las consecuencias previstas en el artículo 460, como vimos, no fué derogado, en cuanto no se oponga a las otras normas del Decreto. Sin embargo, esta situación origina graves inconvenientes porque los conceptos de detención y libertad provisional que se utilizaban en las anteriores normas no coinciden con los que trae el Decreto.

3. Detención preventiva.

Esta, que es la última y más importante medida de aseguramiento que

menciona el Decreto no coincide con la detención preventiva que había venido utilizando la legislación colombiana, y si con el concepto de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional que se utilizaba anteriormente.

En síntesis, si se reúnen los requisitos probatorios mínimos sobre responsabilidad penal (un indicio grave o un testimonio digno de crédito), se impone la detención preventiva cuando se trata de un delito que tiene establecida en la norma una sanción de dos o más años de prisión. Para contabilizar los dos años de prisión que fijan el límite entre la detención preventiva y la caución, la norma menciona la necesidad de tener en cuenta las circunstancias específicas de agravación concurrente. Por lo tanto, si en un caso concreto se dan circunstancias objetivas de agravación o subjetivas que permitan modificar el límite de los dos años de prisión, el juez podrá ordenar la detención preventiva correspondiente.

En este grupo que origina la detención preventiva, quedan incluidos todos los delitos que aparecen en la lista de los que exigen captura obligatoria. También quedan comprendidos los que detallamos en el grupo de la captura facultativa.

Es decir, la detención preventiva se ordenará si se dan los mínimos probatorios de un indicio grave o de un testimonio digno de crédito sobre la responsabilidad penal, en los delitos de captura obligatoria que son 24 y los de la captura facultativa que son 49. No ha-

brá detención preventiva en los delitos que dan lugar a la conminación (delitos sin pena privativa de la libertad que son 7 o con pena de arresto que son 36), o a la caución que son 132. Las conductas sancionables que contempla el Código Penal son 226, el Estatuto de Estupefacientes 9 y el Decreto 2920 de 1982 trae 3, para un gran total de 238.

Pero, aparte de este elemento de la calidad del delito, que pudiéramos llamar objetivos, el decreto autoriza ordenar la detención preventiva cuando se da otro factor de tipo subjetivo consistente en que el procesado esté bajo un auto de detención o bajo la medida de aseguramiento, caución tomados en otro proceso que se le siga por un delito doloso o preterintencional. Con esta disposición se pretende que los delincuentes profesionales que han cometido otros delitos no puedan disfrutar de su libertad si tienen pendiente medidas de aseguramiento o de caución, o de detención preventiva, así se trate de delitos con penas inferiores a dos años de prisión o con pena de arresto. Si en el otro proceso bajo conminación no se puede ordenar la detención preventiva del procesado. Ya vimos que sólo originan la detención preventiva otro auto detentivo o una medida de aseguramiento o caución.

El artículo 14 del decreto incluye en los delitos que implican detención preventiva como medida de aseguramiento, el enriquecimiento ilícito (C.P., art. 148) que tiene una pena mínima inferior a los dos años de prisión y los delitos de los artículos 229 a 241 del C. P.,

que ya incluimos al grupo de los de captura obligatoria.

Pero ese grupo de delitos que dan lugar a la detención preventiva también tiene excepciones, es decir, que no se ordena la detención preventiva si en el proceso aparece, con evidencia, que el sindicado obró bajo las circunstancias de justificación o de inculpabilidades de los artículos 2940 del Código Penal. Y aunque la disposición no dice que debe hacerse con ellos, parece lo más correcto ordenar su libertad, mediante compromiso de presentación, por haberse destruido la prueba de responsabilidad penal que existía (las cuasales que justifican y de inculpabilidad desintegran la responsabilidad penal que pudiera existir) según el artículo 7 del decreto.

4. Auto que resuelve la situación jurídica.

La providencia o auto en el cual se define la situación jurídica del capturado ordenando la medida de aseguramiento debe formalmente contener (C. de P.P., art. 441):

- a) Descripción del hecho que ha motivado la investigación.
 - b) Los elementos probatorios que han recogido hasta ese momento, analizando el término digno de crédito y el indicio grave en que se fundamenta la prueba de la responsabilidad, como mínimo, y las demás pruebas sobre la existencia del hecho mismo.
 - c) La calificación legal y la pena establecida para el presunto delito.
- Esta calificación es transitoria, no vincula al funcionario pero es de vital importancia para poder conocer si el delito admite o no la conminación, la caución o la detención preventiva. Este auto es interlo-

cutorio y admite los recursos de reposición y de apelación.

Sin auto de funcionario competente que ordene esa medida no se podrá cumplir la detención preventiva de ninguna persona (C. de P.P., art. 441).

C. EXCARCELACION.

En la legislación pasada el principio general era el de no conceder la excarcelación, por norma general, a no ser que su situación o conducta quedara incluida entre las que expresan y taxativamente contemplaba el artículo 453 del C. de P.P. modificado y adicionado por la ley 17 de 1975. Si su conducta no aparecía entre las contempladas en esa lista debía permanecer detenido sin derecho a la libertad provisional. Al entrar en vigencia la ley segunda de 1984 se invirtieron los papeles. La norma general era la libertad provisional que se debía conceder a toda persona contra quien se dictara auto de detención. No se le concedería a quien aparecía sindicado por hecho que figuraba entre la lista de delitos que expresamente contemplaba el artículo 38 de la misma ley, o en las circunstancias previstas en su inciso segundo, referida a la captura de las personas sindicadas de la comisión de un delito para efecto de la indagatoria, pero expresamente aplicable a la libertad provisional. Por disposición del artículo 44 de la citada ley que modificó el artículo 453 del C. de P.P.

