

T. - D
092

7

**" CAUSALES DE EXCARCELACION EN LA
LEGISLACION PENAL COLOMBIANA "**

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE:

DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESENTADA POR:

YOLANDA DEL CARMEN PATERNINA NEGRETE

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Rector: Dr. WULFRAN RIPOLL MERLANO

Secretario General: Dr. Humberto Benedetti Vargas

SCIB

Facultad de Derecho

101305

Decano: Dr. CARLOS VILLALBA BUSTILLO

Secretario: Dr. JORGE PALLARES BOSSA

Presidente Honorario: Dr. ANTONIO O. DE LAFONT HERRERA

Presidente de Tesis: Dr. CARLOS DIAZ GOMEZ

Examinadores: Dr. GUILLERMO GOMEZ LEON

Dr. ALFREDO BETTIN VERGARA

Dr. Antenor Barboza A.

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**

REGLAMENTO

" ART. 88 "

**" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS; TA-
LES OPINIONES SE CONSIDERAN PROPIAS DE
SU AUTOR ".**

DEDICATORIA

A mis padres:

Quienes con sus sabios consejos contribuyeron a la recta organización de mi vida; y con sus estímulos se constituyeron en impulsoras incansables en la consecución de mis ideales.

A mis hermanos y sobrinos.

A mi compañero y leal amigo

Jorge del Cristo Tirado Hernández

dezi

Quien en mis momentos difíciles siempre tuvo una palabra de consuelo, compartiendo conmigo alegrías y tristezas.

A mi amiga Ada Vergara

Garavito.

A todas aquellas personas que de una u otra forma contribuyeron a la culminación de mi carrera.

5

I N D I C E

C A P I T U L O I

DE LA EXCARCELACION, NOCIONES GENERALES

LA EXCARCELACION COMO REGLA GENERAL

LA EXCARCELACION COMO DERECHO

C A P I T U L O I I

LIBERTAD DEL PROCESADO.- CASOS DE LIBERTAD
PROVISIONAL

- I.- EN LAS INFRACCIONES SANCIONADAS CON
PENA DE ARRESTO.
- II.- EN DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD
- III.- POR PECULADO
- IV.- POR DELITOS CULPOSOS
- V.- POR SUBROGADOS PENALES
- VI.- POR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA EN
DETENCION PREVENTIVA
- VII.- SOBRESEIMIENTO, SENTENCIA ABSOLUTORIA Y
CESACION DE PROCEDIMIENTO.

- VIII.-. POR VEREDICTO ABSOLUTORIO
- IX.- POR VENCIMIENTO DE TERMINOS SIN CALIFICAR EL MERITO DEL SUMARIO.
- X.- POR LA EDAD

CAPITULO III

OTRAS EXCARCELACIONES.-

- I.- EN LA LIBERTAD CONDICIONAL
- II.- EN LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
- III.- POR PERDIDA DEL EXPEDIENTE PENAL
- IV.- MEDIANTE EL "HABEAS CORPUS"

CAPITULO IV

LA EXCARCELACION EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

- I.- EN JUICIOS ANTE EL SENADO
- II.- EN JUICIOS ANTE LOS JUECES DE MENORES
- III.- POR DELITO DE QUIEBRA
- IV.- POR DELITO DE CONTRABANDO
- V.- POR DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR

CAPITULO V

OPORTUNIDAD PARA LA EXCARCELACION

- I.- TRAMITE DE LA SOLICITUD DE EXCARCELACION
- II.- CAUCIONES PARA LA EXCARCELACION
- III.- PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION
- IV.- REVOCACION DE LA EXCARCELACION

INTRODUCCION



El fin por el cual abordé un tema tan interesante como es el de las "CAUSALES DE EXCARCELACION EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA" no es el de introducir nada nuevo, dado a que mis pocos conocimientos sobre la materia no me lo permiten; pero sí el de traer a recuento una disposición de las más importantes y a la vez tan poco comentada por parte de los autores de nuestra legislación, como es el Art.453 del C.de P.P.

Es tan cierto esto que hasta donde he podido darme cuenta a través de las investigaciones realizadas en los distintos textos de Procedimiento Penal no encontré en ninguno de ellos (excepto uno cuyo autor es Hernando Londoño Jiménez) se destinara a comentar por completo la antes dicha disposición. Cabe observar que la inquietud no es solamente personal, ya que tengo conocimiento que algunos Magistrados del Honorable Tribunal Superior de Bolívar, ante la triste realidad, están tratando de sacar a relucir la importancia de la norma antes mencionada.

CAPITULO I

DE LA EXCARCELACION.- NOCIONES GENERALES.

Al abordar un tema tan importante como es el antes mencionado debemos empezar por anotar que:

Ninguna ley procesal que se diga respetuosa de las libertades humanas, podría elaborar sus principios rectores sin haber señalado antes clara y precisamente las oportunidades legales en que se puede hacer cesar el estado de detención preventiva. Por lo tanto, no se podría concebir un procedimiento penal sin una regulación concreta sobre la excarcelación, bien como un simple beneficio o facultad otorgada al juez respectivo, o como un derecho subjetivo del procesado. Lo contrario nos llevaría a pensar o que en este campo jurídico fuera cierta la amarga expresión de CARNELUTTI, cuando dijo: La libertad es el cerco del derecho."

EL PRINCIPIO DEL FAVOR LIBERTATIS.-

Este tema ha tenido la más significativa importancia y es así como Giovanni Leone, por ejemplo, al hablar del favor libertatis, dice que debe entenderse como el "principio en virtud del cual todos -

los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad procesal del imputado que esté privado de ella, cuando venga a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad."

Noción esta que nos conduce a entender la ley procesal como un severo catálogo de plenas garantías hacia el individuo cuya conducta está sometida a investigación por los poderes jurisdiccionales. Difiere del Código Penal, por cuanto este es el estatuto del delincuente. Tan claro es que, en el derecho universal se ha mantenido válida e indiscutible la presunción de no culpabilidad hasta tanto una sentencia condenatoria en firme declare lo contrario nula pena sine indicio, de esta presunción es de donde debe emanar un real y efectivo derecho a la excarcelación. Tan universal es este principio, que lo encontramos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 11 el cual dice: Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

Abordando un tema tan importante como es el de la excarcelación, no podemos dejar de hacer mención del tan discutido postulado de Vélez Maricónde: "El imputado es inocente durante la sustan -

ciación del proceso", y sobre el cual dijo RUBIANES "Es justamente de este principio de inocencia de donde deriva el derecho a la excarcelación no obstante la presunción de culpabilidad que importa la prisión preventiva". Como dijimos anteriormente este postulado ha sido muy discutido por cuanto se habla unas veces de presunción de inocencia, otras, de presunción de no culpabilidad y hay quienes accogen la fórmula ambivalente.

Analizando este principio podemos ver que con él no se ha querido o más bien no se ha pretendido sustraer absolutamente, de la coerción física, al imputado dentro del proceso penal, ya que si éste fuera el alcance y el significado, la sociedad, a no dudarlo, se hallaría completamente desprotegida por faltarle los medios o instrumentos legales para mantener la coacción sobre quienes se rebelan contra las normas de la convivencia social. Por el contrario, creemos que el enunciado implica un fin eminentemente humanizador, tendiente a colocar al imputado dentro del proceso penal, con todos los claros derechos que le corresponden como persona humana, entre ellos el más sagrado de todas las libertades. Es más, podemos agregar la apreciación que hace Zabaleta con respecto a este principio: "Es cosa corriente oír decir que la prisión preventiva inflige un mal a un hombre a quien protege la presunción de inocencia."

¿Qué hay de cierto en ello? ¿Existe verdaderamente una -
presunción de inocencia? Nosotros en el examen de esta cuestión,
estamos de acuerdo con lo expuesto por Vélez Maricónde. Sólo he-
mos de decir que coincidimos plenamente con él, cuando afirma -
que están en un error todos aquellos que al atacar la fórmula, pien-
san que con ella los clásicos han querido consagrar una verdadera
presunción de inocencia: No hay tal, en efecto porque si así fuera
si a favor del imputado pudiere militar una verdadera presunción -
de inocencia, toda medida coercitiva en su contra no podría ser dic-
tada, porque como dicen Mortara-Aloia, "siempre es absolutamen-
te ilícito obrar contra el inocente". Lo que se ha querido significar
con la enunciación de la fórmula es, sencillamente, que nadie pue-
da ser considerado culpable hasta no ser declarado tal por una sen-
tencia firme. Creemos, pues, con Vélez Maricónde, que "aunque -
la fórmula pueda ser tachada de incorrecta y haya dado motivos a -
exageraciones, es imposible (no decimos, por lo menos, peligroso)
abandonar un principio de eterna justicia, según la calificación de -
Stopato".

Este recordar que el postulado se incorporó al derecho posi-
tivo cuando las conquistas de la civilización moderna triunfaron sobre
los métodos bárbaros del antiguo procedimiento penal, para concluir,
sin hesitación, que al ser afirmado como presupuesto básico del sis -

tema represivo formal, no se pensó en abolir las medidas coercitivas para asegurar el ejercicio de la función penal, sino en asentar una base que prescribiera toda coerción innecesaria y todo rigor físico o moral, capaz de herir a una persona no declarada culpable". Y nosotros agregaríamos que en el desarrollo procesal de dicho principio, debiera entenderse también la excrcelación, en primer lugar como regla general y no como excepción, y en segundo lugar como un derecho seriamente protegido por la ley, y no como una facultad del juez para otorgarla.

LA EXCARCELACION COMO REGLA GENERAL

Esta viene del derecho antiguo. Ya que en sus fuentes jurídicas encontramos modelos de la más celosa protección a las libertades individuales dentro del proceso penal; el cual hay entre la excrcelación consagrada en la legislación antigua y las legislaciones modernas de muchos países una marcada diferencia ya que éstas restringen en sus códigos la libertad de los procesados hasta el punto de considerarla sólo como una excepción.

Con sólo citar la ley de las Doce Tablas bastaría, en donde se dijo, que: "Si el acusado presenta alguno que responda por él, dejadlo en libertad (mittito); que un hombre rico preste caución por un

./.

hombre rico, pero todo hombre pobre puede prestarla por un ciudadano pobre. Esto significa que el hecho de que un individuo no tenga bienes con que responder, por este motivo no va a quedar exonerado de poder quedar en libertad si otro lo hace por él, ya que la justicia de esa época no entraba en reconocimientos o concesiones mediante fianzas prendaria o hipotecaria que no pudiera ofrecer el detenido de pocos o escasos recursos. El simple ofrecimiento de una garantía personal de responder por el liberado era sólo compromiso de honor. Y en las Pandectas de Justiniano de lo que "no había de ser puesto en prisión el que estaba dispuesto a dar fiadores, a no ser que constase que había cometido tan grave delito, que no se debiese encargar su custodia a los fiadores, ni a los soldados, sino que debía sufrir la pena de la cárcel antes del suplicio". Más tarde en el Fuero Juzgo (Forum Iudicum) se reguló de tal manera la libertad individual, que ésta constituyó la regla general, a menos que se tratara de atentados contra el soberano o la organización política del país.

Desde esas épocas hasta las nuestras no se puede concebir una auténtica filosofía del derecho procesal moderno, sino a través de una reglamentación equitativa sobre el régimen de la excarcelación, sino que con esto se quiere pretender una libertad absoluta, pero tampoco una completa restricción de la libertad.

./.

Aquí encontramos dos directrices en que van envueltas dos tutelas, a saber: La primera es que la ciudad viviría alarmada - por ver que cualquier clase de delincuentes pudiera ser excarcelado y la segunda es para los ciudadanos que no pueden continuar integrados a la vida ordinaria, bien porque no tengan antecedentes - que los señale como irrespetuosos de las normas de convivencia - social o por el delito que ha cometido que no es de los que se le - puede dar el calificativo de graves. Buscar un justo equilibrio para proteger ambos intereses es tarea ardua y compleja de la ley.

Como podemos observar el legislador de épocas anteriores fué más benévolo en cuanto a la excarcelación se refiere. Tan así es que en el año 39 consagró la norma del art. 393 del Código de - Procedimiento Penal, por el cual estableció que... "si la infrac - ción por que se procede tuviera señalada pena de presidio o prisión, el funcionario de Instrucción o el juez suspenderá la detención provi - sional que esté sufriendo el procesado, cuando éste lo solicitare y - siempre que asegure con caución suficiente su comparecencia al jut - cio y a la ejecución de la sentencia." Esto como principio general, "salvo las excepciones legales, según la misma disposición. Pero - más tarde el legislador convirtió lo que antes era un principio gene - ral en una excepción facultativa al disponer lo siguiente en el art. 63 del decreto ejecutivo 1359 de 1964: "Podrá concederse la libertad -

provisional en los siguientes casos... "y éstos resultaron tan disminuídos que se puede decir que con dicha norma se le âsastó un golpe tan grave al regimen de la excarcelación, como nunca se había visto en toda la tradición jurídica del país.

Bien se ha visto entonces que en la legislación se ha mantenido vivo el principio de que la detención sólo debe producirse de una manera excepcional y que la libertad debe ser la regla general en el proceso.

LA EXCARCELACION COMO DERECHO

Es indudable que para que el principio de la excarcelación sea garantizado como regla general ella debe ser regulada en la legislación como un derecho subjetivo del imputado. Porque si su reglamentación fuera simple título de beneficio, éste podría resultar con mucha frecuencia negatorio al quedar a decisión del funcionario con facultades para ello. Es más, como derecho debería tener sus límites establecidos en forma precisa porque no se puede tratar en la misma forma a una persona que por primera vez infringe la ley penal, y a los delincuentes de reconocida trayectoria; a quienes cometen un delito de escasa amenaza punitiva, con aquéllos que han conmovido hondamente la sociedad por la gravedad y característica del de -

lito cometido. En el mundo las legislaciones más avanzadas están regidas por este principio. Existen países en donde por ejemplo - el 78% de los casos de delincuencia están amparados por el derecho de excarcelación, a estar en libertad, con caución o sin ella, hasta - el fallo definitivo. Al parecer esto ha dado resultado ya que las estadísticas han demostrado que una mínima parte de las personas excarceladas dejan de presentarse en la fecha señalada para el juicio. De donde deducimos que a las personas que se les concede este beneficio están muy lejos de ser peligrosas a la sociedad.

Nuestro código con la reforma del 71 reivindicó el principio que había naufragado lamentablemente en las legislaciones anteriores. Consagró la norma como un derecho a excarcelación caucionada cuando la ley en forma taxativa lo señala.

Es de advertir que entre nosotros el regimen de excarcelación debe estar precedido de una detención preventiva, pero sin ser indispensable que como consecuencia de ésta el procesado sea físicamente privado de su libertad. De donde podemos deducir que el derecho a la excarcelación será unas veces para evitar la coacción física, y otras para suspenderla, y en ambos casos para mantenerse vinculado al proceso mediante la detención jurídica, ya que el auto de detención preventiva no se revoca con el concepto de excarcelación. Esta se concede de acuerdo con el ordenamiento procesal, mediante una caución que

garantice la eventual comparencia del sindicado en las etapas subsiguientes del proceso, y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ello. Questión muy diferente al reconocimiento que se hace de un derecho de libertad, como cuando el juez la decreta por estimar que no hay presupuestos legales para poder fundamentar una detención preventiva, en este caso los efectos jurídicos y consecuencias procesales son distintos de los que se presentan cuando se concede la excarcelación. Como tenemos la nooción de que el derecho procesal penal es parte integrante del derecho público, la reforma del 71 vino a corregir la inconveniente posición de la ley de procedimiento anterior, pues esta hacía depender la excarcelación del procesado, de la exclusiva actividad de éste en dicho sentido. Las normas vigentes sistematizan el precepto de la excarcelación como un derecho determinado enfáticamente que aquella "se concederá de oficio o a solicitud de parte". Esta innovación hacía mucha falta, porque dentro de un proceso penal el juez no puede carecer de iniciativa, cuando en éste se encuentra en juego la libertad de un hombre. De lo cual se deduce que siendo la excarcelación un derecho, así debe reconocerlo el juez de manera oficiosa.

CAPITULO II

LA LIBERTAD DEL PROCESADO

CASOS DE LIBERTAD PROVISIONAL

Ya visto el tema de la excarcelación, pasamos al estudio de cuáles y qué son las causales de excarcelación.

En nuestra legislación penal colombiana las encontramos numeradas en gran parte en el art. 453 del Código de Procedimiento Penal del Capítulo III bajo el título LIBERTAD DEL PROCESADO y el subtítulo Casos de Libertad Provisional, del Código de Procedimiento Penal, el cual dice "Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella:

- 1.- En las infracciones sancionadas con pena de arresto.
- 2.- En los casos de hurto, estafa, abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el art. 429 del Código Penal.
- 3.- En las eventualidades del inciso 2o. del art. 3 del decreto 1838 de 1951, sustitutivos de los arts. 161 y 162 del Código Penal, cuando la restitución de lo apropiado fuera total en -

cualquier tiempo que se hiciere, o cuando hubiere cesado - el mal uso.

4.- En los procesos por delitos culposos, incluso el de homicidio cometido con vehículo automotor o de transporte cuando en este caso se reúnan los requisitos para otorgar condena condicional.

5.- Cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial.

6.- Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito por el que se le acusa, habrá consideración a la calificación que debería dársele.

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

La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

La rebaja de pena concedida en la ley 40 de 1968 será tenida en cuenta por el juez al aplicar el siguiente numeral.

./.

- 7.- Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreesimiento definitivo, la providencia de que trata el art. 163 de este código, o sentencia absolutoria, o cuando se dicte en primera o segunda instancia sobreesimiento temporal.
- 8.- Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere éste declarado contraevidente por el juez superior dentro de los 8 días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.
- 9.- Cuando el veredicto del segundo jurado sea absolutorio, se decretará la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del juicio.
- 9.- Cuando vencido el término de 180 días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario.
- Este término se ampliará a 270 días cuando sean tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención, o cuando sean tres o más los delitos materia del proceso.
- Si al resolver esta solicitud, el juez encontrare que hay mérito para dictar auto revocatorio a juicio, negare la excarcelación, ordenare cerrar la investigación y la calificara dentro de los 8 días siguientes al vencimiento del término del traslado a las partes. Si no la califica en este término, decretará inmedia-

tamente la excarcelación, y

- 10.- En los delitos sancionados con pena de prisión cuando el sindicado fuere mayor de 16 años y menor de 18 o cuando hubiere cumplido 70 años, siempre que su personalidad, los motivos determinantes del delito y las circunstancias en que lo cometió hagan aconsejable su libertad.

Una vez transcrito el art. pertinente, explicaremos cada una de las causales allí consagradas, pero antes debemos hacer un estudio, aunque somero, de la Libertad Provisional.

¿ Qué es la libertad provisional ? Este es un beneficio mediante el cual el procesado puede disfrutar de la libertad mientras se adelanta y tramita el juicio correspondiente, a cambio de una garantía o caución con la cual garantice su presentación ante el funcionario que requiere su presencia en el respectivo proceso, ya para el cumplimiento de diligencias, ya para purgar la sanción definitiva que se le imponga en la sentencia.

El funcionario de instrucción, al decidir la situación jurídica del procesado tiene cuatro formas para resolver: Libertad, que puede ser incondicional si no se reúnen los requisitos exigidos por el art.439 del Código de Procedimiento Penal o condicionada a una presentación si existen indicios leves de responsabilidad, de acuerdo con el art.437;

o la detención, que pueda ser sin beneficio de libertad provisional o con beneficio de libertad, de acuerdo con el delito, cometido o la sanción que le corresponda.

En este último caso se presenta cuando existe mérito para detener, empero, por disposición de la ley, teniendo en cuenta la infracción y la calidad de la pena, se permita que el sindicado formalmente detenido goce de libertad mediante una garantía de presentación ante el funcionario que lo quiera, ya sea por el cumplimiento de diligencias o para responder de las consecuencias del juzgamiento.

Este beneficio puede ser revocado por el juez oficialmente o a solicitud del ministerio público o de la parte civil (art. 470 del C. de P.P.)

Agotado el tema de la Libertad Provisional, podemos iniciar la explicación de las causales antes dichas.

I .- EN LAS INFRACCIONES SANCIONADAS CON PENA DE ARRESTO.-

Debe dejarse claro para evitar erróneas interpretaciones, que cuando se trata de infracciones con pena de arresto no se debe capturar a las personas, se les debe citar para la indagatoria y darles un término hasta de cuatro días para que, dictado el auto de detención, constituyan la caución que se les exija. En síntesis, la persona a quien se sindicca de la comisión de un delito con pena de arresto no -

se le debe privar de la libertad sino en los casos siguientes:

- a.- Cuando citada, no comparezca a rendir declaración de indagatoria,
- b.- Cuando no comparezca a escuchar la notificación de auto de detención, y
- c.- Cuando transcurridos más de cuatro días después de la notificación, no haya constituido la caución que se le exigió en el auto de detención.

Ya se indicó que tanto la policía judicial como el funcionario instructor deben poner en libertad, en forma inmediata, a la persona que haya sido capturada cuando la sanción sea de arresto.

Entre las excepciones expresas a esta norma que el mismo Código de Procedimiento Penal menciona para capturar y detener a una persona sin beneficio de la libertad provisional, aun cuando se trate de delito con sanción de arresto, se encuentran las situaciones contempladas en el art. 680 del Código de Procedimiento Penal "Delitos contra la asistencia familiar" que estableció el art. 40 de la Ley 75 de 1968 (Ley Cecilia) y que exige:

- a- Solicitud del querrelante, y
 - b- Caución suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales que originaron, la acción. Esta es distinta a la que se ha establecido para la libertad provisional corriente, pues debe cubrir
- ./.

el monto de las obligaciones incumplidas y no es simplemente una garantía de presentación.

Esta fué una especie de transacción en las interminables discusiones que se presentaron con la reforma, por lo que una tendencia propendía a que en los procesos de ese tipo delictivo hubiera detención preventiva, mientras la otra tendencia sostenía la tesis contraria. De todos modos se consideró que convenía que el sindicato estuviera más seriamente vinculado a la investigación, por ello se adoptó la norma sobre detención preventiva, sin que ésta trajera consecuencias desfavorables sobre la detención física.

La razón de ser de la excarcelación por esta clase de ilícitos está en que éstos son menos graves, o para usar la terminología Curraniana, las que representan la menor cantidad del mal político.

