

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
" DE LA LIBERTAD PROVISIONAL "
ESTUDIO Y ANALISIS DE LOS ALCANCES JURIDICOS DEL
ARTICULO 453 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
COLOMBIANO

Fecha.....
Pag.....
Libreria.....
Código.....
HECTOR HUGO BRAVO BENAVIDES

La Facultad de Derecho de la Universidad de
Nariño no se hace responsable de las opinio-
nes emitidas en este trabajo, las cuales son
solo requisito parcial para optar el
título de Abogado.

Resolución No. 074 de mayo 20 de 1.983; emanada
del Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias
Dr. EDUARDO ALVARADO HURTADO.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
PASTO, 1.983

AN
T
D343.32
B826
Ej. 2

[Handwritten mark]

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
31111

No. Si 2
Valor... \$3.000
Fecha... 5-VI-84
Fec... *[Handwritten signature]*
Libreria... Canje...
Comp.

"La Facultad de Derecho de La Universidad de Nariño no se hace responsable de las opiniones emitidas en este trabajo, las cuales deben considerarse como propias de su autor".

Acuerdo No. 074 de mayo 10 de 1.983; emanado del Consejo de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de La Universidad de Nariño.

partir de difícil situación económica en el curso de la carrera, y cuando el estudiante desea tener de su familia, y la obra de los libros, y los materiales y otros, o los materiales y representaciones de la carrera de derecho, y a otras actividades deportivas que se ingieren por las actividades de esta carrera.

31111

DEDICATORIA

Esta obra la dedico como homenaje póstumo a la memoria de la mujer que un día me dio el ser, mi madre CLARA ELISA BENAVIDES DE BRAVO, hoy fallecida, a mi padre LISANDRO BRAVO PAREDES, quien fue mi apoyo moral y económico para salir adelante en mi carrera; a mis hijos ELSY DEYANIRA, ANA PATRICIA, SANDRA YAMILA, MONICA ANDREA, ANANDA LUCIA y HUGO ALEXANDER BRAVO LEYTON; quienes han tenido que soportar mi difícil situación económica en el curso de mi carrera, y fueron el aliciente para tratar de superarme, a la madre de mis hijos, a mis familiares y amigos, a los estudiantes y profesionales de la Carrera de Derecho, y a todas aquellas personas que se inquietan por las disciplinas de esta Carrera.

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Quiero dejar plasmada mi voz de gratitud al Doctor Ignacio Coral Quintero, quien fue mi amigo y profesor de la Carrera de Derecho y me enseñó a luchar y trabajar en favor de las personas menos favorecidas, dejando en mi pecho el sentimiento de Justicia Social; al Reverendo Padre José Félix Jiménez, quien fue mi profesor de Bachillerato, y mi guía espiritual, al Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, Presidente de mi tesis de grado, quien además fue mi profesor en la cátedra de Derecho Penal, al Doctor Luis Lagos Pantoja, distinguido catedrático de la Universidad de Nariño y actual Decano de la Facultad de Derecho, al doctor Carlos Bastidas Padilla, a mi colega y amiga la Doctora Gloria Arturo Martínez, y a todas las personas que de una u otra forma han contribuido en mi formación como Abogado.

A las siguientes entidades: Concentración Escolar Santa Bárbara de Pasto, donde estudié mis primeras letras, al Colegio de Bachillerato "Instituto Nocturno Lorenzo de Aldana", a la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño; y a la Alcaldía Municipal de Pasto, donde desempeñé los cargos de Personero Delegado en lo Penal y Personero Municipal de Pasto.

2.2 Diferencia con la condena condicional

17

2.3 Diferencia con la detención parcial en el

lugar de trabajo.

18

2.4 Diferencia con la suspensión de la detención
presumtiva.

20

2.5 Diferencia con el parate judicial.

21

Pág.

INTRODUCCION

1

1. Motivación para la investigación propuesta

1

2. Importancia del Tema.

3

3. Ubicación de la materia dentro del campo del Derecho.

4

4. Objetivos de la investigación.

7

Lev 17 de 1.970.