Este aparentemente sencillo cambio en la filosofía de la libertad pro-

visional o excarcelación exige una nueva mentalidad de los funcionarios encargados de aplicarla. Porque la excarcelación no puede convertirse en un estímulo para la impunidad, como se puede pensar inicialmente y como ha venido sucediendo en Colombia, debido a que la persona excarcelada no sólo continúa cometiendo nuevos delitos por falta de control y vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que adquirió, sino que sus procesos duermen el sueño de los justos hasta terminar en los archivos definitivos por prescripción, dejando así muchas conductas o delitos sin sancionar, aumentando notoriamente la impunidad y convirtiéndose en un elemento criminogénico al estimular el aumento delincencial por el convencimiento de que los delitos no son sancionados. Pues bien: ese cambio de mentalidad debe consistir en que los funcionarios de instrucción que van a aplicar medidas de aseguramiento deben ser conscientes de que con ellas no se termina o disminuye la obligación de continuar adelante, con celo y dedicación, los procesos correspondientes. Deben continuarse las investigaciones con igual, e inclusive con mayor celo y dedicación, tanto en los procesos en que no existe persona privada de la libertad, o para utilizar un término vulgar pero permanentemente utilizado en los medios judiciales, no hay preso como en aquellos donde sí los hay. Se necesita un serio y definitivo control sobre las personas que están gozando de estos beneficios para que sienta que realmente se encuentran comprendidos en una investigación penal por la comisión de un delito. Y en este control permanentemente sobre la conducta del favorecido con la conminación o caución corresponde no sólo al funcionario de instrucción sino también al juez competente y especialmente

a los agentes del ministerio público, tal como se desprende del artículo 108 del C. de P.P. que fué modificado por el artículo 49 de la ley 2a. de 1984 y que textualmente reza: "Vigilancia de los condenados y librados condicionados yprovisionalmente. Los respectivos agentes del ministerio público vigilarán el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas a los beneficiados con la condena condicional, la libertad condicional y la libertad provisional y pedirán la revocatoria o cancelación de estos subrogados en caso de incumplimiento.

"Los fiscales de tribunales de distritos judiciales de juzgados superiores y de circuito deben mensualmente realizar visitas a los respectivos despachos judiciales para verificar si en los procesos en que actúan como ministerio público, las personas excarceladas o conminadas han cumplido con las obligaciones impuestas y en caso de que hayan existido cualquier incumplimiento solicitaran al funcionario tomen las medidas a que se refieren el parágrafo del artículo 490.

"En caso que los representantes del ministerio público no ejerzan estrictamente esta función, el juez correspondiente informará a la Procuraduría General de la Nación para que con base en el solo informe se imponga sanción de multa equivalente a cinco (5) días de sueldo.

"En los lugares en que actúen los personeros de los procesos penales estos empleados cumplirán con la función prevista en este artículo y estarán sometidos a la misma sanción".

De las anteriores consideraciones podemos concluir que la actual orientación del legislador se inclinan a la amplitud y liberalidad, pero para evitar los efectos negativos de esta posición se debe ser muy exigente en el cumplimiento de las condiciones que se imponen a los liberados y en la necesidad de que el favorecido cumpla no sólo con los requisitos subjetivos que la norma exige para concederlo, sino con las obligaciones que adquiere al momento de ser favorecido.

En ese momento, cuando se hace más necesario que debe existir entre el interés colectivo de la sociedad de sancionar a quienes delinquen, y el interés individual del sindicado de no verse limitado o restringido en su libertad sin haber sido condenado.

No hay claridad en relación con el sentido en que el decreto quiere darle a los términos de detención preventiva, excarcelación y libertad provisional, pues en caso de la detención preventiva se entendía que la persona a quien se exigía caución había recibido el beneficio de la libertad provisional, previo un auto que ordenaba su detención preventiva. Ahora el artículo 453 del C. de P.P. que al parecer quedó vigente, pues no hay ninguna derogatoria expresa y a él se refieren los artículos 15 y 16 del decreto, habla de la libertad provisional o excarcelación caucionada, concepto este último que no corresponde a la caución que menciona el decreto. Parece ser que la excarcelación sigue rigiéndose por las estipulaciones del artículo 453, en aquellos aspectos que no se contradicen con las normas del decreto, por lo tanto, cuando se dicte un auto que resuelve la situación jurídica or-

denando la medida de aseguramiento denominada detención preventiva, la persona podrá ser excarcelada si se dan algunas de las circunstancias que contempla el artículo 453, previa caución.

1. Cauciones. Ya vimos que la excarcelación también se ha llamado libertad caucionada por cuanto la persona goza de libertad física si garantiza, mediante una caución, no sólo su comparencia al proceso, el cumplimiento de la pena en caso que fuere condenada, sino el de las demás condiciones u obligaciones que le imponga el Juez. También la caución se puede exigir como medida de aseguramiento.

En la legislación anterior la caución mediante la cual se garantizaban esas obligaciones podía ser de cinco formas distintas: hipotecaria, prendaria, fianza, póliza de compañía de seguros y juratoria. Hoy, de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 1853 de 1985, las cauciones son dos: juratoria y prendaria.

a) Caución Prendaria: Igualmente en la ley 2a de 1984, consiste en el depósito de una suma de dinero a nombre del juzgado o despacho que concede la libertad en cuenta corriente que debe tener en el Banco Popular; donde no funcione este, se hará en la agencia de la Caja agraria y, en defecto de esta, en la Tesorería de Renta del respectivo Municipio. Esa suma de dinero garantiza el cumplimiento de las obligaciones que adquiere el procesado en un acta que se levanta antes de entrar a disfrutar de la libertad, en la que se deja constancia expresa y precisa de las diferentes obligaciones que se le imponen. El acta de la

diligencia debe ser firmada, no sólo por los funcionarios, sino por el procesado, en señal de aprobación y conocimiento de las obligaciones obtenidas.

Monto de la Caucción Prendaria. En el auto en que se ordena la libertad se debe indicar claramente cual es el monto de la caucción exigida. El juez, al fijar el monto, se debe tener en cuenta factores tales como la personalidad del procesado, que permita suponer la posibilidad de que huya o eluda su comparencia al proceso, la gravedad del hecho que se está juzgando, las implicaciones y consecuencias del mismo y la situación económica de quien debe prestarla. Y aunque en la legislación pasada el juez podía fijar la cuantía de la caucción sin ningún límite mínimo o máximo, el artículo 46 de la ley 2a de 1984, estableció: "La caucción prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos (2) a cien (100) meses de salario mínimo establecido para el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible. "Recuérdese, al respecto, que el salario mínimo legal está unificado para todo el país. Se pretendió así acabar con la burla que se daba cuando las cauciones que se imponían era del cincuenta, cien y doscientos pesos. Hoy ya deben tener incidencias económicas en el sindicado, a fin de que realmente se sienta vinculado a un proceso y comprenda la necesidad de cumplir las obligaciones que adquiere. Se les imprime así más seriedad a los compromisos adquiridos.