II.- EN DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

A continuación seguimos con el estudio de la segunda causal, la cual es:

En los casos de hurto, estafa y abuso de confianza, cuando -
ca den las circunstancias previstas en el art. 429 del Código Penal; -
estas figuras delictivas están consagradas en el Código Penal bajo -
la denominación de "Delitos Contra la Propiedad". denominación que
en los últimos tiempos se ha generalizado mucho entre los tratadistas -
ta considerándola impropia porque tales ilícitos lesionan a veces -
intereses jurídicos distintos del derecho de dominio de propiedad, to-
mados estos términos en el alcance que por regla general se les asig-
na en las legislaciones civiles. Y se sostiene que el nombre correc-
to debe ser el de "delitos contra el patrimonio", empleado también -
esta vocablo en el sentido en que lo usan los códigos civiles; esto es,
como la universalidad jurídica con respecto a los bienes. Y ya algu-
nas modernas legislaciones penales como la italiana, etc., los lla-
man de esta manera.

De acuerdo con el espíritu del legislador en cuanto a la redac-
ción del art. 429 del Código Penal, que rebaja hasta la mitad la pena
en los delitos contra la propiedad cuando se restituye el objeto mate-
ria de la infracción, o cuando a la persona ofendida se le indemnizara

por los perjuicios que se le hubieran causado, en el nuevo Código de Procedimiento Penal se quiso tener como especialmente favorable este aspecto para conceder la excarcelación.

El motivo intrínseco de este numeral lo constituye sin duda la consideración de que en dichas circunstancias el delito ha adquirido una fisonomía de menor gravedad, pues el perjuicio material a la víctima ya ha sido reparado. Además, viene a ser una especie de compensación de la ley en favor del procesado, como mínimo, - porque exteriormente ha dado pruebas de arrepentimiento por su - conducta dolosa, y porque en forma espontánea ha procurado anular o disminuir las consecuencias de la infracción.

Peró a diferencia de lo que establece el art.429 del Código - de Procedimiento Penal, que para la rebaja de pena incluye todos - los delitos contra la propiedad privada, el de procedimiento excluye el de robo, por la mayor gravedad que representa la comisión de - este delito, ya que como elemento tipificador contiene la violencia a las personas o las cosas, lo mismo que la extorsión y el chantaje por las violencias y amenazas que éstos implican, y porque inclusive son figuras delictivas que despiertan mayor repulsión ante la so - ciedad.

A continuación estudiemos separadamente cada uno de los de-

./.

litos erigidos por la ley como delitos "Contra la propiedad" :

EL HURTO : Anteriormente en el derecho romano el hurto propiamente dicho se encontraba incluido en un concepto genérico, que lo comprendía a él y a otros delitos análogos, "como el peculatus", ó hurto cometido por funcionario público; el plagium, o hurto de una persona libre; el sacrilegium, o hurto de cosas sagradas; el stillionatus, o fraude penal; la violatio sepulchri o despojo de cadáveres; el abigeatus, o robo de animales y más tarde, por último, el hurto violento o rapina, como lo recuerda MAGIORE.

El delito en referencia ha tenido su evolución histórica en numerosas divisiones y subdivisiones, que han desaparecido prácticamente de las legislaciones modernas.

Entre las más importantes figuraba la que distinguía entre el hurto propio y el impropio. Destinábase el primero de estos dos conceptos para designar el hurto que recaía sobre la cosa respecto de la cual el sujeto pasivo tenía dominio; esto es, la propiedad con la posesión y el goce actual de la cosa. El impropio era el que se perpetraba sobre la cosa en relación con la cual el propietario había perdido, por las malas artes del delincuente o de un tercero, o por su propia voluntad, la posesión o la actual tenencia. La primera modalidad del delito era tenida por más grave, por cuanto violaba el de -

recho pleno de dominio. La segunda era lógicamente considerada menos grave, porque el derecho vulnerado era menos pleno.

A la dracticidad con que se ha retratado este tipo de delincuencia la han venido superando el derecho penal y procesal modernos, como lo anotábamos anteriormente, los cuales han sabido atemperar, por el aspecto punitivo y tratamiento en la sindicación, a los infractores de la ley en estas materias.

En efecto, la ley 16 de 1969 enmendó la deplorable equivocación del decreto ejecutivo 1858 de 1951, por el cual se derogó el art. 400 del Código Penal, que decía: "Cuando el valor de lo hurtado sea inferior a doscientos pesos, y las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad, puede el juez reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente y sustituir el arresto a prisión". Por la supresión de esta norma penal se cometieron muchísimas injusticias, porque en delitos de cuantía mínima, y siendo el responsable persona que no ofreciera peligrosidad alguna y es más, siendo la primera vez que delinque, se le condenaba a un año de prisión como mínimo, estableciendo la norma en estos casos una rebaja de pena; esto se debía a que los juzgadores se basaban en el aumento de las penas mínimas que fué un error del legislador del año 51. Y tanto perjuicio causó el influjo del legislador por el severo tratamiento de esta cla-

se de delincuencia, que hubo jueces que, por rendirle culto de solidaridad al espíritu reinante en el citado decreto, fueron capaces de proferir sentencias condenatorias al máximo de la pena de seis años, por hurto en cuantía inferior a los quinientos pesos. Pero la ley 16 de 1969 restableció la vigencia de aquel artículo, y como es lógico - modificándolo, por la desvalorización de la moneda, en el sentido - de elevar la cuantía, de doscientos a quinientos pesos.

Con todo, se ha presentado una inquietud, referente a los indicados de estos delitos, pero sólo en su grado de tentativa o frustración. En estos casos, por sustracción de materia, no habría lugar - ni a la restitución del objeto que fué motivo del ilícito, ni a la indemnización por perjuicios a la persona ofendida, por lo cual sería in - trascendente invocar el derecho a la excarcelación. Esto en prin - cipio tendría esas consecuencias desfavorables para el inculcado, - porque si la consumación plena del delito en su forma perfecta quedó impedida, no habría lugar a restituir, ni menos a indemnizar. Y para estos casos la ley no podrá presumir, ni la devolución del objeto del delito, ni la reparación a la víctima, en caso de que el sindicado hu - biere consumado la infracción en su forma perfecta. Por ello, debió ser una forzada posición de la ley, pero que, indudablemente, a la - postre será atemperada con humanizado criterio judicial, atendiendo al espíritu amplio y generoso de la reforma. Para lo cual y para -

efectos de la excarcelación en tales casos, no debe olvidarse el establecimiento del artículo 400 del Código Penal, lo mismo que el 60, en armonía con el 45, ibídem.

En tales circunstancias, podrían presentarse muchas situaciones en que cabría que el arresto sustituyera a la prisión, haciendo procedente el derecho a la excarcelación, según el primer numeral ya analizado. Para los efectos indicados, nada se opone a que en abstracto y transitoriamente, esa conversión la pueda hacer el propio funcionario instructor, si no le corresponde a él mismo el conocimiento del sumario.

Ahora, teniendo en cuenta que, por lo general, en esta clase de delincuencia figuran los más bajos estamentos de la sociedad, de clase más desprotegida de la fortuna, los destituidos plenamente de bienes económicos, no es improbable que con mucha frecuencia se hayan fallado y se sigan fallando causas penales con ignorancia absoluta sobre la verdadera dinámica de aquellos delitos contra la propiedad.

El acusado, ante el cerco probatorio en su contra y apelando a su instinto de defensa, sin conocer a fondo las normas penales, preferirá optar por la coartada de la negativa, cuando haberse visto impelido a cometer el delito por una extrema situación de neces-

sidad. Y esto se presenta con tonos de mayor gravedad, cuando por falta de intuición o conducta diligente, los jueces no tienen buen cuidado en investigar oficiosamente aquellos probables motivos del comportamiento delictuoso.

La figura sui generis, llamada por la doctrina hurto familiar o hurto necesario ha sido, en las legislaciones que la contemplan, la humanizada culminación de una lucha jurídica de siglos. En virtud de las leyes draconianas, por ejemplo, la pena que se le imponía al ladrón, cualquiera que fuese la cuantía del delito, era la de muerte. Luego, con SOLON, vinieron leyes menos severas y mediante las cuales sólo se condenaba a pagar el doble de lo hurtado.

La Ley de las XII Tablas permitía la muerte del ladrón nocturno, el cual se le adjudicaba a la víctima, si éste era libre, o era precipitado por la roca, si era esclavo. En el Exodo capítulo 22, se lee textualmente: "Si un ladrón fuese hallado de noche, forzando o socabando una casa, y siendo herido, muriere, el matador no será reo de muerte; pero si lo hiciera después de salido el sol, cometió un homicidio y así también él debe morir". Es el mismo concepto bárbaro que recoge nuestra legislación penal, cuando presume una legítima defensa la muerte de quien de noche escala o

fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de una casa de habitación o de sus dependencias. De donde se colige que el supremo valor de la vida humana ha sido colocado por debajo de fungibles intereses económicos. Y esto no puede admitirse en una doctrina de la teología moral, porque el hombre, por el solo hecho de estar invadiendo los terrenos del Código Penal, o intentando apenas invadirlos, como el escalamiento, tal vez por un premio de sus necesidades y las de su familia, no merece la pena de muerte. Esas presunciones que trae nuestra ley sustancial, lo dije en otra oportunidad, es un puro individualismo, casi un materialismo jurídico, una concepción anticristiana del derecho a la vida.

En este punto de análisis, y volviendo al estado de necesidad como determinante de delitos contra la propiedad, las normas procesales sobre excarcelación deben tener aquí también su eficacia, cuando se le dé la circunstancia del art. 430 del Código Penal, es decir, cuando se ejecute uno de aquellos delitos por apremiante necesidad de proveer a la propia subsistencia o vestido, o la de su familia... Porque si en virtud de esta norma, el procesado ha de quedar eximido de responsabilidad, la excarcelación debe ser procedente desde el mismo momento en que el instructor encuentre que el sindicado se halla en la especial situación del Art. 430 c/

tado. Sería el mismo fenómeno de las excarcelaciones por homicidio, cuando desde la propia etapa de instrucción se advierte ya una legítima defensa de la vida, conforme al num.2o. del art.25 del Código Penal, o por el estado de necesidad, según el num.3o. de la misma disposición. Si no fuera válida la analogía, porque se soslayara la interpretación de las normas procesales, en el sentido de que no se es juez de conocimiento para hacer aquella declaratoria, tendríamos por conclusión lógica que la excarcelación tampoco podría ser procedente ante el instructor, en todos los casos de exclusión de la antijuricidad o de la culpabilidad. Lo que está contradicho por la tradición judicial del país.

Bueno es recordar, por último, que contra la degradación de estos furti privilegiati (delitti privilegiati, diríamos nosotros, porque se trata de varias modalidades con denominaciones distintas), la moral y las ciencias jurídicas han luchado de consumo. Así lo recalca ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, cuando dice: "Es sumamente interesante el estudio de los precedentes legales y de los fundamentos filosóficos de lo que algunos llegaron a denominar, un tanto abusivamente, Derecho al Hurto, que han sido historiadados con singular fortuna en España por JIMENEZ DE SUA y el padre PEREDA. Pueden ser resumidos dichos fundamentos en dos principales: el que aludía a una perturbación anímica ocasio-

nada por el hambre, defendido por el francés TIRAQUELLUS, y -
el objetivo de matiz político mantenido por SANTO TOMAS, ale-
gando una vuelta a la primaria comunidad de bienes y el ejercicio
de un afectivo derecho, dada la obligación que tiene todo cristiano
de socorrer a los indigentes".

III.- POR PECULADO.

Noiones Generales.- Cuando empleamos el término peculado, lo hacemos para referirnos a la apropiación de caudales pertenecientes a la administración pública hecha por el encargado de administrarlos. CARRARA, que hace una distinción entre peculado propio e impropio, define el primero diciendo que "es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, o a la cual precisamente en razón de él, le había sido entregada la cosa apropiada con la obligación de conservarla y restituiria". Al segundo, que es ya un delito contra la propiedad, lo hace consistir en el hurto de cosa pública cometido por persona extraña a su administración. Y admite que también lo es el quebranto de caja de la legislación toscana, del cual era responsable "el oficial público, o su sustituto o ayudante aprobado, al cual le haya sido por su oficio confiada como a deudor de cantidad la administración de dineros del Estado o de una municipalidad o de cualquier establecimiento público, cuando no rinda cuentas exactas de los valores que se le entregaron."

En el derecho romano, la palabra peculado se utilizó primeramente para nombrar el delito que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano (que se consideraban sacros),

cometido por quien estuviere encargado de su administración o por persona distinta. Más tarde ese título se reservó para el peculado propio, que podía recaer sobre cualesquier dineros o valores custodiados en las arcas públicas, aunque no fueran del pueblo romano, sino de una ciudad u otra administración pública. El delito consistente en dar a los dineros públicos un destino distinto del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de lo recaudado, se denominó crimen de residuos. El cual era sancionado con la interdicción del agua y del fuego, y éste con pena pecuniaria.

Modernamente se distingue en la doctrina entre peculado (propio) y malversación de caudales públicos, aunque por lo regular las legislaciones emplean una u otra denominación en sentido genérico, en forma que dentro de la primera se incluye la última y viceversa.

El Código Español, por ejemplo, bajo la denominación genérica de malversación de caudales públicos, que significa invertir éstos ilícitamente, comprende el peculado propiamente dicho (art.394) y dos figuras distintas de malversación: la consistente en la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario público (art.396) y lo que se configura cuando éste "diere a los caudales o efectos que administrase una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados".

Nuestro derecho, en cambio, al igual que muchos otros, - llama peculado a la malversación por aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos (art.150) y a la que está constituida por el uso indebido (sin apropiación) de los mismos y al peculado propio (art.151 del C.P. y 3 del decreto extraordinario 1853 de 1951).

Para la estructuración del delito no se elige, entre nosotros, como sí ocurre de ordinario en la legislación comparada, que se trata de bienes públicos, y la pena es la misma aunque ellos sean privados.

En los casos del inciso 2, del art.3, del decreto 1853 de 1951, el cual reza:

"... incurrirá en prisión de dos a seis años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de tres mil pesos, o en presidio de cuatro a quince años cuando fuere mayor.

Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente, el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

./.

Que sustituyó a los arts. 151 y 152 del Código Penal, los -
cuales rezan:

- Art. 151.- "El funcionario público que en cualquier forma ha-
ga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus
funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en -
arresto de un mes a cuatro años, siempre que tales sumas o efectos
se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal corres-
pondiente".

Art. 152.- "Si después de iniciada la investigación criminal
y antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, o el veredicto del jurado, si fuere el caso, reintegrare el responsable en to-
do o en parte lo sustraído o apropiado, o su valor, se impondrá la -
sanción de que trata el artículo siguiente, reducida hasta en la mit-
dad, debiendo tenerse en cuenta, si hubiere lugar a ello, lo dispues-
to en el artículo 50^o.

De esta manera se observa que cuando la restitución de lo -
apropiado fuere total, en cualquier tiempo que se hiciere, o cuando
hubiere cesado el mal uso. Se trata del delito de peculado y que -
por pertenecer a los "Delitos contra la administración pública" no
está, como los anteriores, amparado por las previsiones del artícu-
lo 429 del Código Penal. Pero el legislador del año 51 quiso orien-
tarse en el mismo sentido de estimular el reintegro de lo que fue ma-

tería de la infracción o su valor, para lo cual redujo la pena "hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente, el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia".

Resulta indudable que para la tipificación de este delito, por una parte se tuvo en cuenta la violación de la confianza pública puesta en el administrador de los bienes del Estado, y por otra parte, en el deber de probidad de los funcionarios a quienes se les ha encargado la recaudación, custodia y administración de los caudales públicos. Diríamos que con esta norma no solamente se tiende a proteger una conducta moral en la administración pública, conducta de probidad y de lealtad, sino también los intereses fiscales.

Lo cual significa que, si después de consumado el delito se propone borrar la impronta moral y material, la primera con una especie de arrepentimiento, de desistimiento intrascendente sobre la culpabilidad, y la segunda con el reintegro o resarcimiento de los perjuicios, ha hecho bien el legislador en darle un trato penal favorable a esta conducta. Y sobre estos mismos pasos quiso proceder la reforma del Código de Procedimiento Penal, al conceder la excar-

celación "cuando la restitución de lo apropiado fuere total, en cualquier tiempo que se hiciera o cuando hubiere cesado el mal uso".

Como se pueda advertir, con la norma procesal se persiguen fines parecidos a los de la norma del Código Penal, al permitir en ésta la rebaja de pena y en aquél la la excarcelación. Pero en esta materia, como en la de reintegro en los delitos contra la propiedad privada, también se podría decir que con la legislación vigente habrá de favorecerse primordialmente la delincuencia menor, que es con la que se suelen cometer las mayores injusticias. Porque quien sustrae cien mil, doscientos, quinientos mil o un millón de pesos, es de seguro un delincuente que con las mayores probabilidades ha actuado con ánimo de apropiación y sin la mínima intención de reintegrarlos en caso de que se descubra su delito y se abra la correspondiente investigación penal en su contra. Y viceversa, en los casos de necesidad, de inaplazable urgencia, de apremio inmediato, un funcionario público, sin el menor ánimo de apoderamiento, sustrae una pequeña cantidad de dinero con el firme propósito de reintegrarla con sus próximos sueldos. Ello ocurre a menudo, ante una calamidad doméstica, ante las imprevistas necesidades de la familia en todo orden. Pero si infortunadamente y de manera intempestiva recibe la visita de los empleados de la Contraloría y como consecuencia de ello le encuentran el faltante, dicho empleado puede en el acto mismo hacer el reintegro

antes que se formule denuncia penal, o bien con posterioridad a ésta, y en ambos casos adquiere el derecho a la excarcelación, lo que no ocurría con la legislación anterior, en la cual debía continuar privado de su libertad hasta pagar la pena. Esta situación se veía favorecida con el excesivo celo de los funcionarios de la Contraloría quienes al mismo tiempo eran de Instrucción en los delitos de peculado.

Si, por tanto, la fuerza moral subjetiva del delito, así sea a posteriori ha disminuido considerablemente, nada más equitativo que un miramiento más benigno de la ley, pues sería odioso el mismo tratamiento procesal y punitivo para el que verdaderamente se apropió los caudales o efectos públicos y el que en forma transitoria se benefició de ellos, habiéndolos reintegrado con posterioridad. En este último caso, la continuación en el cargo o el reintegro a él, bien porque la restitución se hubiere producido antes de iniciarse la investigación penal o después de haberse hecho efectivo el auto de detención, previa la suspensión del cargo, es un aspecto del derecho administrativo que no corresponde resolverlo en el proceso penal sino en virtud de la sentencia condenatoria. Pero en lo que sí conviene hacer especial énfasis, es en el hecho de que si el reintegro de lo apropiado se hizo con anterioridad al auto de detención, no es necesario en esta providencia solicitar que se suspenda del cargo al funcionario público pues si se le va a conceder la excarcelación y, lógicamente, dentro

del mismo auto de detención aquella medida de la suspensión del cargo no se justificaría. El fundamento de esto reside en que lo que se busca con ello es el aseguramiento físico del imputado como medida coercitiva de su libertad. Por lo tanto, puede darse perfectamente el caso de un procesado penal por peculado con deducción plena de la culpabilidad, sin que el procesado llegue a estar un solo día privado de su libertad, por ejemplo, si habiendo estado disfrutando del derecho a la excarcelación, se falla la causa con el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

IV.- POR DELITOS CULPOSOS.-

Según la legislación penal colombiana: "Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos".

La definición que aludimos ha sido elogiada por expositores nacionales y extranjeros, siendo muy merecido tal elogio. Coincidiendo sustancialmente, con la que trae el art.10 del Código Penal Soviético. Allí se dispone que las medidas de defensa social se impondrán a las personas que cometan delitos intencional, y a los que "hubiesen obrado con imprudencia, es decir, no hubiesen previsto las consecuencias de sus actos, debiendo preverlos, o hubiesen esperado, con ligereza, evitarlos".

Otras legislaciones también la definen pero en una forma menos precisa. Citemos un ejemplo.

El Art. 82 del C.P. del Perú dispone que "el agente de infracción no intencional es punible en los casos taxativamente establecidos en la ley, cuando el daño o peligro es ocasionado por negligencia". Y agrega: "Comete delito por negligencia el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal."

Como se ve, la definición que trae nuestro código puede citarse como modelo de sobriedad y precisión, pues, en pocas palabras comprende tanto la culpa consciente como la inconsciente la culpa con previsión, o, para emplear expresiones del derecho romano, la culpa ex-ignorantia y la culpa ex-lascivia.

1) Definición de Carrara. -

El maestro italiano define la culpa como "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".

Y explica: Aunque en la culpa hay un vicio de inteligencia que no previó lo previsible, ese vicio "se remonta, en su origen, a la voluntad del agente; porque por un vicio de voluntad no empleó la reflexión con que hubiese podido ilustrarse y conocer las siniestras consecuencias". Por eso habla de "voluntaria omisión".

Hace referencia, además, a las consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa radica en no prever lo que era previsible o en prever como posible lo que imprudentemente se confió evitar.

"El no haber previsto la consecuencia dañosa distingue la culpa del dolo. El no haberla podido prever distingue el caso fortuito de la culpa".

División clásica de la culpa.-

Carrera hace una clasificación de la culpa en la siguiente forma:

Lata (o grave) cuando el evento dañoso se hubiera podido prever por todos los hombres. Es leve cuando se hubiera podido prever solamente por los hombres diligentes. Es levísima cuando se hubiera podido prever únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común. Conforme a principios de justicia la culpa levísima no es imputable penalmente, porque "la ley humana nunca puede llevar sus consecuencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias".

Nuestro derecho positivo consagra tres clases de culpa. El art. 63 del C.C. enseña que culpa grave "es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios". Esta culpa está equiparada civilmente al dolo. Culpa leve "es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios". Y levísima "es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes". La culpa grave confina con el dolo. La culpa levísima llega al límite del caso fortuito".

ELEMENTOS DE LA CULPA

Los elementos de la culpa, son:

Primero.- Un error de conducta cometido por imprudencia, o por negligencia, o por imparicia, o por violación de reglamentos, o por inobservancia de determinados deberes.

Segundo.- Un resultado dañoso que puede consistir en la muerte de una persona, en el incendio de un edificio, en la fuga de un preso, etc., y

Tercero.- Relación de causalidad entre el error de conducta y el resultado dañoso.

Primer Elemento.- Actividad Culposa.-

Los delitos culposos pueden cometerse por acción o por omisión. Pero no debe confundirse la culpa con los delitos de omisión, los cuales pueden ser no solamente culposos, sino también dolosos, y llamados, por eso de comisión por omisión, ya que la omisión no es sino el medio de que se vale el agente para cometer un delito. Hecha esta advertencia podemos señalar algunas de las principales formas de actividad culposa:

a) La imprudencia, es un obrar con ligereza que puede ir desde una simple falta de cautela hasta la temeridad.