27

1. CONCEPTOS PREVIOS

9

4.1 Infracciones sancionadas con pena de arresto.

27

1.1 Libertad; concepto en general.

9

1.2 Libertad; Concepto jurídico.

10

1.3 Libertad Provisional.

11

1.4 Libertad Condicional.

13

1.5 Libertad Vigilada.

13

2. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD PROVISIONAL Y OTROS TIPOS
DE EXCARCELACIONES.

16

2.1 Diferencia entre libertad provisional y libertad
condicional.

16

	Pág.
2.2 Diferencia con la condena condicional	17
2.3 Diferencia con la detención parcial en el b. El auto especial del Artículo 165 del C. lugar de trabajo.	18
2.4 Diferencia con la suspensión de la detención c. Por sentencia absolutoria. preventiva.	20
2.5 Diferencia con el perdón judicial.	21
4.8 Por Veredicto Absolutorio.	21
4.9 Por vencimiento de los términos sin calificar el delito del suceso.	24
3. CASOS DE LIBERTAD PROVISIONAL ESTABLECIDOS EN EL ARTICULO 453 DEL C. DE P.P. COLOMBIANO.	23
4.10 Por la edad del sindicado.	24
4.11 Por justificación del hecho punible.	26
4. ESTUDIO DE CADA UNO DE LOS NUMERALES CONSAGRADOS EN EL ARTICULO 453 DEL C. DE P.P. COLOMBIANO.	26
Ley 17 de 1.975.	27
3. Tercera Justificante.	27
4.1 Infracciones sancionadas con pena de arresto.	27
4.2 En los delitos contra la propiedad cuando, hay restitución, indemnización o reparación del daño.	28
4.3 Por Peculado.	35
4.4 Por delitos culposos.	38
4.5 Por subrogados penales.	43
4.6 Por cumplimiento de la pena en detención preven- tiva.	53
4.7 Sobreseimiento, sentencia absolutoria, y cesación de procedimiento.	61
a. Sobreseimiento definitivo.	62

5.4	b. El auto especial del Artículo 163 del C.	140
5.5	Obligaciones del excarcelado. de P.P.	145
	c. Por sentencia absolutoria.	66
4.	PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION Y REVOCACION	73
4.8	Por Veredicto Absolutorio.	81
4.9	Por vencimiento de los términos sin calificar el	84
7.	CONCLUSIONES	84
4.10	Por la edad del sindicado.	94
4.11	Por justificación del hecho punible.	96
1.	Primera justificante.	99
2.	Segunda Justificante.	100
3.	Tercera Justificante.	100
4.	Cuarta Justificante.	108
4.12	En los delitos contra la propiedad de competencia de las autoridades de policía.	112
5.	PROCEDIMIENTO PARA IMPETRAR EL BENEFICIO DE LIBERTAD PROVISIONAL.	117
5.1	Excarcelación de oficio y su oportunidad.	117
5.2	Trámite de la solicitud de excarcelación.	123
5.2.1	Modelos prácticos para solicitar la excarcelación.	124
5.3	Trámite para el recurso de apelación.	129

	Pág.
5.4 Cauciones para la excarcelación.	140
5.5 Obligaciones del excarcelado.	145
6. PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION Y REVOCACION DE LA EXCARCELACION.	148
7. CONCLUSIONES.	166
BIBLIOGRAFIA.	170

por razón del ejercicio del cargo me correspondían ver diariamente con el objeto de dictar los conceptos de rigor sobre la aplicación del artículo 163 del C. de P.P., la revocatoria del auto de detención, artículo 435; libertad provisional consagrada en el artículo 436 del C. de P.P.; la detención parcial en el lugar del trabajo,

INTRODUCCION

Art. 431, la libertad condicional Art. 83 del antiguo Código Penal.