El inciso dos del artículo 12 del Decreto 1853 de 1985 dispuso: "La cuantía oscilará entre un mil pesos (\$1.000,00) y el equivalente a

El Decreto dispuso en su artículo 21 que tanto las cauciones como las multas que deben hacerse efectivas en el proceso penal deberían consignarse a órdenes del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, en las oficinas de la Caja agraria del correspondiente Municipio dentro de los tres días siguientes a la providencia que así lo ordene. El perjudicado con el delito es despojado continuamente de los pocos beneficios que tiene dentro del proceso penal. Es así como ahora el dinero de las cauciones no se deposita para atender a los perjuicios, como debe ser, sino que pasa directamente al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia. Habría sido mejor dejar en primer lugar como beneficiario al perjudicado con el delito, y en segundo lugar al Fondo Rotatorio, en reemplazo del Tesoro Nacional, que figuraba en el artículo 461 del Código de Procedimiento Penal.

54520

En los casos de embargo y secuestro preventivo de los bienes del procesado, si se exige una medida de aseguramiento de detención preventiva, se puede dar aplicación al artículo 138 del C. de P.P., que autoriza ordenar en el mismo auto el embargo y secuestro preventivo de dichos bienes. Pero si la medida de aseguramiento es de conminación o de caución, se debe dar aplicación al artículo 139 que se refiere al embargo y secuestro en los delitos que no exige detención preventiva y en los cuales basta que se dé el indicio grave o el testimonio digno de crédito sobre la responsabilidad penal del procesado, prueba mínima que es la misma que se exige en el decreto 1853 de 1985 para dictar esas medidas de aseguramiento.

El artículo 22 del Decreto ordena que el valor de las cauciones y mul-

tas se dediquen a la construcción, mantenimiento y dotación de los despachos judiciales y a programas de bienestar social de los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional.

c) **Caución Juratoria.** Como es posible que muchos sindicatos carezcan de los medios económicos para atender a la caución prendaria fijada, la norma ha dado la oportunidad para que se les convierta en juratoria. Esta caución, como su nombre lo indica, consiste en el compromiso que el sindicato adquiere, bajo la gravedad del juramento, de cumplir con las obligaciones y condiciones que se le imponen (decreto 1853 de 1985, artículo 11). De este compromiso se levanta un acta, que firma el sindicato, en señal de aceptación de las obligaciones y condiciones impuestas. Esta caución sólo puede concederse "Cuando a juicio del Juez el procesado no tenga recursos económicos para constituir caución prendaria". La norma anterior (inciso 2 del artículo 46 de la ley 2a. de 1984), que decía que la caución juratoria "se concederá exclusivamente a quienes comprueben plenamente" fué derogada.

Esta aparente facilidad de la caución juratoria se compensa con las consecuencias que sufre quien incumple las obligaciones que adquirió bajo juramento. Y aunque puede pensarse que el arresto de uno a treinta días que se menciona en la norma sólo se aplica a quien ha firmado una conminación.

El inciso siguiente aclara la situación cuando establece: "La misma sanción se aplicará a cualquier persona que incumpla requerimiento de

presentación por parte de autoridades".

Por lo tanto, a quienes incumplan las obligaciones adquiridas con una caución juratoria, se les podrá imponer arresto de uno a treinta días incommutables, es decir, no puede conmutarse por multa.

El procesado que incumpla las obligaciones adquiridas bajo caución prendaria puede ser detenido nuevamente, pues su incumplimiento dará motivo para la revocatoria de la libertad y el pago de la caución. No tendrá derecho a que se le conceda nuevamente, a no ser que se trate de las causales 4a (pena cumplida), 5a (sobreseimiento definitivo-163 del C. de P.P.) y 7a. (vencimiento de ciento veinte días para calificar el proceso o ciento ochenta según el caso). Ordenada la revocatoria de la libertad se podrá librar orden de captura para hacer efectiva la privación de la libertad.

Cuando se trata de delitos que tienen como sanción pena no privativa de la libertad o pena de arresto, la medida de aseguramiento que se toma es la de conminación.

La conminación, como la definía el artículo 46 de la ley 2a de 1984, y ahora la define el artículo 9 del decreto 1853 de 1985, que sustituyó el artículo 459 del C. de P.P., consiste en el compromiso por el cual el sindicado se somete a cumplir las obligaciones que le impongan el juez al resolver la situación jurídica y sólo procede para delitos sancionados con arresto o pena no privativa de la libertad.

doscientas (200) veces el salario mínimo mensual establecido por la autoridad competente para el lugar donde haya ocurrido el delito." Modificando así el mínimo y el máximo de las cauciones.

Esta es la más utilizada, pues basta depositar, mediante orden expedida por el Juzgado, una suma determinada. Los depósitos se hacen preferentemente en el Banco Popular, en donde cada Juzgado tiene su cuenta corriente. En caso de que en el lugar no exista sucursal o agencia del Banco Popular, se puede depositar en la caja Agraria. A falta de estos, en la Tesorería Municipal. Los bancos, al recibir el dinero, expiden un título mediante el cual certifican el depósito hecho a nombre del juzgado. Entregan original y copia del título. El original se entrega en el juzgado y con base en él se practica la diligencia. El funcionario debe conservarlo, pues cuando disponga la cancelación de la caución debe remitir ese título junto con los oficios en los cuales ordena la entrega al mismo banco que lo expidió.

El duplicado se entrega al interesado y con él acredita haber depositado el dinero.

b) **Destino de las cauciones.** El Decreto derogó expresamente el artículo 461 del C. de P.P. que disponía que cuando se incumplía las obligaciones, las cauciones y agarantías pasaran a un depósito para abonar al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción; si no pasarían al Tesoro Nacional.