Consiste en ejecutar actos que una persona medianamente previsora y reflexiva se abstendría de realizar, a fin de evitar posibles consecuencias nocivas. Ejemplo: Manejar un vehículo en es-

tado de embriaguez.

El acto imprudente debe ejecutarse voluntariamente pero sin intención de causar daño.

b) La negligencia, que consiste en omitir la ejecución de determinados actos. Ejemplo: abstenerse de encender las luces del automóvil cuando se maneja durante la noche.

También la omisión debe ser voluntaria. No debe confundirse la omisión preordenada a ocasionar un resultado dañoso (comisión por omisión que es delito doloso), con la omisión voluntaria y no acompañada de intención criminal. La voluntariedad de un acto es muy fácil establecer. La voluntariedad de la omisión consiste en no prestar la debida atención a que la persona esté obligada, o en no obrar con el cuidado, la diligencia, el esmero que le imponen sus deberes o su oficio, o su estado, etc.- Sólo cuando la omisión obedece a fuerza mayor, como enfermedad, accidente, coacción, etc., deja de ser voluntaria. Cuando la persona omite lo que estaba obligada a ejecutar, incurra en omisión voluntaria, aunque no haya querido deliberadamente omitir.

c) La imparicia es, según observa Maggiore, "la forma específica de la culpa profesional, que consiste en la aptitud insuficiente

para el ejercicio de un arte o profesión, en la falta de la habilidad requerida para el desempeño de determinadas funciones". Esta culpa, como las demás, admite grados que van desde un leve error en el diagnóstico hasta una temeraria intervención médica.

- d) La inobservancia de reglamentos, leyes, órdenes de autoridad, instrucciones o recomendaciones de carácter público o privado. Ejemplos: manejar un vehículo en dirección contraria a la señalada por los reglamentos de circulación, no tomar las medidas que imponen los reglamentos de trabajo para evitar accidentes, abstenersse de cumplir las instrucciones de los bomberos para evitar incendios, etc.

Segundo Elemento. - Resultado Dañoso. -

El delito culposo requiere siempre, como elemento esencial, un resultado dañoso (muerte, lesiones personales, incendios, fuga, pérdida de caudales, etc.). La sola actividad culposa (acción u omisión) a que acabamos de referirnos no es constitutiva de delito. Se necesita que esté seguida de un resultado lesivo de algunos de los bienes tutelados penalmente (la vida, la salubridad pública, etc.). A la persona que solamente ha violado un reglamento, o que ha omi-

49

tido hacer algo que razonablemente ha debido ejecutar, o realizado una acción imprudente y peligrosa, etc., sin más consecuencias, no se le pueden hacer responsable de un delito, sino a lo sumo, de una contravención sancionable policíivamente (art. 2o). Podemos citar como ej. - el caso del conductor de un vehículo que no se detiene ante la luz roja del semáforo, pero sin consecuencias diversas del peligro que entraña semejante imprudencia. Si como consecuencia de esa culpa ocasiona la muerte a una o más personas, es responsable del delito de homicidio, punible de acuerdo con las normas del C.P. - Si no ocasiona ningún daño es apenas responsable de una falta o contravención que debe sancionarse de acuerdo con los reglamentos de policía.

Tercer Elemento. - Relación de Causalidad. -

Entre la actividad culposa (primer elemento) y el resultado dañoso (segundo elemento), debe existir relación de causalidad.

Si entre la acción u omisión del agente y el resultado no hubiera nexo de causalidad, no podrá hablarse de delito culposo.

No se trata, sin embargo, de la causalidad material, constituida por un conjunto a veces vastísimo de circunstancias que concurren a la producción del resultado. Es suficiente la causalidad jurídica, es decir que la actividad culposa, activa o pasiva se siga como consecuencia generalmente inmediata al resultado dañoso. No importa que se inter-

pongán otras causas, conocidas o desconocidas, no imputables al agente y que en alguna forma intervengan en la producción del resultado dañoso. Basta que éste aparezca claramente como consecuencia de una conducta culposa para que exista delito, pues si fuera preciso que todos los hechos causales, hasta los más escondidos y remotos le fueran imputables al agente desaparecería la culpa como fenómeno jurídico.

DELITOS CULPOSOS QUE SE SANCIONAN EN COLOMBIA

El Código Penal Colombiano, al igual que el Italiano, define la culpa en la parte general (Art. 12), y en la especial señala taxativamente los once siguientes casos en que el delito culposo es punible:

- 1.- Revelación culposa de secretos políticos, diplomáticos o militares, referentes a la seguridad del Estado (Art. 122);
- 2.- Pérdida o extravío de caudales o efectos por culpa del empleado público que los tuviere bajo su custodia (art. 154);
- 3.- Revelación culposa de noticias o documentos que el funcionario público debe mantener en secreto (art. 173);
- 4.- Perjuicio causado en materia criminal al defendido o representado, por culpa de un defensor o apoderado (art. 197);
- 5.- Fuga de presos por acto u omisión culposa del funcionario en-

cargado de su vigilancia, custodia o conducción (Art.205);

6.- Uso fraudulento de los elementos con que se fabrica la moneda nacional, ocasionados por culpa del empleado público encargado de cuidarlos o vigilarlos (Art.220);

7.- Delitos contra la salud y la integridad colectivas ocasionados por culpa (Art.275);

8.- Difusión culposa de enfermedades en animales o plantas que interesen a la conservación o desarrollo de la riqueza agrícola o pecuaria del país (Art.275);

9.- Homicidio culposo (Art.1° ley 164 de 1933);

10.- Lesiones personales culposas (Art. 7o.ídem), y

11.- Quiebra culposa (arts. 420 del C.P. y 3o. del Decreto 750 de 1940).

TENTATIVA EN LA CULPA

En los delitos culposos no puede darse la tentativa, porque si ésta consiste, como lo dice el artículo 16, en dar principio a la ejecución "con el fin de cometer el delito", es obvio que no puede haber la en quien no ha tenido el propósito de delinquir. El principio de ejecución presupone una voluntad encaminada al delito, y si en los delitos culposos no hay

nunca principios de ejecución, es precisamente porque el agente no ha tenido la intención de transgredir la ley penal.

Seguimos en ésta, como en otras materias, las sabias enseñanzas de Carrara, cuyo pensamiento resumimos así:

La tentativa, como lo veremos más a espacio al comentar el artículo 10, requiere dos elementos: Uno moral: la intención; y uno físico: el riesgo.

La intención, único aspecto que ahora nos interesa, debe ser directa. Por no serlo no existe tentativa en el delito culposo, ya que en él no hay voluntad directa encaminada al delito. Lo que se imputa en la tentativa no es el mal causado, sino el que se ha querido causar. Y como en el delito culposo el agente no ha querido causar ningún daño, no se le puede imputar el delito en grado de tentativa. En otras palabras, el delito culposo sólo se concibe consumado. Mientras no se consume o perfeccione no habrá delito, sino simples imprudencias, negligencias, culpas, en una palabra, que no pueden imputarse como delitos imperfectos sino como faltas o contravenciones, si con ese carácter han sido previstas.

Con la opinión de Carrara está de acuerdo otro autor de los más autorizados en la materia. Se trata de ENRICO ALTAVILLA, quien sostiene (ob cit., pag.219): "Podemos afirmar que los delitos culposos, en que la punibilidad está condicionada a la realización de un resultado, no es

admitible la tentativa, por la naturaleza del delito culposo y por el elemento característico de la tentativa consiste en que "la conducta debe estar animada por la voluntad que se dirige a producir el resultado".

COMPLICIDAD EN LA CULPA.

Tampoco es admisible, a nuestro juicio, la complicidad en el delito culposo. Cómplices son las personas que prestan al autor o autores del delito un auxilio o cooperación de primera o de segunda importancia (Arts. 19 y 20). Pero el auxilio o cooperación, para que pueda calificarse de participación criminal en el delito, debe estar intencionalmente encaminado a colaborar en la producción del resultado. La cooperación, para que jurídicamente constituya complicidad, no basta que tenga el carácter de una contribución eventual, más o menos eficiente, para la producción del efecto novico. En otras palabras, no es suficiente que la cooperación exista objetivamente; debe existir también, y así se quiere de manera primordial, subjetivamente. Pues a nadie se puede reputar cómplice de un delito por el simple concurso de acción sin concurso de voluntad.

Soler admite que en la culpa "es posible la participación que, en definitiva es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chofer y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velo-

cidad, y mientras el uno guía, el otro dá presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y éste acatar la orden ilegal."

Ferri sostiene que en los delitos culposos puede haber complicidad, "porque si bien los copartícipes en el hecho culposo realizado conjuntamente no podían querer el efecto dañoso en el que ninguno pensó, se encontraban, en cambio, en las condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de las leyes, etc., de las que se deriva aquel efecto".

En el ejemplo propuesto por el profesor argentino y en la hipótesis a que hace referencia el tratadista italiano, no puede decirse que el chofer sea autor de homicidio culposo y el ayudante cómplice del mismo'. Si hubo culpa de parte de ambos, y a causa de las dos culpas combinadas o adicionadas, se produjo la muerte, el resultado debe imputarse a ambos, como homicidio culposo en calidad de autores.

Esta conclusión nos parece la más jurídica, de acuerdo con la siguiente sapientísima enseñanza de Carrara (citada, como las anteriores, por la Corte, en un fallo extractado por Gómez Prada) :

No se puede establecer complicidad en un hecho no previsto no querido. Pero esto no quita para que el pretendido cómplice deba ser castigado como autor principal en un hecho subsistente de por sí y que individualmente considerado haya de considerarse como culpable.

En síntesis: Cuando el delito se ha causado por culpa de varios sujetos, cada uno responde como autor de delito culposo, pero su responsabilidad individual debe agravarse o atenuarse, teniendo en cuenta la importancia de su participación material en el resultado y el mayor o menor grado de previsibilidad en cada uno de ellos (Arts. 36, 37, ord. 14 y 23, ord. 10).

Con el mismo criterio, si uno de los causantes de la muerte ha obrado con dolo y el otro con culpa, se debe imputar al primero un homicidio doloso o intencional, y al segundo un homicidio culposo.

CONCURSOS DE DELITOS CULPOSOS

Es frecuente que con ocasión de un comportamiento culposo, por omisión, resulten varias personas lesionadas o muertas.

La Corte y algunos Tribunales han creído que en estos casos se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 33, que regula el concurso material de delitos. A nuestro juicio, la norma pertinente no es esa, sino la que contiene el artículo 31, sobre concurso formal o ideal de infracciones.

Se funda la doctrina de la Corte en las razones que la sentencia de 18 de octubre de 1943 (extractada por Gómez Prado), comprendía así:

El concurso ideal o formal es aquel en que de un acto resultan dos o más delitos, tan unidos - por heterogéneos que sean - que no es posible

distinguirlos sino intelectualmente. Como por ejemplo, la violencia carnal, a consecuencia de la cual queda contaminada la ofendida; o las lesiones en persona embarazada, que abortó por ellas.

"En el concurso material, en cambio, las consecuencias - varias también - son separables, es decir, que se materializan objetivamente, y por eso este concurso se llama material. Ejemplo: el caso de que se trata, en que el conductor de un automóvil, por descuido o imprudencia y con el mismo acto produjo dos consecuencias individualizables o separas, heridas en una persona y la muerte en otra.

"Así ha definido la Sala de Casación Penal de la Corte este punto en otras ocasiones, como puede ser visto en la sentencia de 16 de octubre de 1944, en la que también se trataba de las lesiones culposas causadas con automóvil.

"Al referirse el artículo 31 de la ley 95 de 1936, a la violación de varias disposiciones de la ley penal por un solo hecho, sólo está hablando de aquellas infracciones que no es posible separar, porque aun siendo varias, su pluralidad no es efectiva sino ideal, o, más propiamente, ficticia. En todos esos supuestos uno solo es el hecho y dos o más las disposiciones violadas, pero no por ello puede afirmarse que existan - dos infracciones separadas. En cambio, en el caso que se examina, la pluralidad de lesiones no es implemente ideal sino efectiva, pues, todas las infracciones (lesiones de derecho) tienen vida, porque respecto de

cada uno de los ofendidos se infringió la ley penal. El concurso es, por lo tanto, real o material, y no formal o ficticio, por más que uno solo - hubiera sido el hecho que produjo las consecuencias."

Las razones que nos asisten para no compartir la anterior jurisprudencia de la Corte, son las que hemos expuesto en varias de nuestras providencias judiciales y que podemos resumir de esta manera:

Para interpretar con acierto el artículo 81 (el que con un mismo - hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establece la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte") conviene recordar el alcance de las palabras, acto, acción y hecho, de acuerdo con lo que enseñan los autores de derecho penal. Acto es una parte de la fuerza física subjetiva del delito. Acción, es la totalidad de esa fuerza que puede estar integrada por varios actos. Hecho, es la fuerza física del delito, subjetiva y objetivamente considerada, es decir, la acción y el resultado. De ahí que sea característica esencial del concurso formal de delitos la unidad, objetiva y subjetiva, del hecho

La pluralidad de resultados materiales no basta para sostener que se trata de "varios delitos", que concurren materialmente.

Para ello es indispensable que cada uno de tales resultados sea - "un delito", con todos los elementos materiales y morales necesarios para configurarlo, pues cuando la pluralidad de resultados no corresponde

a una pluralidad de intenciones criminales, sino a una sola, el hecho, aunque objetivamente múltiple, es desde el punto de vista de la subjetividad, uno solo.

Se conocen ejemplos clásicos que aclaran la cuestión. Si una persona, con intención de dar muerte a varias, dispara contra ellas una ametralladora o les lanza una bomba explosiva y obtiene los resultados buscados, comete "varios delitos" que concurren materialmente, porque a cada resultado corresponde una intención, aunque la acción haya sido una sola.

Pero el concurso ideal es solo aparente. En él no puede hablarse de pluralidad de delitos, sino de un solo delito con pluralidad de lesiones jurídicas. Para que haya pluralidad de delito y, por consiguiente, concurso material, deben presentarse varios hechos, en cada uno de los cuales se reúnan los requisitos materiales y subjetivos para ser infracciones penales. Si se trata de un mismo hecho, porque las diversos resultados están enlazados por una misma intención, no puede hablarse de varios delitos intencionales porque los elementos constitutivos de cada uno, los materiales y morales, no pueden separarse.

Si lo anterior es verdad en relación con los delitos cometidos con dolo, con mayor razón debe serlo cuando los diversos resultados provienen de una sola culpa. Para que pueda hablarse de concurso materiales,

de delitos culposos no basta que los resultados puedan separarse, se requiere, que a cada uno de ellos corresponda una culpa diferente. Si todos se han derivado de la misma culpa no habrá sino un solo hecho — y, por consiguiente, un concurso formal. No entendamos cómo pueda sostenerse, jurídicamente hablando, que una persona responsable de haber ocasionado la muerte a cinco personas y lesiones a otras cinco, por ejemplo, a causa de una acción u omisión culposas, haya cometido cinco delitos de homicidio y cinco de lesiones personales que deba concurrir materialmente. A nuestro juicio en esos casos "no hay varios delitos" (Art. 33), sino uno, hecho que ha violado varias disposiciones de la ley penal (art. 31), pues dicho resultado (muertes y lesiones) no provienen de diversas culpas sino de una sola actividad culposa: es un solo hecho con pluralidad de lesiones jurídicas.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, con intervención de todos sus miembros, estudió con detenimiento el problema de que nos hemos venido ocupando, y al cabo de varios debates llegó a las conclusiones que aparecen en el fallo de 10 de diciembre de 1954, del cual tomamos lo siguiente:

"El Tribunal prohija la tesis del juzgado expuesta en el auto de proceder de que se está en presencia de un concurso formal de delitos, no de uno real o material. Declara así su inconformidad con la opinión de la

Corte Suprema de Justicia de que todo accidente de tránsito en que resulten homicidios y lesiones constituya un concurso real de delitos.

"Lo que distingue el concurso real del ideal no es solo la acción única, como equivocadamente lo han sostenido algunos Tribunales, justamente criticados por la Corte, pero tampoco el hecho de que las consecuencias de la acción criminal "sean o no separables, puedan o no materializarse". El concurso es formal cuando el hecho es uno solo, aunque el resultado material haya sido múltiple. En cambio, para que haya concurso real se requiere unidad o multiplicidad de acciones correspondientes a distintos fines criminales. Lo que caracteriza el concurso ideal o formal es la unidad objetiva y subjetiva del hecho. La unidad o pluralidad de los resultados (que para la Corte es el criterio fundamental para la distinción de los concursos) es indiferente. (Confróntese Florián: 'Parte General del Derecho Penal', Tomo II, Págs.75 yss)

"Es muy posible que la aplicación inconsulta e indiscriminada de la tesis de algunos autores extranjeros a ciertos casos que regulan nuestras leyes, haya contribuido a crear la confusión en esta materia. Veamos, por ejemplo, que para los modernos comentaristas italianos hay concurso material entre el desastre ferroviario y el homicidio y las lesiones que de él resultan, por la potísima razón de que a partir de la vigencia del Código Recco, 'la institución del concurso formal quedó en la

legislación italiana como una pura enunciación doctrinal desprovista de valor práctico, algo así como una ventana pintada en la fachada de un edificio. (Quizá (y sin quizá), dice Maggiore, podemos preguntar —suponiendo, en cuanto a los efectos penales, el concurso formal como el real — si el primero existe todavía en nuestro Código como un caso de unificación de delitos". La exactitud del comentario es indiscutible, si se tiene en cuenta que el artículo 81 del Código Penal Italiano, dice: "El que, con una acción o omisión, violare varias disposiciones legales, o cometiere violaciones varias de una disposición legal, será castigado conforme a los artículos precedentes". (Es decir, anota Maggiore, según las reglas del concurso material).

"Pero repetimos, en nuestra ley no se ha verificado semejante unificación, y por lo tanto, el concurso es formal y está sujeto a las sanciones que establece el artículo 81 de nuestro Código, siempre que haya un solo hecho violatorio de varias disposiciones de la ley penal, objetiva y subjetivamente considerada. Y hay concurso real de delitos, si el agente es uno, si la acción, una o varias, corresponde a distintos fines criminales, y si son también varias las disposiciones legales infringidas. Es decir, si subjetiva y objetivamente hay varios hechos, no uno solo..."

CLASIFICACION DE LOS DELINCUENTES CULPOSOS

En opinión de Angiolini, la represión de la culpa penal se funda en los antecedentes sico-sociales que rodean el hecho. Y para dar con las sanciones adecuadas ha elaborado una importante clasificación de los delincuentes, teniendo en cuenta, más que el criterio tradicional de la imprevisión de lo previsible y de la confianza imprudente de evitar los resultados previstos, el de las causas concretas de la imprevisión.

Su clasificación es la siguiente, de la cual volveremos a ocuparnos en el estudio de las sanciones:

- a) Delincuentes culposos por falta de sentido moral. Pertenecen a esta categoría los que por codicia, desmedida ambición y falta de altruismo, miran con menosprecio los derechos de sus semejantes. Son, entre otros, los industriales que para obtener pingües utilidades en sus negocios no toman las medidas de precaución aconsejables o previstas en los reglamentos de trabajo para garantizar la seguridad de los obreros. Muchos de los accidentes de trabajo que a diario se presentan son verdaderos delitos culposos, cometidos por falta de sentido moral. Este primer grupo de delincuente por culpa es el más peligroso. Los que lo integran deberían ser sancionados inflexiblemente, pero con, por desgracia, los que a menudo eluden la acción de la justicia. Se les

Imponen, a veces, sanciones civiles o la obligación de pagar indemnización por los mal llamados accidentes de trabajo, pero escapan a la sanción penal que merecan por su espíritu egoísta y antisocial.

b) Delincuentes culposos por Impericia o Ineptitud.— Pertenecen a esta categoría los médicos, arquitectos, choferes, farmacéuticos, enfermeras, parteras, et c., que ocasionan daños no queridos (Imprevistos), pero debidos a su Ineptitud e Impericia y por ese mismo previsibles.

c) Delincuentes culposos por cansancio físico o intelectual.— Pertenecen a esta categoría las personas que por razón del trabajo excesivo, las preocupaciones domésticas, la desnutrición, la falta de reposo nocturno y otras causas semejantes ocasionan daños imprevistos pero previsibles por quienes se encuentran en estado de fatiga mental o física.

d) Delincuentes culposos por defectos en el mecanismo de la atención o de las facultades asociativas.— Estas son las personas que causan daños imprevistos, no por carencia de sentido moral, ni por ineptitud, ni por cansancio, sino porque son temperamentales distraídas.

Se concluye, de lo expuesto, que Angiolini no ha dado una noción nueva de la culpa, sino que ha propuesto un sistema original para reaccionar contra la delincuencia culposa, mirando menos a los efectos que

a las causas de índole psicológica y social que los originan.

Observan los sociólogos que toda civilización tiene su criminalidad específica: violenta en las sociedades primitivas, fraudulentas en las modernas. En la sociedad capitalista es raro que los potentados delincan con dolo, al menos con dolo directo o indirecto, ya que del eventual no puede sentirse completamente libre. Pero en cambio es frecuente que por culpa ocasionen daños graves e irreparables a la persona humana, porque su ambición sin límites no se detiene ante ninguna consideración moral que signifique merma para su desordenado afán de ganancias. Hace muchos años Grammatica sostuvo que era irracional imponer sanciones penales para los delitos culposos, los cuales quedaban debidamente reprimidos con sanciones de carácter civil. La misma tesis la sostuvo el señor Herom Hall en una conferencia que dictó en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad en 1931. Nosotros pensamos lo contrario. La delincuencia culposa, especialmente la que tiene por causa la falta de sentido moral, debe sancionarse severamente con penas privativas de la libertad, con elevadas sanciones pecuniarias y con cuantiosas indemnizaciones civiles.

A las categorías ideadas por Angiolini podría agregarse la de aquellas personas cuya miseria suele ser causada de delitos culposos. Es el caso, de diarias ocurrencias, de madres que van al trabajo dejando aban-

donados a sus hijos que mueren quemados, ahogados, atropellados, etc.-
 Este es el polo opuesto de los delincuentes culposos por falta de sentido
 moral y con quienes la sociedad debe ser más indulgente y previsor, por
 ser ella la responsable de estas situaciones de abandono.

EN LOS PROCESOS POR DELITOS CULPOSOS

"En los procesos por delitos culposos, incluso, el de homicidio co-
 metido con vehículo automotor o de transporte, cuando en este caso se -
 reúnan los requisitos para otorgar la condena condicional".