Que en el Código Penal vigente corresponde al Art. 72; y la liber-

1. MOTIVACION PARA LA INVESTIGACION PROPUESTA.

Una de las preocupaciones más apremiantes en mi vida de estudiante universitario, y especialmente en los momentos en que empezaba hacer mis primeras defensas, actuando como miembro de los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Nariño, fue y ha sido siempre la libertad provisional del sindicado, en hora buena desde los primeros semestres quise ser Abogado Penalista, y siempre me inquietó las defensas penales, y por este motivo me volví un gran admirador de JORGE ELIECER GAITAN, quien representa uno de los mejores Penalistas de América Latina, y de quien he leído sus mejores obras, especialmente, "LAS DEFENSAS PENALES DE GAITAN".

No obstante al empezar hacer el proyecto de mi tesis de grado, encontré la necesidad de hacer algo útil y práctico, que sirva de fácil consulta, para los estudiantes, profesores, abogados litigantes, jueces y fiscales; quiso la fortuna, que mi persona ocupara el cargo de Personero Delegado en lo Penal del Municipio de Pasto, y desde ese despacho, pude hacer una investigación práctica sobre temas que

por razón del ejercicio del cargo me correspondían ver diariamente con el objeto de dictar los conceptos de rigor sobre la aplicación del artículo 163 del C. de P.P., la revocatoria del auto de detención, artículo 455; libertad provisional consagrada en el artículo 453 del C. de P.P.; la detención parcial en el lugar del trabajo, Art. 451, la libertad condicional Art. 85 del antiguo Código Penal. Que en el Código Penal vigente corresponde al Art. 72; y la libertad por cumplimiento de la pena; ya que mi persona actuaba como agente del Ministerio Público, ahí pude darme cuenta de la dificultad que tenían muchos Abogados en la interpretación y aplicación de las normas de derecho, de las grandes equivocaciones en que incurrieron los jueces, y en la falta de un material práctico para los estudiantes de Derecho, que estuviera al alcance de sus manos en el momento preciso en que se necesitara; deduje entonces la gran importancia de compilar todas las normas referentes a este tema, pero no solo de compilarlas, sino además hacer un amplio estudio sobre el tema: "LIBERTAD PROVISIONAL O EXCARCELACION CAUCIONADA", ya que es desde luego el primer paso que debe dar un abogado en la defensa de su patrocinado.

Al egresar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nariño, empecé a litigar con Licencia Temporal otorgada por el Honorable Tribunal Superior de Pasto. Como mi vocación es y ha sido siempre el Derecho Penal, iba al Buen Pastor, como a la cárcel Judicial de Pasto, con el fin de que me dieran la oportunidad de defenderlos aún sin cobrarles honorarios, ahí también aprendí que lo más impor-

tante para el sindicado era la libertad provisional, pues no solo era importante por el beneficio que se concedía al sindicado, sino porque además una vez que el sindicado recuperaba la libertad, podía aportar nuevas pruebas necesarias al proceso, y se recuperaba la estabilidad emocional de la familia devolviéndose la paz y el regocijo al hogar, aunque el mismo sindicado tuviera en mente que esa libertad solo era provisional y que tenía que comparecer eventualmente al proceso y a la sentencia si hubiera lugar a ella.

2. IMPORTANCIA DEL TEMA.

"Tú eres culpable, o presumimos de que eres culpable, hasta que nos demuestres lo contrario". ... y en caso de que después de llamarte, como solo en la guerra se conoce el valor de la paz". La libertad, siempre será anhelada por los que están detenidos sujetos a una condena así sea transitoria y por tiempo limitado, pero solo ellos pueden comprender el inmenso valor de la libertad, así sea en su forma provisional o definitiva; ellos anhelan reunirse con sus padres, con su cónyuge, con sus hijos o en fin con la gente que los rodea, así sean simplemente amigos, por eso para ellos el tema de "La Libertad Provisional", siempre será de actualidad, porque es un sueño tal vez muy lejano. Pero no solo es importante desde el punto de vista del sindicado, sino también desde el punto de vista del derecho y de la