Las obligaciones que adquiere el conminado son las mismas que se imponen al caucionado. Las consecuencias de su incumplimiento es una sanción de arresto inmutable de uno a treinta días.

2. Obligaciones de los conminados y caucionados. Las personas a quienes se les ha otorgado la excarcelación, o que disfrutaban de la medida de aseguramiento de la caución, y que han podido disfrutar de ese beneficio gracias a la caución juratoria o prendaria que han prestado, adquieren un mínimo de obligaciones con el despacho que les concede el beneficio. Bien se sabe que el hecho de disfrutar de la libertad no modifica en nada el compromiso del procesado con la justicia, y tampoco la obligación de los funcionarios de continuar con el proceso hasta agotarlo totalmente. Por eso, porque el proceso sigue su curso normal, es necesario que el sindicado se haga presente para el cumplimiento de determinadas diligencias. De allí que las obligaciones impuestas puedan ser:

a) Presentación periódica ante el funcionario de investigación o el Juez competente, o ante las autoridades que estos señalen para el control y vigilancia del procesado. Si la persona trabaja o reside en lugar diferente al del funcionario que concedió el beneficio, se puede solicitar la colaboración de otro funcionario para que el sindicado cumpla sus presentaciones ante él. Basta solicitarlo por un exhorto. El funcionario debe fijar los días de presentación teniendo en cuenta las facilidades que el sindicado pueda tener para trasladarse al despacho (si es muy retirado, las presentaciones no deben ser muy frecuentes), las actividades que cumple (si estudia o trabaja debe escogerse días y ho-

ras en que no se perjudique en sus actividades normales), y adecuar el procedimiento que permita el control de esas presentaciones.

Se han acostumbrado unas libretas en donde se deja constancia, con la firma y sello del funcionario, de los días y las horas de presentación. Ahora esos controles deben ser más exigentes. El parágrafo del artículo de la ley 2a de 1984 establece al respecto: "Los secretarios de los despachos judiciales están en la obligación de rendir informe mensual al respectivo funcionario de las personas que hayan incumplido la obligación impuesta (la de presentación) y en caso de no hacerlo deberán ser suspendidos del cargo por el término de quince días. Quien esté presentándose periódicamente al juzgado, podrá solicitar certificación del cumplimiento de sus presentaciones y el secretario está en la obligación de expedirlo".

Si el liberado no se presenta periódicamente, como se le impuso en el momento de la diligencia, se revoca la libertad, se le obliga a pagar la caución y se ordena su captura. Pero si justifica su inasistencia por una enfermedad, fuerza mayor o calamidad doméstica que le haya impedido su presentación, se revocará el auto mediante el cual se ordenó el pago de la caución y se vuelve a poner en libertad mediante ratificación de la garantía. Pero esas circunstancias no basta alegarlas, hay que probarlas suficiente y convincentemente.

b) Observar buena conducta individual, familiar y social. Se pretende que la persona que tiene en vigencia un auto de detención, pero está gozando de excarcelación o de medida de aseguramiento de la caución,

mantenga una excelente conducta o comportamiento. Esa buena conducta no sólo debe ser desde el punto de vista individual (absteniéndose de protagonizar escándalo, riñas, embriaguez, etc), sino familiar (evitando escándalos o incidentes familiares, cumpliendo sus obligaciones alimentarias y morales con su cónyuge o compañera y con sus hijos, etc.) y social (evitando los comportamientos dañinos, las contravenciones o delitos, como tráfico o venta de estupefaciente, contrabando, etc.).

c) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o síquica. Muy importante que el favorecido con la libertad sea informado expresamente acerca de abstenerse de consumir esa clase de bebidas o sustancia, especialmente cuando el delito que originó el proceso pudo ocurrir por o con la contribución del alcohol u otra clase de sustancia. Creemos que esa obligación debe recalcarse y anotarse específicamente en el acta que se le hace firmar, porque es una forma de evitar que el alcohol y demás sustancias que crean dependencia sigan motivando delitos. Deduciéndose de lo anterior que si un liberado se embriaga con frecuencia utiliza marihuana periódicamente, consume o vende bazuco, cocaína, etc., se le puede revocar la libertad, pues está incumpliendo una de las obligaciones que se le impusieron.

d) Abstenerse de portar armas. Especialmente cuando se trata de delitos que atentan contra la integridad personal, se debe insistir sobre esta condición u obligación. Es muy común que en nuestro medio el porte indebido de armas, no sólo de fuego, sino cortantes y punzantes. Se debe hacer constar esta prohibición expresa en el acta correspon-

diente.

e) No ejercer oficio, profesión y ocupación ilícitos. La persona que está disfrutando del beneficio que tiene que evitar el dedicarse a actividades ilícitas. Hay muchas actividades que son propias para la comisión de los delitos. Se pretende con esa condición evitar que el sujeto vuelva a ella, si pudieron tener influencia en el delito, o que se deje arrastrar por quienes pretenden utilizarlo para dichas actividades.

f) Informar todo cambio de habitación. El más importante medio de control y vigilancia de las personas liberadas es conocer su lugar o habitación. Allí debe recibir citaciones y requerimientos para cumplir con las diligencias procesales. Por eso, en el momento de firmar la diligencia, el sindicato debe indicar en forma clara y concisa cuál es su lugar de trabajo, cuál su lugar de residencia donde se le pueda localizar para los asuntos procesales. Si el liberado dá direcciones falsas, cambia de habitación y no informa al despacho, viola o desconoce esta obligación.

Es de esperar que los funcionarios que van a aplicar este nuevo concepto tan amplio de libertad, exijan a los beneficiados el cumplimiento de sus obligaciones y al redactar las actas en que se les imponen se hagan anotaciones expresas y se informe detenidamente al favorecido de todas y cada una de las obligaciones que adquiere.