La norma contempla dos situaciones: la primera, para todas las pre-
 venciones culposas que trae el Código Penal en sus arts. 122, 154, 173, -
 Inc. 2°; 205, Inc.2°; 220, 275, 276, Inc.3o; 370, y 378. En estos casos -
 procedería la excarcelación, aún en las circunstancias de que se considera-
 ra que no habría lugar a la gracia de la condena o ejecución condicional. Y
 para la segunda, tendríamos el mismo art.370 del mismo Código, sustituido
 por el artículo 1° de la ley 164 de 1938 y dentro del cual puede incluirse el
 "Homicidio cometido con vehículo automotor o de transporte", ya que la dis-
 posición empieza así: "El que por culpa cause muerte de otro...".

A esta causal de excarcelación se llegó después de las siguientes con-
 sideraciones: el art.408 de la ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Pe-
 nal) prohibía la excarcelación "Cuando se trate de culpa en el manejo de ve-
 hículos automotores, siempre que el conductor procesado careciera de li -

cencia o pase al tiempo de ocurrir el accidente", en donde parece que el legislador hubiera querido ver un grado mayor de culpa, ya que la falta de licencia o pase para manejar tales vehículos no puede indicar necesariamente ni negligencia, ni imprudencia, ni impericia en la consumación misma del hecho considerado delictuoso por culpa. La pericia para el manejo de los vehículos automotores o de transporte, no la da el respectivo pase o licencia, sino que estos documentos son los que habilitan legalmente el ejercicio de una actividad en esa naturaleza. Creemos, por ello, que ese criterio para negar las excarcelaciones fué desafortunado. Pero también lo fué, cuando al conceder en los demás casos la excarcelación, dijo el citado artículo (Num.18, Inc.2°) que "se le impondrá al procesado excarcelado, en la respectiva diligencia (de excarcelación), la prohibición de conducir vehículos mientras no haya dictado sentencia absolutoria a su favor o auto de sobresesimiento. Por tanto, se le retirará en el acto de la diligencia el pase o licencia correspondiente".

Lo anterior significaba un contrasentido, porque representaba una pena accesoria impuesta al procesado por el solo hecho de la sindicación. Como quien dice, mientras le llegaba la absolución o el sobresesimiento definitivo, se le aplicaba el art.42 del Código Penal el que, dentro de las penas accesorias, traía "la prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión". Era una norma inicua y absurda, pues, el procesado, aun sin haber sido pasible de una sentencia condenatoria, se le privaba de la fuente

de su trabajo y transitoriamente se le presumía responsable del delito - que apenas estaba en averiguación.

Luego vino el decreto 1353 de 1954, para establecer que "podrá concederse la libertad provisional en los siguientes casos:

"... 2°) En los delitos culposos, excepto: a) cuando el daño se haya ocasionado en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible." Se consagró, como se ve, a manera de beneficio, como facultad potestativa del juez. Fuera de que la fórmula quedaba referida a la sola - apreciación subjetiva del funcionario, a quien le bastaba, para negar la excarcelación, ofrece el argumento muy personal de que el homicidio se produjo en "circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible", es decir, con unos grados más de la culpa con previsión. Se abría así el - camino para la entronización de la arbitrariedad y el capricho.

Por último, la ley 18 de 1960, al enumerar en el art.17 los diversos casos en que "podrá concederse la excarcelación", dijo en su num.2° que - "en los delitos culposos, excepto el homicidio cometido con vehículos automotores o de transporte, cuando la personalidad del procesado o la gravedad y circunstancias del hecho no autorizan el otorgamiento de la condena condicional o el perdón judicial".

Incuestionablemente, la citada ley incurrió en un error de técnica jurídica el "perdón judicial" como posibilidad de subrogado penal en el homicidio cometido con vehículos automotores o de transporte, pues bien sabemos que

para que pueda proceder el perdón judicial éste debe estar provisto en la correspondiente figura jurídica de la parte especial, a diferencia de la condena condicional que, siendo igualmente un subrogado penal, está prevista en la parte general del Código Penal, para ser aplicada — dentro de las situaciones previstas en la misma ley. Por este motivo, al hacerse la correcta codificación de las mismas normas procesales, hubo de prescindirse de aquella expresión inadecuada.

En todo caso, de la letra y del espíritu del numeral resulta clarísimo que la excarcelación por esta causa procede en cualquier momento del proceso de oficio o a solicitud de parte. Y que la motivación procesal para ellos solo depende de si al evaluarse las constancias sumariales, resultare de éstas que el sindicado pueda ser acreedor a la condena condicional, sin que para esto sea necesario esperar la calificación del negocio, como acontece con el numeral siguiente. Será ésta, desde luego, una calificación transitoria que jamás podría comprometer anticipadamente el criterio del funcionario competente para la calificación y la sentencia respectiva, circunstancia dentro de las cuales se puede perfectamente revocar la excarcelación, si el juez conceptuare que no hay lugar al otorgamiento de dicho beneficio.

El juez, para conceder o no esta excarcelación, sólo tiene el límite que le fija el Art. 80 del Código Penal, y no le es permitido por ex -

tención acogerse a otras disposiciones legales, mucho menos si éstas han de invocarse para negar el derecho. Por ello no podemos compartir la posición de ANTONIO VICENTE ARENAS, cuando sostiene que - "se debe negar la excarcelación a los procesados por homicidio culposo cometido con vehículo automotor o de transporte, cuando concurren circunstancias de mayor peligrosidad, como sería el hecho de "haberse ocasionado el daño en circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible", (C.P., art.37, 14...)" 18.

Con lo anterior, el ilustre tratadista está regresando a la legislación del año de 1964, en la que, como se vió antes, se prohibió la excarcelación para tal clase de delitos, cuando se hubieran consumado en "circunstancias que lo hacían muy probable o fácilmente previsible". Y si estas expresiones, por las razones ya anotadas, no las quiso acoger ni el legislativo del año 69, ni el ejecutivo del año 71 (el primero con la ley 16 del mismo año, y el segundo, con el nuevo Código de Procedimiento Penal), no se ve por qué pueda venir ahora la doctrina a querer desvirtuar la intención del legislador, al introducir como motivo para negar la excarcelación, una simple circunstancia de mayor peligrosidad que solo debe invocarse en el caso de una sentencia condenatoria por delito culposo, según la previsión del num.14 del art.37 del Código Penal. De ser así, ningún avance de importancia habría hecho de la legislación vigente, ya que todo dependería, como dependió en el año 64, del arbitrio del juez.

V.- POR SUBROGADOS PENALES

"Cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial".

Son dos instituciones jurídicas que tienen hoy una profunda y significativa raíz en el derecho procesal moderno. Constituyen por sí mismas protectoras y benéficas medidas sobre política criminal. Son sustitutivos penales que tienden a prevenir la delincuencia. Fundamentados en el concepto de que al delincuente primario, amenazado con una pena de corta duración, no debe llevarse a las prisiones, porque al hacerlo, se le causaría el enorme daño de someterlo a convivir con los más depravados y peligrosos delincuentes. Se busca con ellos evitar que reincidan en el delito quienes no han infringido gravemente la ley, ni han sido condenados antes por delito alguno, o han probado que su conducta anterior fué siempre buena y, cuando por su personalidad, naturaleza, modalidades del hecho delictuoso y motivos determinantes, puedan crear en el juez la convicción de que la persona que va a gozar de ese beneficio, merece reintegrarse a la sociedad porque a la justicia no le asaltan dudas ni preocupaciones de que vuelva a delinquir.

El primero de los subrogados, la condena condicional, o, como -

también lo denominan la doctrina y la jurisprudencia, suspensión condicional de la pena o condena de ejecución condicional, ha tenido asimismo sus detractores y enemigos. En efecto, se argumenta en su contra que es una especie de jubileo criminal, una latente invitación legal a la delincuencia, y que es como una forma de derecho a cometer el primer delito. Posiciones extremas y equivocadas todas ellas, ya que el delincuente jamás espera este favor de la ley cuando va a delinquir, y a priori, nunca sabe que pisando determinado terreno del Código Penal se sitúa en posición privilegiada ante la ley. Y esto no siquiera lo hace el hombre de cultura, de formación académica, ni el profesional del derecho. Por lo tanto, la crítica tiene el sello de una filosofía represiva, reacia a comulgar con los principios universales que quieren salvaguardar a toda costa la dignidad del hombre y a proteger en él todos los valores que lo retornan al camino del bien y de la bondad.

Con razón, pues, dijo BETTIOL, que "hay en el fundamento de la suspensión condicional de la pena una idea que podemos llamar de presunción especial, pero siempre se le dé a este concepto una nota entonación ética espiritualista y no un contenido natural. Por este motivo, la suspensión condicional de la pena nada tiene que ver con la peligrosidad del reo. Aunque no se les puede conceder a los delincuentes socialmente peligrosos, la peligrosidad funciona como límite y no como fundamento de la suspensión condicional..." 19.

Podríamos invocar en auxilio de estas mismas tesis a muchos eminentes autores, cuyo pensamiento sobre la materia han trascendido en la legislación de sus respectivos países; pero bástenos saber que el eco de sus voces continúa siendo programa institucional en todos los ámbitos jurídicos en donde se lucha tesoneramente por el restablecimiento del derecho y la implantación de la verdadera justicia. Porque no es con la ciega severidad de la ley, ni con la imposición despiadada de los merecimientos punitivos como se pueda restablecer el derecho violado o regresar al cauce de la juridicidad.

El derecho penal debe ser ante todo espiritualista y, por ello mismo, no olvidarse del hombre que hay inmerso en su drama, del individuo, que, si bien es cierto que en un momento infortunado de su existencia fué capaz de transgredir las normas de convivencia social, mucho más cierto será que en él alienta todavía un remanente natural de fuerzas espirituales y morales que lo inclinarán a la enmienda, a la reivindicación de sí mismo, a la catarsis de las censuras de su conciencia.

Fieles a estos principios, se debe propugnar la restructuración de un derecho penal material en donde sea más amplia y generosa la norma sobre ejecución de la pena, y para que en el ordenamiento procesal se desarrolle cabalmente aquella intención del legislador. En consecuencia y por lo tocante a la institución de la condena condicional, se debe proveer a que esta, en la práctica, no se haga nugatoria, pues si la condena penal

ha de quedar sometida a una condición suspensiva, no existe justificación alguna para mantener hasta dicho pronunciamiento jurisdiccional la detención preventiva del procesado. En el anterior sentido se pronunció la legislación procesal argentina en el año de 1953, cuando introdujo en su Código como causal de excarcelación por delitos que tuvieran una pena privativa de la libertad cuyo máximo fuese superior a seis años, el requisito de que prima facie pudiera corresponder condena de ejecución condicional. A este respecto dijo Mario Chichizola, que "la reforma introducida tiende a evitar que sometiendo al encausado a una prolongada prisión preventiva, a través de toda la sustanciación del proceso, se malogren, de hecho, los beneficios que se tratan de alcanzar con la condena de ejecución condicional. Además, si la pena que le pueda corresponder al procesado presumiblemente ha de dejarse en suspenso, resulta evidente que no es menester mantener una medida cautelar tan rigurosa, como lo es la prisión preventiva, para asegurar el cumplimiento de aquella que no va a hacerse efectiva" 21. Esto es de una lógica elocuentísima. Porque si desde un comienzo el funcionario de instrucción o de conocimiento encuentra que en el respectivo proceso se vislumbra, con un alto coeficiente de probabilidades, que de llegarse a una condena penal ésta habría de suspenderse, no sólo por la personalidad del procesado, sino también por la entidad del delito, no habría razón para esperar a aquel momento - tal vez muy remoto con el fin de suspender la detención preventiva.

Coincidiendo con estas directrices, la reforma del año 71 expresó su firme voluntad de consagrar el derecho a la excarcelación en cualquier momento en que se advirtiera que existen los requisitos para otorgar el subrogado penal. En efecto, el artículo original de la ponencia sobre esta materia fué propuesto así: "se concederá la libertad provisional, mediante caución en los siguientes casos: ... 2o) Cuando de acuerdo con la ley sean aplicables las condenas condicionales y el perdón judicial". Posteriormente, al someterlo a estudio y consideración, dicho numeral fué modificado por el aspecto simplemente formal, pero en lo sustancial quedó inclusive más amplio y claro, como se colige del siguiente texto, aprobado por unanimidad: "También se otorgará el beneficio de libertad provisional de oficio o solicitud de parte, cuando de acuerdo con la ley aparezca claramente que puedan ser aplicable la condena condicional, el perdón judicial o la exención de responsabilidad". Pero este ideal se vió frustrado ante la consideración de que resultaba obligante respetar la decisión legislativa manifestada en la ley 16 de 1969, la cual, en el num.3o) de su art.17, introdujo como causal de excarcelación la que hoy figura codificada y que es motivo de análisis.

Es por lo tanto el único caso dentro de las previsiones de la ley en que es necesario, indispensablemente, esperar la calificación del sumario para poder invocar la excarcelación. Lo cual no significa otra cosa que quedarse en la mitad del camino, con una posición doctrinaria que no era la más conveniente ni la más acertada. Con ella, serán pocos los benefi-

cia de la justicia y, en verdad, muy nugatorios los propósitos de la norma. Así, en numerosos casos, los subrogados penales habrán de resultar ilusorios, pues por la lentitud del trámite en nuestros procesos penales, cuando llegue al momento de la calificación ya el sindicado habrá pagado en detención preventiva la pena que hubiera de imponérsese, o faltarle muy poco para ello.

El problema no se presentaría cuando se tratara de un delito sancionado con arresto no mayor de tres años porque para estos casos ya está previsto el derecho automático a la excarcelación. Pero si fuere por una infracción penal que implique prisión que no exceda de dos años, sí preocupa sobremanera la situación que se plantea. En efecto, de acuerdo con el art.45 del Código Penal, el término mínimo de la pena de prisión es de seis meses. Por lo demás, es muy lógico que quien se haya hecho acreedor al reconocimiento de la condena condicional, según el art.80 del mismo Código, va a ser favorecido con la sentencia con el mínimo de la pena; es decir, con seis meses de prisión. Y la experiencia judicial ha demostrado siempre que generalmente resulta ser ese el plazo mínimo en que se llega a la calificación del sumario. De todo lo cual se tiene, como conclusión evidente, cuando se concede la excarcelación por este numeral, ya se han presentado también el fenómeno de la pena cumplida en detención preventiva y, por lo tanto, con derecho también a la excarcelación.

Como se ve, no podía haber sido más desafortunada y absurda la po-

sición de nuestro parlamento en dicha materia. Porque si lo que se pretendía era evitar una calificación previa y con carácter transitorio para efectos de la excarcelación. O si lo que buscaba era la competencia del funcionario de conocimiento, tampoco acertó la norma, porque muchas veces el funcionario de instrucción es el mismo del conocimiento, quien pueda, en dichos casos, con mayor propiedad, evaluar las probabilidades de reconocer o no los subrogados penales, en el caso de la condena. Y si lo que se propuso fue que de todas maneras hubiera un encarcelamiento hasta la calificación del sumario, fué un gravísimo error de política criminal; sobre esto, precisamente, Donado Montero dijo que "los mayores rigores penales y autoritarios no suprimen los delitos, ni siquiera los amonoran. No se sabe de ningún régimen penal severo que haya dado buenos frutos. Por eso se va mirando con grandísima desconfianza la administración pública, tal como hoy funciona y se quiere que entre por muy distintos derroteros.

Por eso los verdaderos derroteros hay que buscarlos en una decidida y franca política sobre ampliación de los subrogados penales, para reaccionar así contra los estrechísimos límites que hoy los contempla el Código Penal.

Parmento Cárdenas, uno de los ilustres correddores, con la jerarquía jurídica e intelectual que lo caracterizan, ha tomado plena conciencia de esta reforma, al puntualizar que "es un hecho universalmente aceptado,

que las penas de corta duración resultan a la postre ineficaces y contraproducentes, y si los beneficios de que venimos ocupándonos, han dado magníficos resultados, valdría la pena, ante la ineficacia de la ejecución penal, ampliarlos en forma que aproveche a mayor número de condenados que se encuentren en las condiciones exigidas por los mencionados artículos, (de los subrogados penales) y aun sustituir la privación de la libertad por una más apropiada, como la multa o trabajo en obras públicas... "25. Sería de desearse que estas ideas se impusieran algún día, para que así en las cárceles y en los presidios no permanecieran sino los elementos más peligrosos y temibles. Por lo menos ya el Código Penal, Tipo Latinoamericano, al regular lo referente a la "Conversión de las sanciones", estipuló en su art. 80 que "el juez podrá convertir, en favor del delincuente primario, la pena de prisión no mayor de seis meses por una pena de multa o por trabajo obligatorio en beneficio del Estado" 26. Pero cabe anotar que esta conversión, según el citado proyecto de Código excluye la aplicación simultánea o sucesiva de la condena de ejecución condicional.

Sin embargo, en nuestra legislación sólo tenemos deplorables antecedentes en contra de los subrogados penales. La Ley 4a. de 1943, por ejemplo, suprimió la condena condicional para determinados delitos contra la propiedad privada, y lo mismo hizo el decreto 4137 de 1948, en relación con algunas infracciones penales contra la vida e integridad personal, según su art. 6o., que expresamente fue derogado por el art. 23 de la

ley 16 de 1969. Lo que no dejó de ser un acierto del legislador de aquel año, pero que, como ya lo analizamos, tomó ilusorio el beneficio del — subrogado. Parece que en las dos épocas legislativas mencionadas se — hubiera obrado con el ingenuo criterio de querer disminuir la delincuencia, al momento de calificar el sumario.

Este momento de la excarcelación quedó muy claramente expresado en el numeral que se estudia, pues, en él se dice que "... llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario..."

Dentro de una sana hermenéutica, el sentido de aquella expresión no puede entenderse referido restrictivamente a la providencia calificatoria del sumario, sino también a las etapas procesales subsiguientes. Lo que la ley determina es el surgimiento del derecho a la excarcelación en aquella oportunidad, de donde se desprende con lógica irrefragable que el mismo derecho se puede reconocer o reclamar con posterioridad a un auto de enjuiciamiento. Si esto no pudiera ser así, el ordenamiento procesal habría sido absurdo e ilógico; pero, tal como está formulado, cualquiera comprende que la excarcelación no puede ser antes de la calificación, pero sí en esta y después. Por lo tanto puede impetrarse por la vía de los recursos ordinarios de reposición y apelación si en el auto de proceder fué negada, o bien mediante la solicitud y los trámites de una excarcelación.

No obstante que el sentido de la ley es claro, por lo cual no puede

desatenderse su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, según lo mandan los sabios cánones, no han faltado exógetas que le buscan una interpretación acomodaticia y odiosa, por ejemplo, al sostener que es extemporánea una solicitud de excarcelación con base en el numeral que se estudia, cuando se hace después de dictado el auto de proceder. Así ocurrió en un caso censurado con plena razón por Tiberio Quintero Ospina y que le mereció un rechazo enfático del Tribunal Superior de Bogotá, cuando sobre el particular manifestó: "... Entiendo, pues el Tribunal, que cierra la investigación, puede tener aplicación la causal de libertad mencionada. Se insiste, la tesis contraria llevaría entonces a que ni siquiera en la sentencia podría concederse, sino que tendría que ser en el auto calificadorio!"

Por lo que se refiere al perdón judicial, cuando debiera reconocerse tentativamente en el auto de enjuiciamiento como causal de excarcelación, procede parecidas consideraciones a las que se han hecho como fundamento de la suspensión condicional de la pena. Es decir, que si como dice Antolisei, "el perdón judicial, como resulta de la denominación, consiste en la renuncia por parte del Estado a la condena que el culpable habría merecido por haber cometido un delito" 28, tampoco aquí se justifica una prolongada detención preventiva, si de todas maneras se va a "prescindir de aplicar la sanción correspondiente", según lo previsto en el art.91 del Código Penal.

Los casos en que habría lugar al beneficio del perdón judicial, son bien pocos en nuestra ley penal: ante la retractación de las falsas imputaciones hechas ante las autoridades (art. 190); en la retractación por falso testimonio (art. 195); en el homicidio por piedad (art. 384); en el homicidio y las lesiones por sorpresa en el ilegítimo acceso carnal, o cuando el mismo hecho se comete después en estado de ira e intenso dolor -- (art. 382); y en el aborto por causa de honor (art. 339).

Sobre este indulto judicial, como también se le ha llamado, lo mismo que respecto a la impropiamente denominada condena condicional, no vamos a participar en la polémica que ha cursado tanto en la doctrina -- como en la jurisprudencia, en cuanto a si ambos subrogados penales se pueden reconocer también después de las respectivas sentencias. Lo que aquí interesa concretamente en su análisis, para efectos de la excarcelación antes de pronunciarse sentencia. Ello nos sugiere otra consideración, esta sí pertinente: estos dos subrogados penales como fundamento de la libertad provisional, no implica un reconocimiento que pueda hacer tránsito a cosa juzgada. En el período probatorio de la causa bien pueden presentarse alguna o varias de las circunstancias que impidan su otorgamiento, según el art. 80 del Código Penal. Por consiguiente, la condena condicional puede ser negada en la sentencia condenatoria, y en lugar de la providencia que habría de conceder el perdón judicial, se dictaría la correspondiente sentencia condenatoria, y en ambos casos, con la revocación de la libertad.

VI.- POR EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA EN
DETENCIÓN PREVENTIVA.-

"Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el -
procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere
como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, -
habida consideración a la calificación que debería dársele.

"Se considera que ha cumplido la pena el que lleva en deten -
ción preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional,
siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

"La excarcelación a que se refiere este numeral, será conce -
dida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de
presentarse la causal aquí prevista.

"La rebaja de pena concedida en la ley 40 de 1988 será tenida
en cuenta por el juez al aplicar el presente numeral".

Como vemos, el primer inciso de este numeral no constituye
novedad alguna en nuestro derecho procesal vigente, porque en toda la
tradición jurídica del país se ha previsto esta causal de excarcelación
como un principio de elemental justicia. Requiere, por lo tanto, una
calificación previa y que en manera alguna puede causar ejecutoria, -
ya que el monto de la pena tenido en cuenta para la excarcelación, por
cualquier circunstancia puede variar en la sentencia definitiva. No quie -
ra tampoco decir que concedida la libertad por este motivo legal, el
proceso respectivo deba llegar necesariamente al pronunciamiento de

una condena. El espíritu de la norma es el de que el procesado no pueda estar privado de su libertad más allá del tiempo que le pudiera corresponder en caso de ser condenado.