justicia, porque, muchas veces, la detención preventiva consagrada en el Artículo 439 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, lesiona los derechos de un inocente, debido a que los presupuestos para dictar auto de detención, son mínimos, solo basta un testimonio

turales: Arturo Valencia Ica, en su Libro, Curso de Derecho Civil Colombiano, nos trae la siguiente definición: "... El Derecho es el conjunto de normas que somete a regulación la vida social de los parainvestiga, para que un juez ordene su detención: En este caso se invierte el principio universal del Derecho de que "el imputado es inocente hasta tanto en sentencia condenatoria en firme se declare lo contrario"; pues al imponerse una medida precautelativa, paralela a la que en el Derecho Civil se impone para el pago de una obligación

civil, como es el embargo y secuestro de bienes; en el Derecho Penal

1. DERECHO PUBLICO; es el que regula la organización del Estado y se le impone la retención o secuestro, pero de la persona presuntamente culpable; se le está diciendo con este hecho al sindicado:...

prende varias ramas a saber:
"Tú eres culpable, o presumimos de que eres culpable, hasta que nos

demuestres lo contrario", ... "y en caso de que después de llamarte

a juicio comprobemos que eres responsable del hecho que se investiga,

del Estado, la fuente principal de este Derecho es la Constitución desde este momento empiezas a pagar tu condena". -Cosa ilógica por

Nacional; allí se establece la forma de gobierno, cómo se ejerce los

cierto, porque muchas veces, se demuestra que el hecho no ha existido, o que el sindicado no ha cometido el delito, o que ese hecho la

Estado para con los particulares y la de éstos con aquél, qué derecho

ley no lo considera como infracción penal, o que la acción no podría

chase son protegidos, etc.

iniciarse o proseguirse, y a esas horas de la vida, muchas veces después

de un largo cautiverio, se le dice al sindicado. ... "Tienes razón, tú eres inocente; que cese el procedimiento y que se archive el

expediente. Déjese en libertad al sindicado".

Este Derecho representa la parte dinámica del Estado, en cambio, el

Derecho Constitucional, representa la parte estática.

3. UBICACION DE LA MATERIA DENTRO DEL CAMPO DEL DERECHO.

a) El Derecho Penal; es la parte del Derecho Público, que somete

El Derecho es el conjunto de normas del "deber ser", en contraposición de las normas del "ser" que son estudiadas por las ciencias na-

turales; Arturo Valencia Zea, en su Libro, Curso de Derecho Civil Colombiano, nos trae la siguiente definición: "... El Derecho es el conjunto de normas que somete a regulación la vida social de las personas de una comunidad y que en caso de infracción son sancionadas por la fuerza". (página 9, Tomo I, Parte General, Introducción al Derecho). El Derecho, es extenso, y dentro del campo del derecho existen varias divisiones, ellas son:

"1. DERECHO PUBLICO; es el que regula la organización del Estado y las diferentes relaciones entre el Estado y los particulares, y comprende varias ramas a saber:

a) El Derecho Constitucional; que regula la organización general del Estado, la fuente principal de este Derecho es la Constitución Nacional; allí se establece la forma de gobierno, cómo se ejerce los órganos del poder, cuál es su fuente, cuáles son los derechos del Estado para con los particulares y la de éstos con aquél, qué derechos son protegidos, etc.

b) El Derecho Administrativo; que reglamenta el funcionamiento del Estado, el cual se reduce a la prestación de los servicios públicos. Este Derecho representa la parte dinámica del Estado, en cambio, el Derecho Constitucional, representa la parte estática.

c) El Derecho Penal; es la parte del Derecho Público, que señala qué actos constituyen delitos y cuáles son las penas. Al lado del

Derecho Penal aparece el Procedimiento Penal, que está encargado de hacer efectivas las disposiciones del Derecho Penal.

c) El Derecho Internacional Privado. Regula la situación jurídica de

d) EL Derecho Internacional Público, es el que regula las relaciones entre los diversos Estados.