Cuando el numeral tres del párrafo del artículo 47 de la ley 2a de

1984 establece: "La misma sanción (arresto de uno a treinta días in-
conmutables) se aplicará a cualquier persona que incumpla requerimien-
to de presentación por parte de las autoridades", se estará refirien-
do sólo a los favorecidos con la excarcelación con caución juratoria
o conminación dentro del proceso penal, o estará estableciendo una
norma general para sancionar a todas las personas que no cumplan los
requerimientos legales y debidamente hechos por la autoridad. La re-
dacción da a entender que es una norma general, no sólo para el pro-
ceso penal, sino para todos los casos en que no se atiende a los re-
querimientos debidamente hechos con las autoridades. Por lo tanto,
opinamos que puede aplicarse en los procedimientos civiles, laboral,
contencioso administrativo, así como en el penal.

CAPITULO III

A. DECRETO NUMERO 0050 de 1987

El Presidente de la república, doctor Virgilio Barco Vargas, con fundamento en el artículo primero de la ley 52 de 1984 expidió el decreto 0050, nuevo Código de Procedimiento Penal, cuyos apartes que hacen referencia a las materias que hemos venido comentando en este estudio, serán motivo de breve comparación entre el ordenamiento derogado y las nuevas normas que cobijan estas situaciones.

En primer término es de notar, que desaparece la figura de cuasiflagrancia, la cual se subsume en el artículo 393 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que nos dice que se entiende que hay flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un 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.

Es de recordar que en el Código de Procedimiento Penal derogado se definía la flagrancia en su artículo 301 separadamente. Se consideraba

en el mismo artículo que la cuasiflagrancia se presentaba cuando la persona era sorprendida "con objetos, instrumentos o huellas...", quedando en la actualidad esta situación como flagrancia.

El artículo 394 del decreto 0050 de 1987 ordena la captura de la persona que sea sorprendida en las situaciones descritas en el artículo 393, es decir, cuando la persona sea capturada al momento de cometer el hecho delictivo o con instrumentos, objetos o huellas de los cuales aparezca fundamentalmente que momentos antes ha cometido un hecho punible.

1. **Captura.** De conformidad con el estudio que he venido realizando, puedo decir que en cuanto a la captura nuestro ordenamiento jurídico de Procedimiento Penal introdujo reformas sustanciales a esta figura y es así como encontramos, además de lo ordenado en el artículo 394 la orden de capturar al empleado oficial que sea sorprendido en situación de flagrancia. El empleado oficial en esta situación deberá ser conducido de inmediato ante el juez con el fin de que se le reciba inmediatamente la indagatoria; pero si esto no fuere posible, se le citará para recibirla en fecha posterior.

Después de la diligencia será puesto inmediatamente en libertad y, como lo ordena el artículo 395, se tomarán las medidas necesarias con el fin de que el sindicato no pueda evadir la acción de la justicia. Es por todos sabido que en la mayoría de los casos de conductas dudosas de los funcionarios públicos, en el manejo de las entidades del

estado, al incurrir en conductas delictuosas la ley establecía un procedimiento supremamente largo y aunque el juez instructor lo solicitara, la destitución del funcionario, para efectos de su detención, debía esperar meses y se hacía nulatoria la acción de la justicia, pues la ley establece cortapisas al juzgador para hacer efectivas las leyes sustantivas.

Esta misma situación se encuentra descrita en el artículo 396, pero ya dirigidas hacia la inmunidad que tienen los integrantes de nuestro congreso, senadores y representantes, los cuales deben ser juzgados de conformidad al fuero especial que los ampara y, al menos cuando sea sorprendido en flagrancia, y se produzca su aprehensión, deberá ser enviado inmediatamente al juez instructor o de la causa, quien, previa calificación provisional y sumaria que deberá hacer de la flagrancia dentro de las veinte y cuatro horas siguientes a la captura, lo pondrá a disposición de la Cámara respectiva para que ella decida sobre el levantamiento de la inmunidad. En caso contrario, es decir, cuando no se demuestre la flagrancia el Juez actuará en la forma que se establece en los casos no flagrantes.

Las prerrogativas concedidas a los empleados oficiales en los artículos antes comentados, no se tendrán en cuenta a juicio del juez cuando la aprehensión del empleado no afecte la buena marcha de la administración pública. En este caso, pues, serán tratados como particulares.

Es muy cierto que no es lo mismo detener a un juez de la República,

cuya privación de libertad automática puede ocasionar graves traumas en el funcionamiento de su despacho, que detener a un miembro de la Junta Directiva que ocasionalmente debe asistir a las reuniones de dicha junta, y cuya presencia no es absolutamente necesaria. En líneas generales, los fenómenos que estamos tratando se presentan en el nuevo Código de Procedimiento Penal, se presentan de manera similar a como aparecían en el decreto 1853 de 1985, que la Corte ha considerado inexecutable por haberse dictado de manera aislada, es decir, no dentro de un todo orgánico que era el Código Procesal.

2. Captura Facultativa. En el decreto 0050 de 1987, nuevo Código de Procedimiento Penal, se establece que cuando la conducta que se investiga en un proceso tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años, podrá el juez librar orden escrita de captura contra el imputado para efectos de la indagatoria; tal y como se prevee en este estatuto, se deja a opción del funcionario el que ordene la captura del sindicado. De la misma manera se procederá cuando en contra de la persona que debe ser indagada se haya proferido en otro proceso medida de aseguramiento de caución o detención.

3. Citación para indagatoria. En comparación con el estatuto anterior, el nuevo Código de Procedimiento Penal siguió, en líneas generales los principios que habían sido consignados en el decreto 1853 de 1985, que no eran otros que la cantidad de años que se tenía que llevar en cuenta para citar u ordenar la captura de una persona que según el artículo 376 de ese mismo estatuto, debería oírse en indagatoria.

En el artículo 400 del decreto 0050 de 1987, se establecen los casos y situaciones en virtud de los cuales el imputado será citado para indagatoria, así:

- a) Cuando el delito por el que se procede tenga señalada pena de prisión y cuyo mínimo sea o exceda de dos años y el juez considere que no es necesaria la orden de captura.
- b) Cuando el hecho punible por el que se procede tenga pena no privativa de la libertad, pena de arresto, o pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos años.
- c) Cuando la prueba indique que el imputado actuó en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal.
- d) Cuando el hecho punible investigado se atribuya a un empleado oficial.