Siguiendo el análisis, encontramos que con el segundo inciso sí se introdujo una innovación de mucha trascendencia, por cuanto con él se busca que el subrogado penal de la libertad condicional no se haga nugatorio. Ello, porque tal como está regulado dicho beneficio en nuestra ley procesal, solo procedería a partir de la sentencia condenatoria de primera instancia y a cargo exclusivo del juez a quo. Y en estas condiciones, una persona que hubiere sido condenada en primera instancia, podría encontrarse en la situación de tener derecho a la excarcelación si se le computare el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, cuando, por ejemplo, la causa estuviera a conocimiento del superior, por vía de consulta, apelación o casación. Entonces, de acuerdo con la legislación anterior, el procesado tenía que esperar a que el expediente regresara a manos del juez de primera instancia para poder invocar el beneficio. Esto, con mucha frecuencia, por causa de los dilatados trámites ante el superior, no producía ninguna consecuencia favorable al procesado, quien, por el exceso de tiempo transcurrido, recuperaba su libertad, no en virtud del subrogado penal, sino por el cumplimiento total de la pena.

Pléñese, por ejemplo, en el caso de un individuo a quien le pudiera corresponder una pena de prisión a veinticuatro meses y que ya

llevarse en detención preventiva las dos terceras partes; o en el caso de la persona que, de ser condenada, lo sería muy probablemente a la pena de presidio de treinta y dos meses y que ya tuviere también en detención preventiva las tres cuartas partes de la pena. Con la legislación anterior, de estar los casos enunciados a conocimiento del superior, por cualesquiera de las razones antes mencionadas, ellos no podían conceder el beneficio, por expreso mandato de la ley. Con lo cual se le presentaba al procesado el insólito dilema de mantener el recurso ante el superior, si era este el caso, con evidente perjuicio de su libertad, o desistir de él, lo que significaba una renuncia obligada a sus pretensiones favorables a la modificación de su situación jurídica.

Por lo anterior, bien se ve, en primer lugar, que para corregir todos estos inconvenientes, prevé la ley que aun con el solo carácter de sindicado se pueda computar, al cumplimiento de la pena en detención preventiva, el tiempo que podría descontarse para una libertad condicional. Y en segundo lugar, para no hacer ilusorio este beneficio, se dispone que la excarcelación por dicha causal "será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse". Aun por la Corte Suprema de Justicia, como expresamente quedó consignado en el pensamiento de la reforma del año 71.

De lo cual resulta que no pueda haber contradicción entre la norma que se ha analizado y el art. 698 del C.de P.P., que dice, al h₁

blar de la libertad condicional: "El condenado que se hallare en las circunstancias previstas por los artículos 85 y 69 del Código Penal, podrá solicitar la libertad condicional al juez que hubiere dictado la sentencia de primera instancia". Esta norma debe entonces tenerse como referida a las situaciones distintas de las del num. 6° del art. 453.

Situación idéntica a la anterior es la que se presenta con la aplicación del último inciso del numeral en análisis. En efecto, para evitar que también fuera o resultara nugatoria la rebaja de pena concedida por la ley 40 de 1933 y reglamentada por el decreto ejecutivo 2853 del mismo año, se dispuso que dicha rebaja se tuviera igualmente en cuenta para computarla como tiempo de cumplimiento de la pena en detención preventiva. Con esto se corrigieron dos gravísimos inconvenientes que a menudo se presentaban, cuando por razones especiales se concedía una rebaja de pena: el primero de ellos, como ya se anotaba, porque, debido al trámite que casi siempre se han sometido dichas rebajas, cuando ya se concedía, el condenado había pagado la totalidad de la pena; y el segundo, porque, como casi inveteradamente ha ocurrido, al adscribirle la competencia a la Dirección General de Prisiones se centralizaba así el reconocimiento de la rebaja de pena, con las naturales inconveniencias que esto ha traído, siendo la principal la demora en su concesión. Pero aun así, la falta de técnica jurídica de la citada ley, lo mismo que lo defectuoso del decreto reglamentario, no han permitido realizar completamente los fines de la justicia que se propuso el le -

gislador.

Dicha ley, expedida con motivo del XXXIX Congreso Eucarístico Internacional, concedió, entre otras, una rebaja de la quinta parte de la pena privativa de la libertad impuesta a los sindicados por delitos comunes, condenados o que llegaren a serlo por hechos cometidos antes de la vigencia de la ley, y de una tercera parte cuando se trata de sindicados o condenados por delitos políticos. De esta gracia quedaron excluidos los reincidentes, quienes hubieren delinquido durante su detención, los prófugos y los reos ausentes. Pero dichas excepciones de la ley, para no referirnos sino a este aspecto de ella, no pudieron haber sido más vagas e imprecisas, no obstante la terminología empleada. Por lo cual, el juez deberá ser muy prudente en la exégesis jurídica de la norma. Sobre este punto, GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ trazó algunas orientaciones que consideramos oportuno ofrecer como derrotero de la materia:

"La reincidencia no debe ser de hecho sino de derecho, esto es, por resolución judicial que así lo declare. Y de existir, no basta esta condición de "reincidente", sino que se requiere, también, que el reconocimiento no supere al término de los diez años.

"Cuanto a los "que hubieren delinquido durante su detención" (y detención se toma como privación de libertad por auto de preventiva detención, de proceder o sentencia condenatoria) debe anotarse que la repetición delictiva sólo puede acreditarse por fallo que así lo establezca.

./.

Aquí la plena aplicación del art. 685 del C. de P. P. ("... se considerará que... ha cometido un nuevo delito, una vez que se halle en firme la sentencia que lo declaró responsable de él").

"Respecto a prófugos y reos ausentes anotamos: la imposibilidad de localizar el término "prófugo" en la legislación procedimental (su ambiente está en la paria policiva o popular) incide en notoria irrelevancia de aplicación. Y por "reo ausente" debe estarse a lo preceptuado en el art. 403 del C. de P. P. (hoy decr. 1858 de 1964, art. 5°). A partir de este momento procesal empieza la viabilidad de ser "reo ausente" (el artículo 685 del C. de P. P. no confiere esta calidad sino que impone iguales diligencias). Y es apenas lógico que así sea, pues la seriedad de la consecuencia excluyente debe corresponder a una mayor firmeza en el carácter del compromiso penal y de la rebeldía. Finalmente, para poder hablarse de "reo ausente", demandase que la condición persista hasta el momento de posibilitarse la rebaja de pena. No se mira, pues, como fenómeno procesal pasado, sino como realidad simultánea a la concesión de la rebaja.

Además de lo anterior, en virtud de la ley 32 de 1971, en armonía con el decreto reglamentario núm. 1823 de 1973, quienes durante su reclusión se hubieran dedicado al trabajo o al estudio, bien en su calidad de condenados o de sindicados, tienen derecho a que se les abone un día por cada tres de trabajo o de estudio, debiendo cumplir para el respectivo cómputo ocho horas diarias continuas o discontinuas, en el primer ca

co, y seis en el segundo. Pero cuando el recluso haya actuado como instructor de otros en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria o secundaria, tendrá derecho a que se le compute doblemente el tiempo dedicado a dicha actividad, de manera que cada tres horas de enseñanza equivalgan a un día de estudio.

Lo anterior, como se desprende de la misma ley y del decreto reglamentario, tiene aplicación en diferentes etapas procesales. Una de ellas en favor del condenado cuando de tenerse en cuenta dicho descuento proceda la libertad condicional, y la otra, para el sindicado, cuando en las mismas circunstancias adquiriera el derecho a la excarcelación por haber sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciera como pena privativa de la libertad en el caso de ser condenado.

Esta legislación, inspirada en un elevado criterio sobre política criminal, revela el propósito legislativo de buscar una verdadera readaptación social en los destinatarios de las normas penales. Pero a nuestro juicio, ello no ha sido del todo afortunado, si se tienen en cuenta las exclusiones y requisitos establecidos por las normas respectivas.

En verdad, no vemos razón valedera para que de dicho beneficio no puedan ser acreedores los reincidentes o los considerados dentro de la sentencia como de alta peligrosidad, cuando precisamente es a esta categoría de individuos a quienes el Estado debe procurar una rehabilitación social. El delincuente ocasional, el primario, el que no tiene antecedentes judiciales o de policía es el menos necesitado de estos incentivos la

galés hacia su readaptación social. ¿Por qué entonces negarle dicho beneficio al reincidente, si éste dentro del cumplimiento de la pena tiene el firme propósito de redimirse en parte por medio del estudio y del trabajo? Por qué desalentarlo para aquellos fines con la presunción de que por sus antecedentes resulte ser un incapaz para su rehabilitación? ¿Por qué decirle que si durante su larga condena la aprovecha eficazmente en las readaptadoras actividades del trabajo y del estudio, esto judicialmente para nada se le tiene en cuenta?

Los anteriores interrogantes lo mismo se pueden formular contra la prohibición del beneficio en favor de los individuos considerados de alta peligrosidad. Fuera de ser esta ya una calificación obsoleta en el derecho penal moderno para la individualización de la pena, lo mismo que para el otorgamiento de los subrogados penales y demás beneficios de la ley, considerarla dentro del caso que se estudia para emitir ex ante un juicio negativo, así sea tácito, sobre la rehabilitación del recluso, es una censurable equivocación en materia de política criminal. Es un crudo determinismo jurídico que choca abiertamente contra todas las posibilidades morales y espirituales que tiene el ser humano para la enmienda, cualesquiera que sean sus antecedentes en el campo del delito.

En realidad lo que no sabemos es si la alta peligrosidad de que habla la ley haya querido considerarse como equivalente de la mayor peligrosidad prevista por el código de las penas. Porque si así fuere significaría que con solo afirmar en la sentencia condenatoria cualquiera de

las dieciséis circunstancias de mayor peligrosidad que trae el código en su artículo 37; ya esto impediría el otorgamiento del beneficio de la redención de pena por el trabajo y el estudio. Lo que resultaría de una evidente injusticia, porque además con dicho criterio podrían quedar también excluidos de la gracia los delincuentes primarios si, por ejemplo, por la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, o por los motivos determinantes, se pudiera predicar de ellos una alta peligrosidad. ¿Y cómo negársela también al reincidente por cuya razón haya merecido aquella calificación de alta peligrosidad, no obstante haber permanecido en los establecimientos carcelarios y penitenciarios durante diez o quince años, observando una intachable conducta, y, además, dedicado todo ese tiempo al trabajo y al estudio?

Pero si lo anterior fuera poco, el decreto reglamentario introdujo una traba más para el otorgamiento del beneficio, cuando en su artículo noveno exigió, entre otros requisitos, el certificado de antecedentes judiciales y de policía expedidos por el Departamento Administrativo de Seguridad. Con esto indudablemente se tornará ilusoria la redención de la pena, bien porque con la certificación se podrá argumentar una reincidencia genérica o específica o un estado de peligrosidad, o porque estando ausentes de él estas circunstancias, por la demora en su expedición resultare ineficaz para los fines perseguidos. Innecesaria resulta por lo demás esta exigencia, cuando es de suponer que tanto en la etapa del sumario como en la de la causa ya está acreditado el recluso

tiene o no antecedentes judiciales o de policía. Por lo menos esta es una de las primeras cuestiones que debe ordenar el instructor con respecto al sindicado, según mandato del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal.

Nuestro parecer es el de que sobre el aspecto anterior el ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria de la ley, pues que ésta sólo lo autorizó para dictar el estatuto respectivo a fin de organizar dentro de los establecimientos carcelarios los mecanismos de control de trabajo y estudio de los penados, de manera que pueda determinarse en cualquier momento, el tiempo preciso que han destinado a una u otra actividad, todo con el objeto de que la reducción de la pena en ella contemplada, opere sobre datos ciertos y comprobados. Estos precisos límites los entendió perfectamente el gobierno cuando dictó el decreto reglamentario núm. 417 de 1972, el cual parece que no le satisfizo, ya que lo derogó por medio del decreto núm. 1823 de 1973, en que se exigió el certificado sobre antecedentes judiciales y de policía.

VII.- SOBRESERMIENTO, SENTENCIA ABSOLUTORIA
Y CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO.

" Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreserimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código, o sentencia absolutoria, o cuando se dicte en primera o segunda instancia sobreserimiento temporal". Veamos por separado estas causas de excarcelación:

- a) Por sobreserimiento definitivo.- Esta providencia procede por cualquiera de las siguientes eventualidades:
 - 1a.) cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal; y
 - 2a.) cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los arts. 23 y 25 del Código Penal (C. de P.P., art. 491).

De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, el sobreserimiento definitivo sólo puede dictarse después de la ejecutoria del auto que cierra la investigación; de lo cual resulta que el funcionario competente para ello es sólo el juez de conocimiento.

Pero con lo anterior la doctrina ha planteado el siguiente interrogante: como la previsión del num. 1º, antes transcrito, es exactamente la misma del art. 163, sobre cesación del procedimiento ¿podría aplicarse este último artículo y no el del sobreseimiento definitivo, después de cerrada la investigación? Sobre el particular, proceden las siguientes consideraciones: es cierto que el art. 163 dispone que las previsiones en él contenidas pueden declararse jurisdiccionalmente "en cualquier estado del proceso", lo que quizás haría pensar que su viabilidad también podría corresponder al momento de la calificación del sumario, es decir, después de cerrada la respectiva investigación penal. Pero igualmente es cierto que la ley procesal dispone que después de cerrada la investigación, el juez solo puede tomar una de las siguientes decisiones: o dictar un auto de proceder, de sobreseimiento temporal o definitivo (art. 480).

Si en la invocación de alguna de las dos normas pudiere estar incluido un principio de favorabilidad hacia el procesado, no vacilaríamos en admitir que la cesación de todo procedimiento por la causal que se analiza podría decretarse en el auto calificadorio, si esto resultare más favorable a los intereses del procesado, en lugar del sobreseimiento definitivo.

Pero como ambas providencias hacen tránsito a cosa juzgada; que tanto la una como la otra tienen como fundamento los mismos fe-

nómenos procesales y que, por consiguiente, trascienden en el mismo sentido de una absolución; que en ambas circunstancias existe el control del ministerio público; que las dos tienen el grado de jurisdicción denominado consulta, con la pequeña diferencia de que tal consulta no proceda en el sobreseimiento definitivo cuando la infracción tiene señalada una pena privativa de la libertad personal menor de un año (C. de P.P., art. 199), creemos que ni siquiera el principio del favor rei se podría hacer valer para aplicar el art. 183.

Por ello no encontremos ni atendibles razones jurídicas, ni argumentos de conveniencia por la simple economía procesal, ni mayores o menores beneficios o perjuicios para el inculcado, el que después de cerrada una investigación se deba optar por acoger el art. 183, en lugar del 491, sobre sobreseimiento definitivo, cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal.

Desde luego, sostenemos esta tesis en aras de un fiel acatamiento a la ley y dentro de lo que creemos sea una sana hermenéutica jurídica, y no porque creemos que un proceder en contrario ofendería los devotos intereses de la justicia o que menguaría en alguna forma los derechos del procesado, los cuales, a nuestra manera de ver, quedarían igualmente incólumes con cualquiera de los dos procedimientos.

Si por el aparente conflicto de normas ha podido surgir esta controversia, ella se encuentra por completo descartada en lo referente al num. 2°, pues de modo exclusivo existe esta previsión legal para terminar por sobreesimiento definitivo los procesos penales en que se halle acreditada plenamente alguna de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la antijuricidad contempladas en los arts. 23 y 25 del Código Penal.

Pero en lo que sí habría una abierta violación a la ley, un censurable atropello a la misión de la justicia y un indebido conculcamento de los derechos del sindicado, sería en que se finalizara el proceso penal mediante una declaratoria de prescripción de la acción penal, — cuando en el proceso fuere evidente la presencia de alguno de los motivos para el sobreesimiento definitivo. Es lo que con acusadora indolencia y ofensiva comodidad hacen algunos funcionarios, principalmente — cuando se ven abocados al estudio de un proceso voluminoso y complejo. En estas circunstancias, para fundamentar un sobreesimiento definitivo les demandaría un estudio consciente y reflexivo de todo el acervo probatorio, cuando para declarar la prescripción les sería suficiente un simple cómputo aritmético.

Es indudable que el anterior procedimiento entraña la mayor iniquidad procesal, ya que con él, deslealmente, se deja en entredicho la conducta del inculminado. Por lo menos, ante la sociedad aparecerá dudosa su inocencia, es decir, que la justicia no la pudo reconocer en-

fáticamente, y así, ante ambas, seguirá llevando su existencia con la duda sobre su culpabilidad. Por eso, cuando concurren las dos situaciones después de cerrada la investigación, el juez estará obligado, legal y moralmente, a sobreeser en forma definitiva, y no a fenecer el negocio penal con una declaratoria de prescripción de la acción. Pero si prefiere proceder en el último sentido, el sindicado está en su pleno derecho si renuncia a dicha prescripción, a fin de que a cambio de esa decisión se sobreesa definitivamente. O apelar, para buscar ante el superior el mismo fin.

B) Por cesación de procedimiento.— Por economía procesal, — cuando se presenta alguna de las previsiones del art. 163 del C. de P. P., se debe dictar el auto de cesación de procedimiento. Por lo tanto, sería de desear que una vez terminada la instrucción del sumario se escogiera esta solución (de ser ello pertinente), en lugar de declarar cerrada la investigación para terminarlo por sobreesamiento definitivo. Sin embargo, tampoco es absolutamente necesario esperar al vencimiento de los términos de instrucción para dictar la providencia, ya que el artículo lo permite "en cualquier estado del proceso", es decir, con posterioridad al auto por el cual se declara abierta la investigación penal. Porque es a raíz de este auto cuando verdaderamente se puede hablar de proceso. Pero esto no podría significar que el competente para ello sea el funcionario de instrucción, a no ser que este mismo sea el del conocimiento, — como acontece con los jueces municipales cuando instruyen los procesos

que ellos mismos habrán de fallar. Como se trata de una providencia que resuelve de fondo y definitivamente el mérito del negocio, es de elemental lógica procesal que esa misión no pueda cumplirla sino el encargado de juzgar el delito materia de la imputación.

Como bien se advirtió atrás, el art. 163 reproduce textualmente - las tres circunstancias previstas por el art. 491 en su n.º 1º. En la norma que prevé la cesación de procedimiento solo se agregó como modalidad para aquella determinación jurisdiccional, "o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse". Son, por lo tanto, varios los casos que se pueden presentar: a) por la inexistencia del hecho imputado; b) por la ausencia de imputación contra el procesado, a pesar de que el hecho denunciado exista; c) por la atipicidad del hecho acriminado; y d) por los fenómenos procesales que impiden poner en movimiento la acción penal o proseguirla si se ha iniciado, como el desistimiento, la caducidad, la muerte del procesado, la retractación (en delitos de injuria y calumnia), el matrimonio (en delitos de estupro y violencia carnal), la prescripción, la oblación, la amnistía, la cosa juzgada.

Para replantear un poco el tema sobre las decisiones que puede tomar el juez del conocimiento una vez ejecutoriado el auto que cierra la investigación, conceptuamos que en esta oportunidad sí se pueda aplicar el art. 163, sobre cesación del procedimiento, pero solo cuando se presente alguna de las situaciones del literal d) del párrafo anterior, ya que el -

sobreseimiento definitivo no está previsto para ninguna de dichas circunstancias.

Però es natural que resultaría contrario a los fines del proceso penal, además de ilógico y absurdo, el que antes de dictarse auto cabeza de proceso no se pudieran hacer las mismas declaraciones judiciales del art. 163. Por un principio de seguridad jurídica, por justicia, por economía procesal, no debe abrirse un proceso penal a sabiendas de la irrelevancia de la incriminación. Precisamente, para facilitar este pronunciamiento en momento oportuno, se estableció la previsión legal del auto inhibitorio (art. 320), el cual preceptúa que "el juez instructor se abstendrá de iniciar sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse...". Lo que está significando un claro derrotero en la economía de la actividad procesal, para evitar así un diligenciamiento inútil, además de los perjuicios e incomodidades que ello podría traerle al indiciado. Y a diferencia del 163, el instructor puede dictar este auto inhibitorio, previamente motivado, siendo susceptible de los recursos ordinarios por parte del ministerio público y del denunciante o querrelante.

Como puede advertirse, se hizo bien al excluir de la posibilidad del auto inhibitorio la previsión del art. 163, de que el procesado no haya cometido el hecho imputado, en primer lugar, porque hasta dicho

momento no se puede atribuir la calidad de procesado, y, en segundo término, porque si el presunto imputado no ha cometido el hecho que se le atribuye, pero este existe como infracción penal cierta o hipotética, el instructor tendrá de todas maneras que abrir la investigación correspondiente, ya que no tiene facultad alguna de disponibilidad, y, en consecuencia, no puede dejar de adelantarla si el procedimiento es oficioso. Esta es, en nuestro concepto, la condición primaria para poder incoar un proceso penal; por ello consideramos equivocada una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que sostiene que se debe rechazar la acción penal cuando aparece con toda certidumbre que el procesado no ha cometido el hecho imputado, y declinamos equivocada, porque si esta fuera la situación y el hecho existiera al menos hipotéticamente como delito, no sería del caso abstenerse de "iniciar sumario", sino todo lo contrario, sin que con esto se perjudique la situación del acusado, a quien, si en realidad de verdad no ha cometido el hecho, ni siquiera se le deberá recibir declaración indagatoria. Pero, salvo esta discrepancia, consideramos acertada la posición de la Corte, al afirmar en la misma providencia el rechazo de la acción penal cuando antes de dictarse auto cabeza de proceso, se advierta con toda certidumbre que el hecho imputado no ha existido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no debe iniciarse por otras causas.

Este auto, por medio del cual se ordena cesar todo procedimiento

./.

contra el presunto reo, procederá aun de oficio y deberá ser consultado, tal como lo dispone la norma en estudio. Pero, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, el previo concepto del ministerio público no tiene que ser favorable. Si fuere desfavorable -- se decía sobre aquella legislación -- "el juzgador no puede contrariar el querer de la sociedad, que se supone expresado por medio de su vocero, -- porque justamente el ejercicio de la acción penal le está atribuida al -- ministerio público y si este considera que debe proseguirse un proceso, la autoridad judicial no puede apartarse de esa opinión". Lo cual resultaba una gravísima inconveniencia al considerársele titular de la acción, cuando ésta sólo puede estar radicada en los funcionarios del órgano jurisdiccional del poder público. A ello tenía que conducir el haber introducido en nuestro sistema procesal una norma de marcado tipo acusatorio como la del art. 95 del Código procesal anterior, que incluyó al ministerio público entre los titulares de la acción penal, error que fué corregido por el actual art. 10, al establecer que la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del ministerio público.

c) Por sentencia absolutoria.- Si dentro del proceso penal no están reunidos los requisitos que para dictar sentencia condenatoria exige el art. 215 del Código de Procedimiento, es decir, la prueba plena y completa de la infracción por la que se llamó a juicio y la de que el procesa-

do es responsable de ella, procede un pronunciamiento de absolución, pues sería una ignominia moral de la ley prolongar indefinidamente el suspenso sobre una definitiva decisión de la justicia respecto a una imputación penal.