Entendida esta clasificación del Derecho, que nos trae Arturo Valen-

2. EL DERECHO SOCIAL. Es un derecho nuevo, es el que regula las relaciones entre los individuos y los diferentes grupos sociales. Este es un derecho de clase, producto de esta civilización y comprende las siguientes ramas: en la sub-rama del "Derecho Procesal Penal o Procedimiento Penal Colombiano".

a) El Derecho Obrero o Derecho del Trabajo, que es el que regula las relaciones de los individuos que trabajan en las empresas por cuenta de otro.

Los objetivos de esta investigación los podemos sintetizar en los si-

b) El Derecho Agrario o Legislación Agraria, que regula las relaciones entre los trabajadores de la tierra y los propietarios de ella. Hacer un amplio estudio de los casos de libertad provisional, consagrados en el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal Colom-

3. EL DERECHO PRIVADO. Comprende el conjunto de instituciones que regulan las relaciones individuales, las relaciones de familia, las relaciones entre los hombres y las cosas, etc. Comprende estas ramas:

a) El Derecho Civil, es el derecho privado aplicado a la generalidad de los habitantes sin tener en cuenta su oficio o profesión.

c) Dotar a los estudiantes, profesores, jueces, fiscales y abogados

b) El Derecho Comercial. Es el mismo derecho privado aplicado a los

comerciantes. un texto de consulta, que incluya modelos prácticos para solicitar la libertad del sindicado.

c) El Derecho Internacional Privado. Regula la situación jurídica de los extranjeros domiciliados en la República". gran utilidad práctica, aunque no lo comparemos con una práctica forense penal, pero sí ayudando a la clasificación del Derecho, que nos trae Arturo Valencia Zea en el texto antes citado, comprendemos, que el tema elegido para hacer la investigación, se ubica dentro de la división del Derecho Público, -que a su vez está dentro de la rama del Derecho Penal- y dentro de esta en la sub-rama del "Derecho Procesal Penal o Procedimiento Penal Colombiano".

4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.

Los objetivos de esta investigación los podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Hacer un amplio estudio de los casos de libertad provisional, consagrados en el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, y de otra clase de excarcelaciones, incluyendo el procedimiento para impetrar el beneficio de libertad provisional, sus prohibiciones, y revocatoria.
- b) Compilar las normas afines al tema investigado.
- c) Dotar a los estudiantes, profesores, jueces, fiscales y abogados

litigantes de un texto de consulta, que incluya modelos prácticos para solicitar la libertad del sindicado.

Por lo expuesto, creo que mi trabajo será de gran utilidad práctica, aunque no lo comparemos con una práctica forense penal, pero sí ayudará a resolver a los jueces, abogados litigantes y fiscales las incógnitas que se presenten cuando debe aplicarse o negarse la LIBERTAD PROVISIONAL O EXCARCELACION CAUCIONADA.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho usual en su tomo IV, letras J-O, nos trae las siguientes definiciones acerca de libertad en general, en sentido jurídico, provisional, libertad condicional y libertad vigilada.

1.1 LIBERTAD:

En sentido general, es la facultad natural que tiene el hombre de que no manera a otro, y de no obrar, por la cual es responsable de sus actos. Facultad de que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer o decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las costumbres, (en las palabras aseguradas de la Academia Española en aquel primer concepto individual y en este otro de índole política). Condición del que no esté preso ni detenido, ni en esclavitud o cautiverio. Situación del país donde no existe poder alguno que vasalle al ciudadano, el habitante, el extranjero que en él reside. Desembarazo, soltura al proceder. Ausencia de dirección potestad o guía. Privilegio prerrogativa. Licencia, franquicia, y franquicia. Regimiento en la conducta. Excepción de cargo u obligaciones. Abuso, desenfren-

no. Facilitaridad excesiva de acción. Suministrando de derechos y garantías individuales en una constitución. Desecho referido a las de Asociación, reunión y otras.

1.2 LIBERTAD: Conceptos jurídicos.

1. CONCEPTOS PREVIOS

Situación de la libertad como derecho individual, absoluta en el por-

El Diccionario Enciclopédico de derecho usual en su tomo IV, letras J-O, nos trae las siguientes definiciones acerca de libertad en general, en sentido jurídico, provisional, libertad condicional y libertad vigilada.