Es de aclarar, que la citación a que hacen referencia los artículos anteriores debe ser comunicada al sindicato en forma personal y si en cualquiera de los casos anteriormente enumerados, previa comunicación escrita, no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de dicha diligencia. En los casos de los literales b, c y d del artículo 400 que venimos comentando, recibida la indagatoria el sindicato será puesto inmediatamente en libertad por medio de auto de sustanciación.

Las facultades del cuerpo técnico de la Policía Judicial solamente quedan circunscritas a los casos de hechos punibles en estado de flagrancia. De igual manera procederán cuando se trate de capturar a personas cuya captura ha sido públicamente requerida por autoridad competente, de conformidad con los artículos 401 y 402 del Nuevo Estatuto de Procedimiento Penal.

A toda persona que haya sido capturada, la ley en su artículo 403 del decreto 0050 de 1987, le otorga el derecho de saber en forma inmediata lo siguiente:

- a) Sobre los motivos de la captura, el funcionario que la ha impartido.
- b) El derecho a entrevistarse con un abogado.
- c) El derecho a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión. quien esté responsabilizado de la captura, inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que se indique.
- d) El derecho que tiene, cuando se trate de indagación preliminar, de rendir ante el juez instructor versión espontánea sobre los hechos que se le imputan, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación hecha.

De la versión se dejará constancia escrita y sólo podrá rendirse en

presencia de su apoderado, garantizando los derechos individuales del sindicato conforme la Constitución Nacional.

La orden escrita de captura que se envíe a las autoridades de policía judicial, deberá contener los datos precisos y necesarios para la identificación o individualización del imputado y el motivo de su captura. La persona que haya sido capturada mediante orden escrita será puesta inmediata y directamente a disposición del funcionario que ordenó la aprehensión. Si no se hiciere de esta forma por las circunstancias que impidan cumplir el mandato legal, el sindicato se pondrá a disposición del funcionario en la cárcel del lugar u el director o alcaide le informará de ello por escrito, en la primera hora hábil siguiente.

Las órdenes de captura que se expidan con los fines anteriormente dichos, deberán ser canceladas inmediatamente cesen los motivos que dieron lugar a ella, so pena de incurrir el funcionario en causal de mala conducta, sancionable con suspensión hasta por treinta días, sanción que será impuesta por el respectivo superior, previo al trámite establecido en el artículo 418 de este mismo estatuto de procedimiento Penal.

Todas las situaciones que aquí se han comentado están encaminadas a corregir y hacer funcionar la rama más importante del desarrollo de la vida en comunidad, y es por eso, que se han reducido los términos que antes no permitían una investigación pronta y eficaz, la aplicación de medidas tendientes a prevenir la comisión de delitos, situa-

ciones estas que se concretizan con el aumento de penas y la inclusión de tipos penales dentro de los que ameritan la detención preventiva.

4. Medidas de Aseguramiento. Todas las medidas preventivas que estaban contenidas en el anterior estatuto de Procedimiento Penal, a partir de la ley 2a de 1984 tomaron el nombre de medidas de aseguramiento. Es así como en el artículo 414 del decreto 0050 de 1987, dice que son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución y la detención preventiva.

La conminación consiste en el compromiso que adquiere el procesado de cumplir con las obligaciones que le imponga el juez al resolver su situación jurídica.

Esta especie de medida de aseguramiento sólo procede cuando se trate de delitos que se encuentran sancionados con pena de arresto o que no tengan pena privativa de la libertad.

Las personas a quienes se les investigue en un proceso y al resolver su situación jurídica sea llamado por el juez a suscribir la diligencia de conminación y se negare a hacerlo, será sancionada con arresto inmutable hasta por treinta días. El arresto a que se refiere el artículo 417, cesará cuando el procesado suscriba la diligencia.

De igual manera procederá el juzgador, cuando el sindicado que ha suscrito diligencia de conminación, injustificadamente incumpla las obligaciones impuestas según el acta.

Las sanciones antes mencionadas podrán imponerse sucesivamente por nuevos incumplimientos del procesado.

En cuanto a la otra especie de medida de aseguramiento, es la caución, que en líneas generales, fué introducida en el decreto 0050 de 1987 en sus dos formas: la caución juratoria y la prendaria.

Como lo explicamos en los primeros capítulos anteriores, consiste en el depósito de dinero, en cuantía de cinco mil pesos y puede llegar hasta los cien salarios mínimos mensuales legales, llevando en cuenta al fijar dicha caución las condiciones económicas del procesado y la gravedad del hecho. La caución juratoria es aquella que consta en un acta en virtud de la cual, el procesado, bajo la gravedad del juramento, promete cumplir las obligaciones que se le hayan impuesto. Para que sea procedente la caución juratoria, el procesado deberá demostrar que carece de los mínimos recursos económicos que le permitan constituir caución prendaria.

El contenido de las actas que se suscriban, de conformidad con lo dicho en el artículo 419, en armonía con el 443 del mismo estatuto de Procedimiento Penal, deberá ser explícita en cuanto a las obligaciones que el procesado deba cumplir y con la advertencia expresa de las consecuencias legales que acarrearán su incumplimiento.

La detención preventiva, como ya sabemos y hemos explicado en los capítulos anteriores, consiste en la reclusión del sindicado en un establecimiento carcelario, siempre y cuando se trate de la investiga-

ción de los delitos que se estipulan en el artículo 421 del decreto 0050 de 1987 y que son los siguientes:

a) Cuando el delito que se imputa al procesado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.

b) En los procesos por los siguientes delitos:

Cohecho Propio (artículo 141).

Cohecho Impropio (artículo 142).