Y si para este caso está prevista la excarcelación, es porque -- existe ya una especie de presunción de inocencia y un alto coeficiente de probabilidades de ser confirmada. La libertad por esta causal es un derecho subjetivo del imputado, cuyo reconocimiento no puede ser puesto en peligro ni siquiera por apelación del ministerio público. Y tan favorable se considera la situación jurídica de quien fue beneficiado por una decisión jurisdiccional de esta naturaleza, lo mismo que -- con la del sobreseimiento definitivo y la cesación de procedimiento, -- que se les concedió el especial privilegio de que para poder disfrutar de la excarcelación, solo se les puede exigir una caución juratoria, -- para facilitarles así la libertad en el menor término posible. Por eso dijo acertadamente CHICHIZOLA, con referencia a la legislación argentina, que "la posición del acusado absuelto por una sentencia de primera instancia que ha sido recurrida es diferente, pues los indicios que existían en su contra han quedado desvanecidos por el fallo absolutorio y porque la probabilidad de acierto que lleva implícita toda resolución judicial -- aunque no haya pasado en autoridad de cosa juzgada -- crea en favor del imputado una presunción de inocencia que justifica que en

el caso del artículo 504 del C. de P.P. se le conceda el derecho de obtener su libertad bajo caución, cualquiera que sea el delito que se le imputa.

d) Por sobresacimiento temporal.- Esta providencia debe nacer a la vida jurídica del proceso, cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y cuando no exista contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio (C.P.P., art. 489). Son los mismos dos requisitos sustanciales que conjuntamente exige el art. 431 del mismo Código para poder dictar auto de proceder. Sin embargo, para el sobresacimiento temporal no se requiere la simultaneidad de esos dos requisitos, pues bien puede estar probado plenamente el cuerpo del delito (art. 310) y, en cambio, no existir contra el procesado la prueba suficiente para residenciarlo en juicio, fenómeno que, en nuestra opinión, no podría presentarse a la inversa, porque si se reconoce la existencia del acervo probatorio necesario para un auto de proceder, dentro de este presupuesto debe entenderse implícita la prueba plena sobre el cuerpo del delito.

Veremos en seguida cómo los principios normativos del sobresacimiento temporal sufrieron fundamentales y convenientes innovaciones.

En primer lugar, se suprimió la consulta de este primer sobresacimiento temporal, ya que, en la legislación anterior, dicho procedimiento llegó a generar situaciones realmente absurdas y contradictorias. En rea-

lidad, como al sobreserse temporalmente y surtirse la consulta en el -
efecto devolutivo, al reabrirse la investigación era perfectamente fac-
tible que se pudiera presentar este confuso desequilibrio e incongruen-
cia: el proferimiento de un auto de proceder en la etapa de consulta del
sobresamiento temporal, cuando al mismo tiempo de la recepción de
las pruebas en la reapertura de la investigación - pruebas desconocidas
por el superior que enjuiciaba - podían resultar mejores elementos de
juicio para justificar el sobresamiento temporal, o bien para un sobre-
samiento definitivo, o en el peor de los casos, para una más benigna ca-
lificación del sumario. No faltaron casos, ciertamente excepcionales, -
de dos providencias, abiertamente contradictorias emanadas del a quo
y del ad quem. Esto no podrá presentarse ya con la nueva ley procesal,
porque no sólo fue suprimida la consulta de dicha providencia (la cual -
se reservó para el segundo sobresamiento temporal), sino también por-
que en caso de ser apelada, "el inferior no podrá hacer una nueva cali-
ficación antes de que el superior resuelva", según mandato del art.490

En segundo lugar, fué constante la controversia sobre si el desem-
bargo de los bienes comprometidos cautelarmente en el proceso para -
eventual indemnización de perjuicios, podía obrar sin la confirmación
del sobresamiento temporal por el superior. Esta tesis fué defendida
con razón, a nuestro parecer, con el argumento de que si obligaba el -
cumplimiento de lo principal de la decisión judicial, como era la liber-

dimiento Penal). Pero sobre esto no creemos que pueda prosperar ninguna duda, porque cuando el art. 17, sobre perjudicialidad penal, habla de "auto de sobresesimiento", debe entenderse que se refiere al sobresesimiento definitivo, que es el que pone fin al negocio. Como lo que se trata de prevenir con la norma sobre perjudicialidad penal es que no se vaya a presentar un conflicto de jurisdicciones, es decir, que dos jueces - puedan llegar a conclusiones completamente diferentes sobre un mismo hecho, este conflicto sólo surgiría obviamente ante la presencia de dos fallos distintos. Tanto es así, que el art. 17 habla de fallo en materia penal, y los sobresesimientos temporales no pueden calificarse de esa manera, porque son autos interlocutorios con sus secuelas procesales pertinentes.

Y otro argumento para pensar que a lo que el art. 17 se refiere es el sobresesimiento definitivo y no el temporal, es el de que la misma norma habla de la suspensión de la controversia civil o administrativa hasta cuando se pronuncie sentencia definitiva irrevocable. De consiguiente, no se puede pensar que se hubiera querido equiparar la misma situación tanto para una sentencia que haya hecho tránsito a cosa juzgada, como para ese primer sobresesimiento temporal. Por lo demás, la duda no se había planteado antes, no obstante tener la norma una vigencia de treinta y cinco años, ya que este art. 17 no es sino una reproducción textual del 11 en el Código anterior.

./.

Ahora bien, respecto al segundo sobreesamiento temporal y a ciertas consecuencias jurídicas que de él se derivan, previo el cumplimiento de determinadas condiciones procesales, a nuestro juicio se ha creado sobre ella una injustificada alarma. Dice la norma correspondiente - (art. 495), que una vez ejecutoriado el segundo sobreesamiento temporal, se archivará el expediente, y que dentro de los dos años siguientes se podrá proseguir la instrucción, bien de oficio o a solicitud de parte, siempre que resulte prueba que tienda a demostrar la responsabilidad o inocencia del sindicado. Y agrega que, si vencido ese término de archivo del proceso sin que se reinicie la instrucción, o sin que exista mérito para calificar de fondo el sumario, bien con auto de proceder o de sobreesamiento definitivo, se ordenará cesar la investigación respecto de la persona en cuyo favor se sobreesó temporalmente.

Es que resultaría injusto e insólito por demás, que después de haber permanecido un proceso penal archivado por espacio de dos años, sin haberse podido reiniciar la instrucción, por ausencia de pruebas por practicar, y sin que durante ese tiempo el Estado hubiera demostrado ningún interés en movilizar nuevamente la investigación, el imputado tuviera que resignarse a dicha pasividad, cuando su conducta se encuentra todavía entre entredicho. Habría, pues, que buscar una solución para cuando no fuera del caso enjuiciar ni tampoco sobreeser definitiva - mente. Y presentada esta situación, así sea nada más por el principio del in dubio pro reo, el Estado debe cancelar todas sus pretensiones

./.

punitivas por medio del auto que ordena cesar la investigación contra el procesado, ya que ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse, donde haya identidad de razón, debe existir identidad de derecho.

VIII.- POR VEREDICTO ABSOLUTORIO.-

"Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere ésta declarado contraevidente por el juez superior dentro de los ocho días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos.

"Cuando el veredicto del segundo jurado sea absolutorio, se decretará la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del proceso".

Tenemos que, por mandato del art. 565, "si de autos apareciere que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, así lo declarará el juez y consultará su decisión con el Tribunal Superior". Pero cuando el veredicto es absolutorio y se encuentra detenido el procesado, empieza para éste la expectativa sobre su libertad. Y entonces pueden ocurrir las siguientes consecuencias procesales:

a) La excarcelación inmediata, si el juez considera que el veredicto no habría de ser declarado por él mismo como contrario a la evidencia de los hechos. Si fuere este el caso, por el conocimiento previo que del proceso tiene dicho funcionario, ninguna razón justificaría el demorar la excarcelación hasta la sentencia absolutoria.

b) La excarcelación dentro de los ocho días hábiles siguientes al veredicto, cuando al término del plazo aquí no hubiera sido decla-

rado contraevidente. Por esto mismo, nace para el absuelto un verdadero derecho a la excarcelación automática al vencimiento de dicho término, después de lo cual podría declararse la contraevidencia. Pero si esto ocurriera, no podría el juez revocar la excarcelación concedida, como con indudable arbitrariedad acostumbran hacerlo algunos funcionarios. Este proceder sería incompatible con el espíritu que alienta en la norma y con los principios generales de justicia sobre el favor libertatis y el favor rei: Sería una excarcelación írrita, casi una burla judicial a los derechos del procesado. Porque concederle la libertad por mandato de la ley, vencidos los ocho días después del veredicto absolutorio, y pocos días después, por virtud de la contraevidencia, encarcelarlo de nuevo, sería darle una interpretación odiosa a la ley, servirse ella como instrumento para amenaza innecesaria a la libertad ciudadana. Y más inadmisibles aún en los casos conocidos por la práctica forense, cuando el juez de primera instancia solo viene a declarar contraevidente el veredicto y consecuentemente la encarcelación, a los varios meses, y aun al año, o más, después del veredicto del jurado de conciencia.

Estas observaciones proceden con base en los mandatos legales. El art. 208 del C. de P. P. establece que "en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada". Por su parte, sobre el momento de la ejecutoria, el art. 209 del mismo Código prescribe que será cuando contra la providencia respectiva no se hubiere in-

terpuesto recurso alguno y no deba ser consultada. Y como el art. 199 en su num. 4° preceptúa que está sometido a consulta "el auto por medio del cual se declara la contraevidencia del veredicto", se deduce de todo ello que por no causar ejecutoria aquel auto ante el a quo, él mismo no puede cumplirse en las condiciones analizadas.

c) La excarcelación en virtud de la sentencia de primera instancia, dictada dentro de los ocho días hábiles siguientes al veredicto, viene a transformarse así en una causal distinta de la que se analiza, la cual está incluida dentro del numeral anterior ya estudiado.

d) La excarcelación como consecuencia del segundo veredicto absolutorio, hipótesis en que ya no existe ninguna clase de impedimento legal o incertidumbre en la interpretación de la norma, pues por expreso y terminante mandato de ella, el veredicto del segundo jurado es definitivo (art. 535, inc. 6°), debiéndose, por lo tanto, decretar la libertad inmediata, con el solo compromiso de presentación personal del procesado.

Hay, de otra parte, situaciones especiales en las que aun confirmado o declarado contraevidente el veredicto por el superior, estando excarcelado el procesado, no se le debiera recluir nuevamente. Es la situación del absuelto, a quien le faltan pocos meses y aun días para el cumplimiento de la pena que habría de corresponderle en caso de resultar condenado por el segundo jurado. La caución que debió prestar para

gozar de la excarcelación, sería suficiente garantía de compromiso para las necesidades de su presencia en las etapas posteriores de la causa.

Como se ve, si al juez no lo obliga en manera alguna el primer veredicto absolutorio, por lo cual se constituye en un eficaz control sobre las decisiones del jurado, la libertad del procesado también se encuentra protegida para cuando el juez no haga su pronunciamiento de contraevidencia oportunamente. Es la justa y equilibrada posición de la ley para defender simultáneamente los intereses de la sociedad y los del ciudadano cuya conducta está en juzgamiento.

Omitimos, por no estar dentro de los fines que nos hemos propuesto en este estudio, formular un juicio completo sobre la institución del jurado de conciencia. Pero, en todo caso, no podemos declarar nuestra solidaridad con las amargas imprecaciones, el desafecto y el escarnio con que el profesor NELSON HUNGRIA se ha referido a dicha institución para tildarla y afrentarla con los más cruentos y descarnados epítetos: "Es la patente del corso - ha dicho - el diploma de impunidad para toda suerte de prevaricaciones, flaquezas y cobardías, - para todos los caprichos e inequidades, para todos los veredictos absurdos. Y, principalmente y ante todo, para las tortuosidades de la justicia a favor... Lo que allí se enseña es una justicia bizca, estrábica, que apadrina a los ricos y a los protegidos, para condenar solamente

a los desprovistos de fortuna o dejarlos a su propia suerte..." Al leer este apasionado pensamiento, vertido con toda la fuerza emocional del distinguido tratadista, sólo podemos consentir una reconciliación con las palabras de PASTORET, acogidas por CARRARA: "El deseo que algunos llevan hasta la monomanía de ver condenar siempre al acusado, es una aberración del derecho penal y un insulto a la humanidad, así como es una irreverencia a la magistratura lamentar las absoluciones... Verdadero escándalo sería ver a los tribunales condenar siempre..."

**IX.- POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS SIN
CALIFICAR EL NEGOCIO.-**

"Cuando vencido el término de ciento ochenta días de privación - efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario.

"Este término se ampliará a doscientos setenta días cuando sean tres o más los procesados contra quienes estuviere vigente auto de detención, o cuando sean tres o más los delitos materia del proceso.

"Si al resolver esta solicitud el juez encontrare que hay mérito para dictar auto de llamamiento a 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. Si no lo califica en este término, decretará inmediatamente la excarcelación".

Esta norma habla de "privación efectiva de la libertad", para dar a entender que se trata de la detención física y no de la jurídica, que puede existir sin aquella. Por eso, una persona que estuviere disfrutando de la suspensión de la detención, en los términos de los arts. - 452 y 673 del Código, no podría invocar el derecho a la excarcelación, si al ser recluido nuevamente por haber desaparecido los motivos que dieron lugar a la suspensión, quisiera computar el tiempo de ésta.

El fundamento de esta disposición reside en que el legislador con-

sidera que los términos allí fijados son más que suficientes para entrar a calificar el mérito del sumario. Teniendo en cuenta que la instrucción es de treinta días como mínimo y de sesenta como máximo, fuera de los quince días de la emplazación (arts. 317 y 472), ya el juez, no sólo por el factor tiempo sino por el acervo probatorio recogido, debe estar en condiciones de formular un juicio sobre el mérito de la prueba y la incidencia de ésta sobre el procesado. Pero de no hacerlo dentro de los límites fijados, de ciento ochenta días o doscientos setenta, según el caso, el sindicado no puede sufrir las consecuencias de ello, y por eso nace para él la excarcelación automática.

Es fácil advertir entonces que la norma cumple dos fines muy sustanciales: el primero, porque le da al procesado la garantía de no tener que soportar indefinidamente una detención por la negligencia del funcionario o exceso de trabajo en el despacho judicial; y el segundo, porque significa un serio compromiso del juez ante la sociedad, al conminarlo para hacer la calificación de los sumarios dentro de los términos previstos en la ley.

X.- POR LA EDAD

"En los delitos sancionados con pena de prisión cuando el sindicado fuere mayor de diez y seis años y menor de diez y ocho, o cuando hubiere cumplido setenta años, siempre que su personalidad, los motivos determinantes del delito y las circunstancias en que lo cometió hagan aconsejable su libertad".

Es una causal de excarcelación que se explica por sí sola. La informa un ennoblecedor espíritu de protección a la juventud y consideración a la ancianidad. Se buscó con ello atemperar la reducción que se hizo de la edad penal para los menores de dieciséis años, y esto fue indudablemente un error legislativo, porque no obstante la precocidad y gravedad de la delincuencia juvenil en el convulsionado mundo en que vivimos, es catastrófica y desaconsejable política criminal permitir que los jóvenes puedan contagiarse del ambiente nocivo de nuestras cárceles, circunstancia esta que, con toda probabilidad, resultaría más nociva para su readaptación social. Y por lo referente a los mayores de setenta años, la ley ha querido humanizar su situación por este aspecto, en primer lugar, porque la violación a ella en esta edad, es muy excepcional (quizás no llega al dos por ciento de la delincuencia general); y en segundo lugar, porque las condiciones fisiológicas y síquicas de la ancianidad, ya de por sí sensiblemente afectadas, se venían muchísimo más agravadas, con perjuicio notorio de su salud. Y el estado no quería ha-

car sentir implacablemente su magisterio punitivo contra un hombre que ya está en la declinación de su vida.

Se excluye la excarcelación en procesos por delitos con pena de presidio y se deja la facultad al juez para concederla, según la personalidad del sindicado, los motivos determinantes del delito y la circunstancia en que se haya cometido. Es por ello una causal para ser apreciada con el prudente juicio y sano criterio de los jueces.

Más viable y conveniente era a nuestro juicio la modalidad consagrada en el art. 20 de la ley 16 de 1969, por cuanto con esta legislación, sin excepciones de ninguna naturaleza en lo referente al delito, permitía para la misma calidad de personas el aplazamiento de la ejecución de la detención, con la única exigencia de que la libertad así concedida no ofreciera peligro, en concepto del juez.

CAPITULO III

OTRAS EXCARCELACIONES

I.- EN LA LIBERTAD CONDICIONAL

En el tercero de los subrogados penales, al lado del perdón judicial y de la condena de ejecución condicional, con cada uno de los cuales tiene semejanzas, pero también diferencias. Está prevista en el Código Penal (Art. 85) para los condenados a las penas de prisión o arresto no menores de dos años y que hayan cumplido las dos terceras partes de la pena, o para los condenados, a penas de presidio que hayan cumplido las tres cuartas partes, siempre que su personalidad, su buena conducta en el respectivo establecimiento carcelario, sus antecedentes de todo orden, le permitan al juez presumir fundamentada que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que no volverá a delinquir. Es, por lo tanto, una institución que propende a fomentar el incentivo de un buen comportamiento de los condenados en sus respectivos establecimientos para cumplimiento de la pena. Es un premio que les anuncia y anticipa la ley para cuando, transcurrido determinado tiempo de la condena, pueda ser eximidos de parte de esta, si, hasta ese momento, han dado muestras de merecer la libertad.

./.

Para la concesión de este beneficio, el juez tendrá que mirar hacia atrás en la vida del condenado, porque "sus antecedentes de todo orden" habrán de servir para el juicio que haya de emitirse en torno a la libertad. Pero debe también formularse un pronóstico sobre la vida futura del condenado, bien sobre las probabilidades de una recaída en el delito, de su conducta refractaria a las normas éticas y de convivencia social. Es decir, que para tener derecho a invocar este beneficio, es necesario que haya salido bien en el escrutinio del pasado, del presente y también del futuro. Por eso la misma ley va aumentando o disminuyendo el tiempo que requiere el cumplimiento de la pena para poder solicitar el beneficio, según se trate de reincidente o de condenado por dos o más delitos, caso en el cual ya son las "cuatro quintas partes de la pena" lo que debe haber cumplido para poder solicitar la libertad. Y de la segunda reincidencia en adelante, se pierde definitivamente el derecho, según el art. 69, inc. 2°, del Código Penal.

Como sabemos, este beneficio, en virtud de la legislación vigente, puede tener también lugar en la etapa del sumario, con el fin de que no vaya de pronto a hacerse nugatorio. Aunque la institución tiene una clara fisonomía de subrogado penal, para ser reconocido como consecuencia de una sentencia condenatoria, podría ocurrir que al llegar este momento ya se hubiere pagado la totalidad de la pena impuesta en aquella providencia, con lo cual quedaría patentizada la injusticia de que

por la demora en dictarla, el reo había perdido definitivamente la oportunidad de disfrutar del beneficio. Para evitar esta situación, en cualquier momento procesal se pueden tener en cuenta las condiciones requeridas por la ley para el otorgamiento de dicho subrogado, si de esto resulta el cómputo de tiempo en detención preventiva como igual a la pena que había de imponerse. Esto es, que se considere a priori la pena que a posteriori podría corresponder, previas las reducciones pertinentes a las "dos terceras partes", a las "tres cuartas" o a las "cuatro quintas". Lo que no obstaría para que después, en caso de ser condenado, se ejecutara el resto de la pena, la "tercera", "cuarta" o "quinta" parte rebajada para los efectos de la excarcelación, si se concluyere que no tuvo derecho a la libertad condicional. Técnicamente, entonces, la libertad condicional solo procede dentro de la causa y cuando se haya dictado sentencia condenatoria privativa de la libertad; de lo cual se colige que, en las etapas anteriores, no es que jurídicamente se reconozca el beneficio, sino los requisitos para el mismo.

En varios aspectos, este subrogado se diferencia del de la suspensión de la ejecución de la pena. Aquel, por ejemplo, favorece a los condenados a penas de presidio y aun al reincidente por primera vez; en cambio, el segundo apenas está previsto para los condenados a pena de prisión y arresto y sobre quienes no haya recaído ninguna condena anterior; la "condena condicional" está instituida para las penas

cortas y con el objeto de que el delincuente primario, pasible de una pena por delito no grave, sea preservado para la vida en sociedad, al sustraerse del ambiente pernicioso de las cárceles y penitenciarías, en tanto que la "libertad condicional" se ha establecido para atemperar - la duración de las penas a largos años, y, entre otras cosas, con una contraprestación legal consistente en el buen comportamiento en el establecimiento carcelario. Pero resulta que, siendo este último uno de los requisitos esenciales, cuando él se cumple satisfactoriamente en la calificación de la conducta del condenado que solicita la libertad condicional, esta se le niega de continuo, con los argumentos más pueriles y arbitrarios: al condenado a veinte años de presidio, que ya lleva quince en cumplimiento de la pena, se le niega el beneficio, con el insidioso argumento de que los peores delincuentes son los de mejor conducta en los presidios; quien está cumpliendo una pena es rechazado a la libertad condicional porque en su vida pasada le aparece una simple sindicación que es tenida como "antecedente de todo orden", según la expresión del art. 88 ya citado; a quien compareció y fué condenado por un delito que conmovió hondamente a la opinión pública, se le pone toda clase de trabas y de inconvenientes para soslayarle el subrogado, así su vida haya transcurrido ejemplarmente durante veinte o más años en el presidio.

Por lo anterior, debiera pensarse en la regulación legal de estos subrogados penales, como un derecho y no como un beneficio, para que

esta decisión, de tanta trascendencia sobre la libertad de un condenado, no quede al simple capricho del juez, sino de la norma, con requisitos concretos que no dejen campo a la especulación, a la hipótesis, a la libre interpretación; y que aquel no haga, como puede hacerlo hoy, negar tres, cuatro o más años de libertad, con solo presumir que el condenado no ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que volverá a delinquir. Con cualquier argumento se edifica hoy una presunción de esta naturaleza. Se llega a tanto en este punto, que, como lo anotábamos antes, los hechos que al condenado le son propicios para poder acceder a su liberación, se vuelven en su contra, como cuando contra el concepto favorable y motivado del consejo de disciplina del establecimiento en donde se está descontando la pena, se arguye que el condenado simplemente observó buena conducta para poder algún día valerse de ello a fin de obtener el subrogado penal. Y esto solo puede significar una absurda, arbitraria e inicua interpretación de la ley, o aplicarla de manera odiosa, injusta y contra derecho.