Enriquecimiento Ilícito (artículo 148); prevaricato por acción (artículo 149); receptación (artículo 177); fuga de presos (artículo 178); favorecimiento de la fuga (artículo 179); fraude procesal (artículo 182); incendio (artículo 189); provocación de inundación o derrumbe (artículo 191); siniestro o daño de nave (artículo 193); pánico (artículo 194); tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 197); fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones (artículo 201); falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207); tráfico de moneda falsificada (artículo 208); emisiones ilegales (artículo 209); acaparamiento (artículo 229); especulación (artículo 230); pánico económico (artículo 232); ilícita explotación comercial (artículo 233) privación ilegal de la libertad (artículo 272); constreñimiento para delinquir (artículo 277); fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 278); tortura (artículo 279); acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303); lesiones personales con deformidad (artículo 333); lesiones personales con perturbación personal (artículo

lo 334); lesiones personales con perturbación psíquica (artículo 335); hurto agravado (artículo 251); y los contemplados en el decreto 2920 de 1982.

c) Cuando el procesado tuviere auto de detención o caución vigente, por delito doloso o preterintencional en otro proceso, aunque el delito por el cual se procesa tenga pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a dos (2) años o pena de arresto.

d) Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

e) Cuando el procesado, injustificadamente, no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

Toda detención preventiva que se decrete en un proceso debe ser legalizada, como ya vimos en el estudio del estatuto derogado, no importa que el sindicado se encuentre detenido por cuenta del mismo despacho. Esta legislación en el actual ordenamiento jurídico de Procedimiento Penal, consiste en el envío, por parte del juez del conocimiento, de la orden de detención, y si no lo hiciera el juez, el director de la cárcel la reclamará con posterioridad a los ocho (8) días siguientes

al inicio de la detención preventiva. Este término se duplicará cuando hubiere más de cinco (5) personas cobijadas por la medida.

Si pasaren doce (12) horas después de hecha la solicitud por parte del director y no llegare la orden, se pondrán en libertad al encarcelado bajo la responsabilidad del funcionario renuente.

En cuanto a los lugares determinados por la ley como establecimientos para cumplir la detención preventiva, el nuevo ordenamiento de Procedimiento Penal establece que serán: la respectiva cárcel del circuito o distrito y, en su defecto, la cárcel municipal correspondiente. Estos establecimientos arriba mencionados serán dedicados a la reclusión en general, conforme lo dice el artículo 424 del decreto 0050 de 1987, mientras que para determinados empleados oficiales se establece que serán deternidos en establecimientos distintos a los carcelarios. Y menciona, entre otros, a los empleados de la rama jurisdiccional, ministerio público y cuerpo técnico de policía judicial. Lo mismo se dispondrá, cuando el juez lo crea necesario para con los exfuncionarios de los organismos antes mencionados.

Para los miembros de los cuerpos armados, se establece que la privación de la libertad se cumpla en el cuartel de la unidad a que pertenezca y, a falta de esta, en el respectivo comando, donde se adelante la investigación.

Los clérigos y religiosos a quienes hace referencia el artículo 20 de

la ley 20 de 1974, deberán cumplir la medida de privación de la libertad en sus respectivas casas parroquiales, en casa o convento de comunidades religiosas.

Cuando el sindicado sea menor de dieciocho años (18) y mayor de diez y seis (16) años de edad, cumplirán la detención preventiva en pabellones o establecimientos especiales.

5. Libertad del Procesado. Con la vigencia de la ley 2a de 1984 se introdujo en nuestra legislación de procedimiento penal las causales en virtud de las cuales el procesado obtiene la libertad, garantizada mediante cauciones prendaria o juratoria, causales estas que fueron llevadas al decreto 0050 de 1987, con el solo fin de evacuar los establecimientos carcelarios que se encontraban congestionados en razón del incremento durante los últimos diez (10) años de las actividades delictivas.

En la actualidad se concederá la libertad provisional al sindicado en los siguientes casos:

a) cuando en cualquier estado del proceso esten 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 provisionalmente necesita tratamiento penitenciario.

b) Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesa-

do 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 debiera dársele.

Se considerará que ha cumplido la pena, en el que lleve la detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que reúna los demás requisitos para otorgarla.

La rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción.

La libertad provisional a que se refiere este numeral, será concedida por la autoridad que esté conociendo el proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

c) Cuando se dicte en primera instancia la cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

d) cuando vencido el término de ciento veinte (120) días de privación efectiva de libertad, no se hubiere calificado el mérito del sumario. Este término se aplicará 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 revocará la libertad provisional; salvo que proceda causal diferente.

e) Cuando haya transcurrido más de un (1) año a partir de la ejecutoria de la resolución acusatoria sin que se hubiere celebrado la res-

pectiva audiencia sin jurado.

No habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa, y cuando, habiéndose fijado fecha para la celebración de la misma no se hubiere podido realizar por causa atribuída al procesado o a su defensor.

f) Cuando la infracción se hubiere realizado en exceso de las causas de justificación.

g) En los delitos contra el patrimonio económico, cuando el procesado, antes de dictar sentencia, restituya el objeto material del delito o su valor e indemnicé los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

h) En las eventualidades del inciso 1o. del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación de los daños o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia.

i) Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere declarado contra evidente por el juez superior dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

j) Cuando al calificar al mérito del sumario se decrete la reapertu-

ra de la investigación.

Las anteriores causales son taxativas, esto es que única y exclusivamente con fundamento en ellas el juzgador podrá otorgar la libertad provisional.

Además del procedimiento ordinario se presenta una nueva figura en el Procedimiento Penal Colombiano, establecido en el artículo 474 del decreto 0050 de 1987, y que consiste en un procedimiento abreviado y que se aplicará a las personas que sean capturadas en flagrancia, o cuando exista, por parte del sindicado, la confesión simple. La finalidad de este procedimiento abreviado no es otro que la de aplicar una pronta y efectiva justicia, pues los términos se reducen al mínimo, esto es: la indagatoria se recibirá de conformidad a este mismo estatuto; oído en la indagatoria, el Juez determinará si se trata de flagrancia o de una confesión simple, en cuyo caso emitirá un auto interlocutorio en que así lo declara. Ejecutoriada esta providencia, el Juez procederá a definir la situación jurídica y en el mismo auto que la resuelva, ordenará las pruebas que deban practicarse en audiencia pública.

Ejecutoriado el auto a que se hace referencia en el párrafo anterior, se fijará la fecha para la audiencia pública, la que se realizará dentro de los ocho (8) días siguientes, y la sentencia se dictará terminadas las intervenciones de las partes, según el artículo 500, pero los términos allí establecidos se reducirán hasta la mitad. El sindicado en este procedimiento abreviado, tendrá derecho a la libertad provi-

Fernández de Madrid

sional, cuando transcurridos sesenta (60) días a partir de la definición de la situación jurídica, y no se haya dictado la sentencia, como se puede observar, se simplifica el procedimiento para obtener de esta manera una pronta y efectiva justicia y descongestionar los despachos judiciales que para estos tiempos reciben un promedio de cincuenta casos por reparto.

CONCLUSIONES

Haciendo un recuento desde el inicio de este estudio dirigido, llegamos a la primera conclusión que hace referencia a la libertad individual, porque todas las situaciones están dirigidas a privar de ella a quienes con su conducta hayan violado una o varias normas del derecho positivo penal. Pero, como se trata de comentar las reformas introducidas al Decreto 409 de 1971, si observamos, como lo dije en el contenido de este estudio, las reformas que se iniciaron con la ley 2a de 1984 dieron un vuelco a todo lo relacionado con esta institución. De esta manera se ha querido hacer que la justicia sea pronta y efectiva, creando el desconcierto en la comunidad, pues la nueva reforma introducida otorgó beneficios a las personas que se veía involucradas en los procesos en que la misma ley y que en forma taxativa ordenaba la libertad provisional o la detención preventiva si el juez encontrase mérito para éllo.

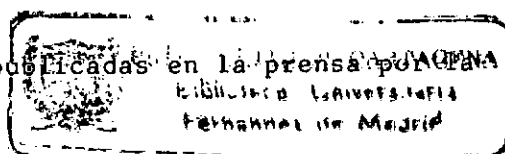
La variación se presenta en que el Código de Procedimiento Penal anterior (decreto 409 de 1971) ordenaba la detención preventiva indiscriminadamente, mientras que, a partir de la ley 2a de 1984, se dijo en qué delitos debía proceder la detención preventiva y en cuales no.

Los decretos posteriores a la ley 2a de 1984, tales como: el decreto 1853 de 1985, el decreto 056 de 1985 y la ley 55 de 1985, sólo fueron el complemento de la reforma, pues, con estas últimas normas se buscaba el descongestionamiento de los establecimientos carcelarios, colmados de detenidos que en la mayor de las veces, en la sentencia, salían absueltos y libres de responsabilidad después de un largo tiempo de detención preventiva, situación esta contraria al sentido de la justicia.

También se puede concluir, en términos generales, que nuestro legislador no ha intervenido directamente en la creación de los Códigos de Procedimiento, ya que, como lo pudimos observar, las leyes de Procedimiento han sido producto de las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo con el único fin de que expida y ponga en vigencia un código de procedimiento. De tal suerte que la discusión y preparación de las normas que integrarían dicho código de procedimiento queda a cargo de las comisiones creadas por el Presidente de la República, en uso de las facultades antes mencionadas.

De otro lado, se puede observar también que todas las normas contenidas en la ley 2a de 1984 y los decretos posteriores (1853 de 1985 y 056 de 1985), así como también una parte de la ley 55 de 1985, fueron incluidas como normas de carácter permanente en el nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 0050 de 1987), para así poner acorde con la actualidad los casos y las situaciones en que es procedente el beneficio de la libertad provisional o la detención preventiva.

Observando las estadísticas criminales publicadas en la prensa por



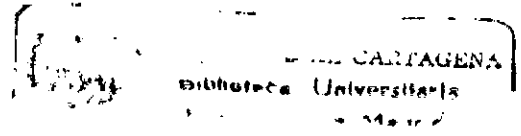
Policía Nacional, encontramos un aumento constante en la comisión de delitos contra la integridad y la vida de las personas y contra el patrimonio económico que nos lleva a pensar en la descomposición social que vive Colombia y cuyo remedio, no es precisamente, la expedición de un nuevo Código de Procedimiento Penal.

RECOMENDACIONES

Al terminar el estudio dirigido, con el fin de optar al título de Abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, y como persona que durante los cinco años que comprenden la parte lectiva de la carrera de "Derecho", he podido comprender nuestro ordenamiento jurídico y como en este estudio se trata de la rama penal del Derecho Colombiano.

Haciendo el trabajo dirigido en el procedimiento penal colombiano, a partir del Decreto 409 de 1971, se observa que el encargado o legislador facultado (Ejecutivo), ha tratado de corregir o de pacificar el país a través del procedimiento penal incluyendo o excluyendo del beneficio de libertad provisional, ciertas conductas, sin llevar en cuenta el hecho social, político, económico, etc., que impulsa a los colombianos a cometer delitos y conductas que alteren el orden público y la paz de la comunidad.

La otra cara de la moneda la presenta la corrupción existente y la falta de educación en la comunidad. Es así como se crea la impunidad, ya que los ciudadanos que presencian o que tienen conocimiento de la comisión o de la ejecución de las conductas o de actos de carácter cri-



minal no colaboran al esclarecimiento de los hechos se niegan a dar declaraciones o a denunciar a quienes son actores o partícipes en cualquier grado de estas conductas.

Para la corrección de estas anomalías creo que no es la forma correcta aumentando las penas de los delitos, quitándole el beneficio de libertad a ciertas conductas, sino que se trata de un problema de carácter social, político y económico, hay que buscar soluciones de la misma naturaleza y de esta manera eliminar de raíz delitos como los que se cometen contra el patrimonio económico, la vida y la integridad de las personas. La misma suerte correría la corrupción que se presenta en todos los niveles de la administración pública, ya que si hacemos ciudadanos honestos y conocedores de la ley, tendremos buenos funcionarios públicos por la razón lógica de que estos ciudadanos serán quienes ocupen en el futuro dignos cargos.

BIBLIOGRAFIA

BERNAL CUELLAR, Jaime. Comentarios a los nuevos procedimientos Penales. Editorial Universidad Externado de Colombia, 1984. p. 69 y siguientes.

SANGUINO MADARIAGA, Alirio. Comentarios a la Ley 2a. de 1984. Editora Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia - 1985. p. 68 y siguientes.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Cuarta Edición. Editorial Temis. Librería bogotá. Colombia 1985.