Con base en la legislación anterior, sostenía la Corte Suprema de Justicia, que cuando actuaba en su carácter de tribunal de casación, carecía de competencia para resolver peticiones relativas a la libertad condicional, toda vez que el otorgamiento de tal beneficio estaba atribuido al juez que dictó la sentencia de primer grado. Y además, porque una de las condiciones para el reconocimiento del subrogado es que el

120

fallo definitivo esté ejecutoriado, lo que no ocurriría con una sentencia sub iudice por virtud del recurso de casación. Así, muchas veces en la práctica se perdía este beneficio, porque al regresar la causa al juez de la primera instancia, ya se había terminado de pagar la totalidad de la pena. Cuando no era que para poder recibirlo oportunamente, se desistía del recurso de casación, con el cual el condenado podía haber conseguido una sensible modificación favorable de su situación jurídica. Esto no deberá ocurrir en la actualidad, ya que la excarcelación por "pena cumplida" tiene su viabilidad en cualquier etapa del proceso y desde el mismo momento en que se pudiere obtener la "libertad condicional", si se estuviera frente a una sentencia condenatoria ya ejecutoriada. Y como esta causal de excarcelación podría presentarse al momento de estar el proceso a conocimiento de otro funcionario o corporación distintos al juez de primera instancia, aquellos por mandato de la ley, tienen también competencia para conocer de las solicitudes que en tal sentido se hagan, y resolver de conformidad con la norma legal.

Todo esto nos lleva a albergar la esperanza de que en la aplicación de este subrogado penal se humanice más la decisión jurisdiccional, y que, por ello mismo, el criterio endurecido de los funcionarios ceda el paso al verdadero espíritu de la ley, que ante todo busca la libertad del condenado cuando se han conseguido ya los fines de la pena y es, por lo tanto, innecesario su total cumplimiento. Así, pues, para

cubrir los riesgos de una libertad condicional en favor de quien a posteriori resultare no haber sido merecedor de ella, bien porque luego de estar disfrutándola cometiere un nuevo delito o violare los deberes que se le hubieren impuesto (C.P.art.87), se le revocará y se le hará efectivo el resto de la pena que haya dejado de cumplir. Se trata de un período de prueba que comprende el tiempo que falte para cumplir la condena, y hasta una tercera parte más, lo cual constituye una excelente previsión de política criminal, porque es de suponer que dicha amenaza por parte de la norma, inclinará al condenado así favorecido a mantenerse dentro de las obligaciones judiciales impuestas, a fin de no tener que regresar a cumplir el resto de la pena.

Un gravísimo vacío soporta nuestra legislación procesal con respecto al otorgamiento de este subrogado para los condenados a una pena principal de relegación a colonia agrícola o penal. Y la misma situación subsiste en torno a la "condena condicional". No resulta armónica la posición de la ley cuando dichos beneficios, según el caso, favorecen a los condenados a las penas más graves, como son las de prisión y presidio, y no a los condenados a relegación en colonia agrícola. Esta diferencia notoria de tratamiento penológico ha motivado muchas injusticias, pues, los jueces se han visto privados de la oportunidad de hacer suspender la ejecución de una pena, cuando el condenado ha dado pruebas suficientes y satisfactorias de que no es necesario que se le haga soportar la aflicción

de aquella hasta el último minuto. Y se torna más grave esta situación, si tenemos en cuenta que los condenados a dicha pena tienen que cumplirla inexorablemente en nuestros comunes establecimientos carcelarios, en promiscuidad con los condenados a penas de prisión y de presidio, que sí tienen aquellos beneficios.

Podría pensarse - por vía jurisprudencial - para efecto de estos - subrogados penales, en equiparar la pena de relegación a colonia agrícola a la de prisión, con lo cual se unificarían principios tanto de dogmática - jurídica como de política criminal.

ligeridad, porque si el individuo, antes de los dos años o del año, según el caso, da pruebas evidentes de su aptitud para poderse reintegrar nuevamente a la sociedad, sin peligro de perjudicarla u ofenderla, no se ve la razón para que de todas maneras tenga que permanecer en aquellos establecimientos el tiempo mínimo que fija la ley. Y así como esta, a priori, no podía lógicamente determinar el máximo de tiempo en que debían cesar aquellas medidas, por la absoluta imposibilidad de saber con anticipación cuándo desaparecería la peligrosidad del individuo, con la misma razón no debió haber fijado el mínimo con el cual podía hacerse cesar la medida, porque esto equivaldría a presumir que antes de ese tiempo persistía en estado de peligrosidad. Pero a esto llegó la escuela positivista con su bandera de la defensa social y el slogan de la prevención del delito.

Por eso creemos - así suene a heterodoxia conceptual - que el derecho penal nada debiera tener en común con los inimputables. Sólo el hombre con su capacidad de entender y de querer, con su conciencia y voluntad no sofocadas por causa alguna, debiera ser el sujeto pasivo del reproche jurídico. Y si uno de los más fundamentales principios de la ciencia penal moderna es el de que no puede existir responsabilidad sin culpabilidad - *nullum crimen nulla poena sine culpa* - vemos entonces que el concepto de peligrosidad está condenado a ser sustituido como fundamento de la responsabilidad y de la pena. Por eso declara -

mos nuestra solidaridad ideológica con el luminoso pensamiento de BE -
 TTIOL, cuando dice: "Si la medida de seguridad no es una sanción, nada
 tiene entonces que hacer en el campo del derecho penal. Varias veces -
 hemos advertido que por derecho penal debe entenderse el conjunto de nor-
 mas que giran en torno de la idea de culpa y de pena, y que contemplan el
 delito desde el punto de vista represivo, aunque, en último análisis, la
 represión sirva para prevenir. Las normas que contemplan el delito des-
 de el punto de vista preventivo y que lo consideran como indicio de un es-
 tado de peligrosidad que requiere la aplicación de un medio profiláctico,
 no son normas penales. Caen dentro de la esfera de esa actividad admi-
 nistrativa que el Estado desarrolla en el campo social para alejar de la
 sociedad toda posible causa de mal". En esto está también de acuerdo
 PETROCELLI, cuando propone que las medidas de seguridad debieran se-
 pararse del Código Penal y ser confiadas a las autoridades de policía.
 Ello constituiría una gravísima amenaza para los derechos del individuo,
 ya que la privación de la libertad personal podría prolongarse por toda
 la vida de un hombre.

Podemos ver el problema de la libertad a la luz de las normas so-
 bre medidas de seguridad. En estricta técnica jurídica, no se podría hablar
 de una "excarcelación", sino de la "cesación condicional de la reclusión",
 cuya solicitud puede hacerse sólo cuando haya transcurrido el mínimo fija-
 do en el Código Penal, y que, además, pueden hacerla el ministro públi-

co, el director del respectivo establecimiento, el recluso o sus parientes (C. de P. P., artc. 680). Pero a su turno, el Código Penal, en su art. 64, establece que la reclusión no podrá cesar sino condicionalmente, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. Se necesita por tanto un pronóstico, muchas veces sobre bases inciertas, pero que de todas maneras debe constituir orientación para el juez.

Siendo ello así, importa determinar desde qué momento empieza a computársele al condenado el tiempo mínimo que requiere esta liberación condicional. Para nosotros, resulta de una claridad meridiana que es desde el momento de la privación de la libertad. De ahí que, si por ejemplo, al dictarse la sentencia que impone una medida de seguridad, ya ha transcurrido el tiempo mínimo de ella, procederá la liberación condicional, previos los requisitos establecidos por la ley sustantiva y de procedimiento. Y esto estaría desprovisto de toda lógica si se pretendiera el absurdo y la injusticia de que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia que impone una medida de seguridad, viniera a contarse el tiempo mínimo de ella, como no ha faltado quien lo sostenga en ciertos avances doctrinales y jurisprudenciales.

Ahora bien, si la medida de seguridad ya ha cumplido los fines primarios que se proponía, no se veía razón para prolongarla más allá del

co, el director del respectivo establecimiento, el recluso o sus parientes (C. de P. P., art. 630). Pero a su turno, el Código Penal, en su art. 64, establece que la reclusión no podrá cesar sino condicionalmente, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño. Se necesita por tanto un pronóstico, muchas veces sobre bases inciertas, pero que de todas maneras debe constituir orientación para el juez.

Siendo ello así, importa determinar desde qué momento empieza a computársale al condenado el tiempo mínimo que requiere esta liberación condicional. Para nosotros, resulta de una claridad meridiana que es desde el momento de la privación de la libertad. De ahí que, si por ejemplo, al dictarse la sentencia que impone una medida de seguridad, ya ha transcurrido el tiempo mínimo de ella, procederá la liberación condicional, previos los requisitos establecidos por la ley sustantiva y de procedimiento. Y esto estaría desprovisto de toda lógica si se pretendiera el absurdo y la injusticia de que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia que impone una medida de seguridad, viniera a contarse el tiempo mínimo de ella, como no ha faltado quien lo sostenga en ciertos devaneos doctrinales y jurisprudenciales.

Ahora bien, si la medida de seguridad ya ha cumplido los fines primarios que se proponía, no se veía razón para prolongarla más allá del

mínimo, aunque realmente no se hubiera estado ni en un manicomio criminal, ni en colonia agrícola, sino en una cárcel común. Por lo demás, el tiempo de la detención preventiva se debe tener como parte cumplida tanto de la pena como de las medidas de seguridad. Sería aberrante que en la primera no se descontara el tiempo que se tuviere que permanecer en un establecimiento destinado a medidas de seguridad, cuando, por ejemplo, después de la condena, o antes, hubiere necesidad de trasladar allí al sindicado, por haberle sobrevenido una enajenación mental; esta previsión la contemplan los arts. 98 y 99 del Código Penal; pero, por vía de extensión, se pueda proclamar que en lo referente a las medidas de seguridad, se tendrá como parte cumplida de ellas todo el tiempo que el condenado haya sufrido en detención preventiva. Así lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: "Armonizados los artículos 98, 99 y 99 del Código Penal, resulta posible conferir al condenado a cumplir una medida de seguridad, el beneficio de que se le descuente como parte cumplida de la misma el tiempo que haya permanecido en detención preventiva...". Lo contrario podría conducir, en la práctica, a entronizar el absurdo de que por fuera del tiempo mínimo en medidas de seguridad se pudiera permanecer en detención preventiva un tiempo igual o superior a aquel, lo que no está ni en la letra ni en el espíritu de la ley.

III. - POR PERDIDA DEL EXPEDIENTE PENAL

Como por mandato de la ley todo proceso penal debe adelantarse por duplicado, resultaría muy extraño que se perdiera tanto este duplicado como el original. Mas para cuando ello ocurra y haya procesado detenido, está la previsión del art.165 del Código de Procedimiento Penal. Dice este que la privación de la libertad se mantendrá "con la sola bolata de detención que se hubiere expedido legalmente". Lo que significa, a nuestro juicio, que si el expediente respectivo se perdió antes de dictarse uno de detención el sindicado debe ser puesto en libertad. Porque aquí se habla de "bolata de detención" como formalización de la detención preventiva (art.405) y no como formalización de la captura (art.432). La razón de lo anterior nos la da el mismo art.165, pues dispone que si vencido el término de quince días, contados a partir del momento en que debe iniciarse la reconstrucción del proceso, sin que se hubiere dictado de nuevo el auto de detención, se pondrá en libertad al procesado.

IV.- MEDIANTE EL "HABEAS CORPUS"

Es una institución jurídica en la ciencia del derecho público y cuyos antecedentes históricos se remontan a la Carta Magna y al Fuero de Vizcaya. Para SANCHEZ VIAMONTE, el habeas corpus "ha sido y seguirá siendo la garantía típica de la libertad, porque constituye el amparo o protección de ella llevado al máximo de su eficacia práctica... Es una acción en defensa de la libertad corporal individual por los actos de arbitrariedad del poder público. Es la garantía por excelencia de la libertad humana y sin la cual todos los principios, aclaraciones o preceptos sobre el respeto a las libertades individuales, carecerían de todo desarrollo práctico, - no solo por la ausencia de los mecanismos legales para hacerlos efectivos, sino también por la falta de severas previsiones conminatorias que coaccionen su cumplimiento.

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre si se trata o no de un recurso procesal, siendo hasta el momento más validera la tesis de que constituye una acción de derecho público consagrada en amparo de la libertad individual. Lo ha dicho el mismo SANCHEZ VIAMONTE en su constante y apostólica defensa de los derechos humanos: "... El habeas corpus no es un recurso de carácter procesal, sino una acción sui generis de derecho público, imposible de clasificar como perteneciente al procedimiento penal

o al procedimiento civil. Procede siempre que la afectación de la libertad no provenga de autoridad competente o no consista en orden escrita; que esa orden no esté fundada satisfactoriamente en la ley y, por consi-guiente, no sea legal; o que, aun siendo legal, sea Inconstitucional".

Este derecho se institucionalizó por primera vez en nuestra legis-lación, por virtud del decreto 1358 de 1964, cuyas normas fueron inte-gradas al Código de Procedimiento Penal vigente. Se ha creído por -- ello haberse establecido así una plena garantía para los derechos consa-grados en la Constitución nacional y que por extensión se han denomina-do como de habeas corpus, siendo el principal de ellos el contenido en el art.23, cuando dice que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio re-gistrado, sino a virtud del mandamiento escrito de autoridad competen-te, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes".

Veamos sus normas:

a) **Quándo proceda.**— Cuando la persona que se encuentre pri- vada de libertad por más de cuarenta y ocho horas considere que en su contra se está violando la ley. En este caso se consagra en su favor el derecho a invocar el habeas corpus ante el juez municipal o promiscuo

./.

del lugar. Pero si en éste hubiere varios jueces, de la solicitud conocerá privativamente el juez ante quien se formula, sin que pueda ser sometida a reparto. También el juez del circuito que tenga jurisdicción en el municipio en donde se encuentra el detenido, es competente para conocer de dichas peticiones, pero sólo cuando en el lugar hubiere apenas un juez y este mismo hubiere ordenado la detención impugnada por medio del habeas corpus. La solicitud, que puede hacerla el propio detenido u otra persona en su nombre, el ministerio público, de oficio o a instancia de cualquier interesado, deberá ser estudiada de inmediato. Si el juez notare que la solicitud (recurso, dice el art.419) es procedente, pedirá en el acto a las autoridades respectivas que, en el término de veinticuatro horas, informen por escrito sobre la fecha de la captura y los motivos que la determinaron. Si después de esto, el juez observare que la persona se halla capturada o detenida sin las formalidades legales, dispondrá su libertad inmediata e iniciará la correspondiente investigación penal.

b) Imprudencia:— El art.421 dice que esta acción no procede cuando aparezca que el peticionario se halla privado de libertad en virtud de auto o sentencia de autoridad competente, o en caso de captura, cuando no han vencido los términos señalados en el Código.

Con tal disposición perdió el habeas corpus la buena imagen con

que se presentó en sus lineamientos generales. En éstos, como se ha visto, se buscó la mayor prontitud en su tramitación, la más fácil viabilidad en su presentación, hasta el punto de poderlo solicitar cualquiera en nombre del detenido u oficiosamente el ministerio público. Pero ahora, como se podrá ver, su condicionamiento a ciertos fenómenos procesales impide que la norma tenga una aplicación eficaz y rápida.

Está muy bien que sea improcedente cuando consta que el detenido se encuentra privado de la libertad mediante auto o sentencia de autoridad competente. En este caso debe respetarse la decisión jurisdiccional tomada, ya que si fue ilegal o arbitraria, la ley tiene sus mecanismos para restablecer el derecho violado. Por lo demás, los medios de defensa se hacen más expeditos y realizables en virtud de la providencia que constriñe la libertad personal, porque contra ella se pueden interponer los recursos pertinentes. Aparte de que también si las providencias privativas de la libertad pudieran ser sometidas a un control diferente del de la segunda instancia, tendríamos un factor de inestabilidad jurídica, pues por muchas razones podría ser preferible este medio de impugnación de la providencia.

En cambio, cuando se está apenas en calidad de capturado, las situaciones pueden ser diversas: o no se le ha recibido declaración indagatoria dentro de los términos legales (art. 426), o bien, luego de

recibida, no se resuelve la correspondiente situación jurídica dentro de los plazos señalados (art. 437), siendo procedente en ambos casos el habeas corpus. Pero, resulta que estas provisiones de la ley sólo han servido en muchísimas ocasiones de instrumento para legalizar la arbitrariedad y propiciar la injusticia. Y es sabido que tanto a la una como a la otra se llega, o cuando se recibe una indagatoria sin fundamento para ello y para evitar que prospere un habeas corpus, o cuando con el mismo fin se dicta un auto de detención preventiva, sin el lleno de todos los requisitos exigidos por la ley procesal penal.

CAPITULO IV

LA EXCARCELACION EN LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Vistas ya las causales de excarcelación dentro del procedimiento penal ordinario, veamos brevemente unas y con más amplitud otras en los procedimientos especiales:

I.- EN JUICIOS ANTE EL SENADO

Entre las atribuciones especiales que tiene la Cámara de Representantes, está la de acusar ante el Senado, cuando hubiere causas - constitucionales o legales, al presidente de la República, a los ministros del Despacho, al procurador general de la Nación, a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los consejeros de Estado, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este último caso, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de aquellos - (Const.Nal., art.102, num.4°). Pero si la acusación, una vez admitida por el Senado, se refiere a la comisión de delitos comunes, esa corporación sólo se limitará a declarar que hay lugar a seguimiento de causa y, consecuente con ello, pondrá el acusado a disposición de la Corte

Suprema de Justicia. En cambio, corresponderá al Senado el juzgamiento cuando fuere por infracciones cometidas en el ejercicio de funciones públicas o so pretexto de ejercerlas (C.deP.P., art.607). En este caso, si la acusación admitida fuere por infracciones que tengan señalada pena de presidio o de prisión, se aplicarán las disposiciones del procedimiento penal ordinario, tanto en lo relativo a la detención preventiva como a la libertad provisional con fianza, según mandato del art.608 del C.de P.P. Esta disposición, como es de suponer, encierra un profundo principio de equidad, ya que, por razones obvias, el legislador no podía crear ninguna situación de privilegio para estas eventualidades.

II.- EN JUICIOS ANTE LOS JUECES DE MENORES.-

Aquí no funciona ninguno de los preceptos de la detención preventiva, y por ello mismo tampoco de la excarcelación, pues todas las medidas que se adoptan tienen como finalidad proteger al infractor, corregirlo, salvarlo de la recaída delictuosa. Por eso los fallos del juez de menores son solo de simple amonestación, libertad vigilada, entrega a una persona o institución que se encargue de educarlo, internamiento en una escuela de trabajo, granja agrícola especial o reformatorio, para obtener su reeducación o la formación de su sentido moral, según lo prevé el art. 651 del procedimiento penal.

III.- POR DELITO DE QUIEBRA.-

El decreto ejecutivo 750 de 1940, sobre quiebras, se aplicó inconstitucionalmente durante treinta años, hasta cuando la Corte Suprema de Justicia lo declaró inexecutable. En su art.17 disponía que "el juez, en el mismo auto que declara el estado de quiebra, decretará la captura y detención del quebrado, dando aplicación a los artículos 379 y concordantes del Código de Procedimiento Penal y para los fines de los artículos 419 y siguientes del Código Penal". Esto dió lugar a que se consumaran innumerables injusticias, porque, invariablemente, al declarar el estado de quiebra, los jueces en lo civil decretaban a un mismo tiempo la captura del quebrado y la subsiguiente detención preventiva, lo que no puede hacerse hoy, ya que en el nuevo Código de Comercio, en donde se reglamenta toda la materia, se remite en forma expresa, sobre este particular, a las normas generales sobre procedimiento penal (art.2004). Y en lo tocante a la excarcelación, tácitamente dispone la aplicación del mismo ordenamiento (art.2005), habiéndose excluido así para dichas instituciones una legislación procesal especial.

Pero en lo que sí estuvo desafortunado el Código de Comercio, fue en condicionar la aplicación del art.163 del procedimiento penal ordinario para después de la sentencia de reconocimiento y graduación de créditos, lo que no deja de constituir un clarísimo absurdo legislativo,

./.

Por ello la justificada censura de SERVIO TULIO RUIZ: "La filosofía y el saludable objetivo del artículo 163, en lo que se refiere al régimen penal de la quiebra, se ha roto por obra del absurdo artículo 2005 del Código de Comercio, que en verdad, en su aplicación liberal puede llevar el caso aberrante de tener que tramitarse un proceso, vale decir, de fatigar a la justicia con una actividad del todo injustificada, cuando desde un principio, por ejemplo, se demuestra a las claras que el neo-comerciante no ha cometido el delito, porque estaba en imposibilidad física de cometerlo, o porque el hecho que motivó el proceso penal de la quiebra no es constitutivo de infracción a la ley penal".

IV.- POR DELITO DE CONTRABANDO

En esta materia, al igual que en la de quiebra, se remite a las normas generales sobre procedimiento penal, pero expresamente en su art.40 prevé la excarcelación para todos los casos en que la pena señalada para el delito investigado sea la de arresto, lo mismo que en los procesos por delitos sancionados con prisión, cuando el valor del contrabando sea inferior a cincuenta mil pesos. De donde se advierte que fue el criterio de la menor gravedad de la infracción el que se tuvo en cuenta para la consagración de este derecho.

V.- POR DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA FAMILIAR

El delito fué tipificado por el art.40 de la ley 75 de 1989, que a letra dice:

"Quien se sustraiga sin justa causa, a las obligaciones legales de asistencia moral o alimentaria debidas a sus ascendientes, descendientes, hermanos e hijos adoptivos, o al cónyuge, aun al divorciado sin su culpa o que no haya incurrido en adulterio, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de arresto y multa de mil pesos a cincuenta pesos.

"La acción penal sólo recaerá sobre el pariente inmediatamente obligado, cuando no se trate de ascendencia o descendencia legítima.

"Hay falta de asistencia moral cuando se incumplan voluntariamente las obligaciones de auxilio mutuo, educación y cuidado de la prole y especialmente en los casos previstos por los artículos 42 y 43 de la ley 83 de 1946, si el estado de abandono o peligro proviene de actos u omisiones de la persona obligada...".

Conviene hacer algunas consideraciones preliminares sobre el aspecto meramente sustancial de la norma, antes de enfrentar los diversos problemas atinentes al procedimiento y, concretamente, a la detención y libertad del procesado.

La expresión "sin justa causa" que trae la disposición, constituyó un acierto del legislador, porque de no haberla incluido en la estructuración jurídica de la norma, hubiera significado la tipificación de un delito por una simple conducta externa, por un no hacer, por una mera omisión, aspectos estos que no pueden concebirse en el derecho penal moderno. Pero la norma dejó al criterio del juez la libre apreciación de la causa justa que pueda tener un pariente para no poder suministrar alimento a sus familiares según las prescripciones de la ley civil. Por eso cada situación deberá estudiarse con sereno criterio de equidad y de justicia, para prevenir así los actos de arbitrariedad.

El artículo prácticamente suministra uno de esos ejemplos sobre causa justa, al no obligar a pasar alimentos al cónyuge que se ha divorciado por su culpa o que ha incurrido en el adulterio. Pero la casística viene a ser muy variada. El abandono de la morada familiar por parte del cónyuge que reclama alimentos, o cuando el que los debe a su esposa y a sus hijos legítimos, tiene otras obligaciones legales, como la de los hijos naturales. En dicho caso, podría presentarse la conflictiva situación de que por atender también a los hijos naturales, resulte disminuída y precaria su ayuda económica a los hijos legítimos. O asimismo, ser justa causa para hacer ineficaz la incriminación delictuosa, la conducta depravada del hijo que se rebela contra la disciplina paterna

o materna al abandonar el hogar para independizarse de este, o cuando la esposa se niega a seguir el domicilio del esposo cuando éste tiene que trasladarse a trabajar en un lugar diferente.

Además, cuando el cónyuge que reclama es persona que disfruta de alguna holgura económica, que tiene su trabajo o que está recibiendo algún subsidio que le permita vivir honestamente, podría ser más inconveniente ejercer la acción penal, por las paradojas que esto implicaría. Por ejemplo, al detenerlo, se le priva de su trabajo al procesado, y a la vez se le exige disponer de recursos económicos para poder satisfacer los apremios de la ley. Un obrero puede llegar a perder definitivamente su empleo, si se extremara la aplicación de la norma, y lo mismo un empleado público. Ocurrido esto, podría verse impedido de satisfacer los requerimientos de la justicia. Y así, al quedar insoluble el primer problema, se presentaría este otro, no menos grave: el de la detención de una persona que puede llegar a ser condenada por no haber podido cumplir una obligación meramente civil. Lo cual origina el interrogante de saber si el sujeto pasivo de la acción penal, al no cumplir las obligaciones alimentarias con respecto a las personas que determina el Código Civil, podría estar constitucionalmente fuera del alcance de la norma, por cuanto esta contraría la Carta en el precepto de que "en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto, ni iniciarse investi-

gación criminal alguna, por deudas u obligaciones meramente civiles², artículo éste que recoge nuestro procedimiento penal en sus normas generales, lo mismo que la ley 74 de 1968.

CAPITULO V

OPORTUNIDAD PARA LA EXCARCELACION

I.- TRAMITE DE LA SOLICITUD DE EXCARCELACION

Tanto el agente del ministerio público, para emitir el concepto de rigor sobre la procedencia de la excarcelación o revocación del auto de detención preventiva, como el juez, para resolver sobre lo mismo, tienen un plazo de dos días. Se ha modificado así lo que casi invariablemente se regulaba en las legislaciones anteriores, las cuales preferían fijar un término de cuarenta y ocho horas. Y resultaba que los jueces, para poder ampliar acomodaticiamente este plazo de horas, las calificaban de hábiles de trabajo, es decir, de ocho por día, con lo cual teníamos que el término de cuarenta y ocho horas lo convertían en seis días como mínimo, cuando no se interponían días feriados.

Estas conminaciones legales no serían más que letra muerta en un código, facilitándose así su violación permanente, si al mismo tiempo no se señalaran las sanciones para quien no las cumpla. Por eso el art. 458 de la ley procesal prescribe, para el caso de que aquellas solicitudes no se resuelvan dentro de los términos legales, la suspensión del cargo hasta por dos meses, la primera vez, y la destitución

ción, la segunda, sin perjuicio de la responsabilidad penal consiguiente, sanciones que serán impuestas breve y sumariamente por el respectivo superior jerárquico.

Desde luego que la intimidación legal es para las conductas de omisión por negligencia, por irresponsabilidad, que no por una fuerza mayor, como cuando, por lo voluminoso, sería absolutamente imposible estudiar el proceso en dos días, o porque simultáneamente estuvieren en el mismo trámite dos o más solicitudes de excarcelación. Por eso, en previsión de situaciones como estas, las sanciones que trae aparejadas la norma por la violación de términos, son sólo para cuando ello ocurra sin justa causa.

II. - CAUCIONES PARA LA EXCARCELACION.

Comoquiera que la libertad provisional, a diferencia de la revocación de la detención, significa que el procesado ha de continuar vinculado a la investigación que cursa en su contra, el legislador consideró necesario exigirle una caución para asegurar su eventual comparecencia posterior en el proceso, lo mismo que para afianzar la garantía de la ejecución de la sentencia condenatoria si hubiere lugar a ella y proteger así el curso regular de la justicia.

En este aspecto, la doctrina y la legislación han discrepado ostensiblemente. Por ejemplo, en países como Suecia, la libertad bajo fianza no figura en su práctica judicial, pues de acuerdo con su régimen jurídico, los procesados son liberados antes del juicio, o permanecen detenidos hasta su verificación. El sistema de la caución es rechazado allí con el argumento de que ella "favorece ilegítimamente al rico". Por su parte, Dinamarca tiene reglamentado en su legislación el precepto de la fianza, pero en la práctica no se aplica, lo que se hace con el criterio de igualar las posibilidades a la libertad. Italia, a su vez, mantiene muy limitado el régimen de las cauciones, por considerar que es "antidemocrático hacer depender la libertad de circunstancias financieras". En cambio, en Estados Unidos, a pesar de funcionar con extrema libera-

147

lidad la excarcelación aun para delitos muy graves, por la alta cuantía que se acostumbra fijar para las fianzas, en la práctica pueden resultar mayormente favorecidos los más temibles delincuentes que están en condiciones de satisfacer las exigencias de las cauciones, que quienes, al estar sindicados de delitos menos graves, carecen de los suficientes recursos económicos para avalar su libertad.

A nuestro juicio, se trata de dos posiciones extremas, porque al paso que con la primera se pueda correr el riesgo de desproteger los intereses de la justicia, cuyo fin es garantizar, en la mejor forma posible, la presencia del procesado en las subsiguientes etapas de la instrucción y del juicio, con la segunda podría legalizarse una situación de privilegio a la libertad, dada la mayor solvencia económica del acusado. Siendo así, se necesita una posición intermedia, un justo equilibrio entre las tesis antagónicas, el cual no puede hallarse sino en fórmulas que humanicen la institución de la fianza, diversifiquen sus clases y fijen sus cuantías, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, las condiciones pecuniarias del procesado, su personalidad y sus antecedentes, como lo ha previsto el art. 458 del Código procesal nuestro.

Y si lo anterior fuera poco está el recurso de la caución juratoria. Esta consiste simplemente en una promesa hecha bajo juramento de cumplir las obligaciones que se impongan en la diligencia escrita, como la

de residir dentro del distrito judicial en donde se sigue el proceso, la de no cambiar de domicilio sin autorización del juez, y presentarse en forma periódica ante su despacho u otro distinto que se le señale. Esta caución, como de manera expresa lo dice el art. 459, se concederá exclusivamente a los absueltos en primera instancia por sentencia ordinaria; a los sobresidos de modo definitivo en primera instancia; a quienes haya amparado la aplicación del art. 163 del procedimiento penal, y a quienes comprueben con dos declaraciones de testigos honorables, su pobreza, moralidad y buena conducta anterior.

Es decir, que todos los procesados que se encuentren dentro de las circunstancias antedichas, tienen verdadero derecho a que no se les exija caución diferente. En estos casos especiales nada tienen que ver las otras consideraciones para fijar la caución: ni la gravedad de la infracción, ni la personalidad y los antecedentes del procesado. Basta que lo haya favorecido alguna de las providencias de que se ha hecho mérito. Porque no sería justo el que a un absuelto, sobresido definitivamente, o a alguien en cuyo favor se hubiera ordenado cesar toda investigación, por el solo hecho de tener antecedentes penales, se le fuera a dificultar la libertad con la exigencia de una caución más onerosa y que muchas veces podría serle imposible otorgar. O que se hiciera lo mismo en consideración a la gravedad del delito, por lo cual se excarcela, lo que, entre otras cosas, sería el mayor de los absurdos.

En cuanto a la misma caución para las personas que por su pobreza no pudieren otorgarla, se salvan así en parte y con fortuna los escrúpulos de la doctrina y de las legislaciones que, como la italiana, sueca y danesa, ya vistas, consideran que la fianza le da un especial privilegio al rico sobre el pobre.

Además de la anterior, tenemos también las cauciones hipotecaria, prendaria, personal y la de seguros, todas las cuales tienden a facilitar la misión del juez en la elección de la garantía que considere más adecuada y eficaz. Pero lo que no debe proponerse nunca, es hacer imposible, y por ello mismo, ilusoria la libertad, sino que, como lo aconseja CHILOZA, "en todos los casos debe atenderse muy especialmente a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución de imposible realización, haciendo ilusoria la excarcelación, pues el imponer al imputado que carece de fortuna y tiene escasos recursos una fianza cuantiosa, importa tanto como negarle la libertad por la imposibilidad de cumplir la obligación requerida como condición para disfrutar de ella.

Nacido el derecho a la excarcelación, el juez no debe estorbarla con la exigencia de fianzas demasiado onerosas que signifiquen gran sacrificio económico para el procesado. Ni mucho menos hacer lo mismo cuando sabe que el detenido no puede cumplir el requerimiento judicial. Si procede así, su acto sería una protuberancia desleal hacia el

procesado y un escarnio y burla a la ley.

Este caso se presenta cuando un juez se ve obligado a conceder la excarcelación por haber transcurrido los términos legales sin hacer la calificación del sumario y decreta para tal fin una fianza hipotecaria o prendaria en considerable cuantía. Esta actitud resulta irrisoria, bien cuando se procede calculando que el sindicado no puede obtener su libertad, para así tener el juez mucho más tiempo para hacer la calificación todavía con el procesado detenido, o para tratar de hacerla antes que terminen todas las gestiones encaminadas al otorgamiento de la fianza. Y, en uno y otro caso, resulta que el imputado no tuvo derecho cierto a la libertad provisional, sino que a esta se le conculcó con indebidas maniobras y procedimientos desleales.

Otro caso se da también, cuando se asume la misma actitud ante un veredicto absolutorio que no es declarado contraevidente dentro de los ocho días siguientes. Hasta de mala fe podría tildarse la conducta del juez, si para darse un plazo superior con el fin de declarar contraevidente el veredicto, impusiera una fianza superior a las capacidades económicas del procesado, para impedirle el derecho a la excarcelación.

III. - PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION

Una posición diametralmente opuesta al del apartado anterior, sería la de la excarcelación general para toda clase de sindicados, - lo que no sería en manera alguna conveniente a los intereses sociales y a los supremos de la justicia. Por eso se han visto ya implícitamente las limitaciones de la ley a la libertad provisional, teniendo en cuenta la gravedad del delito imputado. Veamos ahora las reservas legales respecto al mismo tema y con base en las condiciones personales del procesado. Dice el art. 487 del procedimiento penal:

"No habrá lugar a excarcelación cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso, durante los diez años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales".

Analicemos por partes el significado de esta norma:

a) Su primera previsión es la de negar el derecho a la excarcelación por causa de la recaída en el delito o reincidencia, llamada por el derecho romano consuetudo delinquendi. El primer problema que podría presentarse al respecto sería el de si puede bastar el solo hecho de la condena, o si es necesario de todas maneras haberla padecido con privación de la libertad y su cumplimiento total.

Del primer caso tendríamos como ejemplo el de la persona a quien se le ha concedido la suspensión de la ejecución de la pena, y del segundo, cuando, en el cumplimiento de esta, por ejemplo, comete un nuevo delito dentro del propio establecimiento carcelario. A la luz de nuestra ley penal, nosotros entendemos que para calificar jurídicamente la reincidencia y computarla como tal, es suficiente que contra el sindicado haya recaído una sentencia condenatoria por un delito cualquiera, excepción hecha de las previsiones del Art. 35 del Código Penal. Así se desprende de la clara hermenéutica de su art. 34, pues para consagrar el fenómeno jurídico de la reincidencia, empieza por decir: "El que después de una sentencia condenatoria cometiere - un nuevo delito...". De donde se advierte que no se hace distinción alguna entre delito doloso y culposo, y en esto reside una de las diferencias con la norma antes transcrita de la ley procesal, por cuanto, al crear una diversa modalidad sobre la reincidencia, habla solo de una condena anterior, pero por cualquier delito doloso. Por lo demás, ha sido indiscutible la orientación de la doctrina y la jurisprudencia, respecto a que la demostración de la reincidencia dentro del proceso debe hacerse con las correspondientes copias de las sentencias condenatorias debidamente ejecutoriadas.

b) Al circunscribirse la reincidencia al solo delito doloso para negar por ello la excarcelación, se atendieron principios de justi-

cia y de política criminal, porque excluir de la libertad provisional a quien ocho o diez años hacia atrás sufrió una condena por delito culposo, por ejemplo, unas simples lesiones en accidente de tránsito, ha bría sido una posición extrema de la ley, como lo fue la anterior en esta materia.

Se trata, por tanto, de prohibir la excarcelación para el reincidente, sin que la ley procesal ni la penal hayan distinguido entre reincidencia genérica y específica, propia o impropia, y, en consecuencia, el nuevo delito puede ser de la misma o distinta naturaleza del que originó la condena anterior.

Desde luego que aquí tampoco se trata de la reincidencia prevista en el art. 34 del Código Penal, ya que en este se cumple el fenómeno jurídico "siempre que el nuevo delito se haya cometido antes - de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena", al paso que en el procesal, para los efectos que se analizan, la reincidencia se refiere a una condena "durante los diez años anteriores a la petición de la excarcelación".

Es indudable que la prohibición de la excarcelación por causa de la susodicha reincidencia, entraña demasiada severidad. Supóngase el siguiente ejemplo: al sindicado de unas lesiones personales con incapacidad menor de quince días, por lo cual tendría derecho

151

a la libertad provisional, se le niega esta por el solo hecho de haberse condenado hace diez años por un abuso de confianza. O el caso inverso: se declara inadmisibles la excarcelación en proceso por abuso de confianza, por haber tenido antes una condena por lesiones personales. Pero si la ley hubiera previsto para este caso una reincidencia específica y no la genérica, estarían todavía más atemperadas las consecuencias desfavorables de la norma. Por ello, de cierta manera, el Código anterior fue menos drástico, porque aun cuando no fijó límite alguno en el tiempo a la condena anterior, taxativamente señaló los pocos casos en los cuales no habría lugar a la excarcelación, de existir aquella condena.

De todos modos, se trata de una institución jurídica que, de no ser reglamentada adecuadamente, se prestaría para cometer muchas injusticias en su nombre. Por lo menos, no se justifica muy claramente su presencia dentro de la ley procesal. Aunque es bueno hacer notar que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, no sería correcto calificar de reincidencia, el caso en que solo concurren en un momento dado, una condena anterior y una sindicación actual, por lo cual se puede recibir un sobressimiento o una absolución.

De la recaída en el delito, para efecto de una declaratoria de reincidencia, solo pueda dar fe una sentencia condenatoria debidamente eje-

cutoriada. Mientras tanto, apenas existirá el ejercicio de una acción penal contra el procesado, a quien debiera mirarse, para el solo objeto de la libertad provisional, no por lo que hizo antes, sino por lo que es de temer que haga después. No obstante, CARRARA mismo desestimó que este juicio pudiera avanzar el derecho penal, cuando dijo: "...En vano los moralistas declaman contra la mayor perversidad del reincidente, pues el derecho penal, juez competente de la maldad de un acto, no puede mirar a la maldad del hombre, sino traspasando sus límites..."

c) Tampoco procede la excarcelación, cuando durante los diez años anteriores a la solicitud, registrare el acusado tres o más sindicaciones por delitos intencionales. Aquí conviene saber en qué sentido se deben apreciar esas tres sindicaciones. Para este caso, obviamente no podría ser válida la exigencia de que sobre ellas hubieren recaído sendos autos de detención preventiva. Basta solo que exista la vinculación a tres procesos penales diferentes, mediante las respectivas indagatorias o declaratorias de reo ausente, para los fines de aquellas diligencias. A fortiori, tampoco procedería la libertad provisional, si, además de lo anterior, en uno o en todos los tres procesos hubiere recaído providencia de privación de la libertad. Pero, de la misma manera, si de las tres sindicaciones durante los diez años anteriores, una de ellas, por ejemplo, hubiere concluído con sobreseimiento definitivo, sentencia

absolutoria o cesación del procedimiento, es lógico deducir que esta indicación ya es intrascendente, porque ya desapareció toda pretensión de punibilidad sobre ella, y, por consiguiente, al no quedar vigentes sino -- dos, procedería legalmente la excarcelación.

También es una posición extrema de la nueva ley procesal, si se tiene en cuenta la ligereza con que los funcionarios de instrucción proceden a la recepción de las indagatorias. Y si por principio no nos hemos adherido rotundamente a la orientación de prohibir la excarcelación cuando se tiene una condena anterior, con mayor razón si el antecedente es apenas de unas simples indicaciones que no trascendieron procesalmente, como cuando después de una indagatoria se deja en libertad al inculminado, por considerar que sus explicaciones fueron ampliamente favorables a la desvirtuación de los cargos que provocaron aquella medida. Por ello es de esperar que para situaciones de esta naturaleza y otras similares, los jueces procedan con mucha cautela en la aplicación de la norma, y que al analizar cada caso en particular, se atienda a los imponderables postulados de la justicia, mas que a la ciega servidumbre de la ley.

IV.- REVOCACION DE LA EXCARCELACION

Las diferentes alternativas que pueden presentarse como consecuencia de la actividad procesal, hacen que la situación jurídica del procesado cambie en sentido favorable o desfavorable. Por ello, en las etapas del sumario y del juicio se adquiere o se pierde el derecho a la libertad provisional, según las cambiantes circunstancias del proceso, bien en relación con el delito mismo o con la persona del acusado. Así, pues, según el art.470, en cualquier momento procesal se puede revocar la excarcelación, bien de oficio o a solicitud del ministerio público o de la parte civil, en los siguientes casos.

- a) Porque se compruebe que el delito investigado es de aquellos que la excluyen. Como cuando se concede la excarcelación, por ejemplo, en un delito de lesiones personales con pena de arresto, en virtud de una incapacidad provisional menor de quince días (art.453, num.1º, sobre causales de excarcelación), y luego resulte que la enfermedad o incapacidad sobrepasó los quince días, caso en el cual la pena sería de prisión;
- b) Porque se acredite que el procesado está exceptuado de tal beneficio. Sería el caso, también a manera de ejemplo, de la persona que habiendo sido excarcelada por un homicidio culposo, presuponiendo

que podría ser favorecida con la condena condicional, resultara luego en su contra alguna de las circunstancias que impidan legalmente el otorgamiento de dicho subrogado penal, como una condena anterior; y

c) Porque el procesado viole cualquiera de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución. En este caso, no podrá concedérsele nuevamente en el mismo asunto, salvo que después apareciera alguna de las situaciones previstas en los num. 5o., 6o., 7o., y 9o. del art. 453. Y es aquí, en efecto, donde encontramos que la justísima intención del legislador fue la de respetar el derecho a poder seguir disfrutando de la excarcelación, o adquirirlo realmente después, si se está frente a ciertos actos procesales de significación favorable al imputado, como son todas las situaciones previstas en forma expresa por los numerales citados en la norma que se estudia. Porque mal podría una ley ejercer una especie de venganza por el solo incumplimiento de unas obligaciones contraídas en una diligencia de caución, al negar una libertad provisional cuando, por ejemplo, hay mérito para pensar que el sindicado podría más tarde resultar favorecido con algún subrogado penal, o rechazarle asimismo su solicitud de excarcelación por igual motivo, cuando ya sufrió en detención preventiva el tiempo que pudiera corresponderle como pena en caso de ser condenado, o cuando se le sobreesa temporal o definitivamente, o existe ya en su favor una sentencia absolutoria en primera instancia, o cuando en el mismo grado se ha ordenado cesar todo procedimiento en su contra; etc.

CONCLUSIONES

El tema expuesto anteriormente, referente al regimen de la excarcelación, es de mucha trascendencia, mirándolo más que todo desde un punto de vista humanístico, ya que hace referencia a algo tan apreciado y defendido por todos con mucho ardor, cual es el de la "libertad".

Para quienes se olvidan de este sagrado derecho, censuran el que una legislación permita la libertad de un individuo - contra quien existen pruebas suficientes para mantenerlo privado de su libertad, yo considero que una posición tan regresiva como ésta jamás podría tomar auge en las corrientes universales del derecho, por lo que tienen un cimiento auténticamente humanista, cuyo fin es el de salvar al hombre que hay en el delincuente y no matar en el delincuente al hombre que vive en él, cuyos errores puede enmendar, arrepentirse de sus malas acciones y quienes en muchos casos son asequibles a la corrección.

Y teniendo en cuenta también que la pena no conlleva un

./.

un fin expiatorio como sucedía anteriormente, sino correccional lo cual sucede en nuestros días teniendo como base la evolución del derecho. Lo que primordialmente se busca con esta medida es la rehabilitación del individuo, dándole oportunidad a que se reivindique ante la sociedad de la cual es también miembro integrante.

Con esta actuación del Estado, no sólo se está favoreciendo al delincuente mismo, sino que también se busca conservar la integridad familiar, evitando de esta manera la posible formación de nuevos delincuentes.

BIBLIOGRAFIA

AUTOR:

OBRA:

GILBERTO MARTINEZ RAVE

Procedimiento Penal Colombiano

GUSTAVO H. RODRIGUEZ R.

Nuevo Procedimiento Penal Colombiano

ANTONIO VICENTE ARENA

Comentarios al Código Penal Colombiano.

PEDRO PACHECO OSORIO

Derecho Penal Especial I Tomo

" " "

Derecho Penal Especial II Tomo

" " "

Derecho Penal Especial IV Tomo

HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ

De la Captura a la Excarcelación.