1.1 LIBERTAD:

En sentido general, es la facultad natural que tiene el hombre de una manera u otra, y de no obrar, por la cual es responsable de sus actos. Facultad de que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer o decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las costumbres, (en las palabras medidas de la Academia Española en aquel primer concepto individual y en este otro de índole política). Condición del que no está preso ni detenido, ni en esclavitud o cautiverio. Situación del país donde no existe poder alguno que vasalle al ciudadano, al habitante, al extranjero que en él reside. Desembarazo, soltura al proceder. Ausencia de dirección potestad o gafa. Privilegio prerrogativa. Licencia, franquicia, y franqueza. Reglamento en la conducta. Excepción de cargo u obligaciones. Abuso, desenfre-

no. Familiaridad excesiva de acción. Reconocimiento de derechos y garantías individuales en una constitución. Derecho referido a las sociedades de Asociación, reunión y otras. Ley o de fuera de la embargo".

1.2 LIBERTAD: Concepto Jurídico.- del Hombre (v), la libertad se consagra como derecho fundamental en el Art. 2o, y se define en el art. Entendida la libertad como autonomía individual, absoluta en el pensamiento y mayor y menor según las relaciones surgidas de la convivencia social, ha movido a definiciones de Juristas y Legisladores envuelta en la anonimidad, pero aureolada por notable perspicacia jurídica, los romanos dicen: "Libertas est, potestas faciendi id quod jure licet" (la libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite), Justiniano transcribió en el Digesto el concepto y las palabras similares de Florentino: La libertad es la facultad natural de hacer cada uno lo que le plazca, salvo impedírselo la fuerza o el derecho". Peculiaridad.

Aún encadena así en algo la libertad, su valor es tan grande, que Gaius la consideraba como el mayor de los bienes; "Libertas omnibus rebus favorabilior est" (La libertad es la más preciada de las cosas). Tan elevado es su precio que ratificando a su colega, Ulpiano exclamaba: "Libertas pecunia lui non potes" (La libertad no se puede pagar con dinero). Los piratas Sarracenos con los Cristianos medievales y los guerrilleros marinos, con los prisioneros de guerra del Siglo XX, demostraría que aquel insigne jurista no siempre estaba en lo cierto. La libertad provisional, pues, ya que por tener que sufrir pena infligida, ya por esperar a regir, con efectos análogos.

Las Partidas inspiradas en el Digesto, caracterizaban la libertad cual "Poderío que a todo hombre, naturalmente de hacer lo que quisiere, solo que fuerza o derecho de la ley o de fuero se lo embargue".

En la Declaración de los Derechos del Hombre (v), la libertad se consagraba como derecho fundamental en el Art. 2o, y se define en el artículo 40 en estos términos: "La facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro".

1.3 LIBERTAD PROVISIONAL.

Liberación transitoria que, con fianza o sin ella, se concede al procesado, cuando sus antecedentes no hacen temer su ocultación siempre que el delito imputado no sea de extrema gravedad.

1.3.1 Peculiaridad.-

La libertad provisional es siempre anterior a toda condena, pues solo tiene lugar durante la instrucción del sumario y la sustanciación de la causa y requiere la existencia del procedimiento. Como su nombre indica esta libertad es provisional, modificable, y queda sujeta a la revocación por mala conducta del procesado, por acentuarse los cargos contra él, por otro motivo que aconseje dejar sin efecto el beneficio y también por desvanecerse las acusaciones contra el cesado y ponerlo en libertad definitiva. Así mismo, la condena que la libertad provisional cese, ya que por tener que cumplir pena señalada, ya por empezar a regir, con efectos análogos

titución de la condena condicional. (V)

causa. En consecuencia, el procesado podrá ser preso y puesto en li-

1.3.2 Normas Procesales.-

leccionadas con la libertad provisional se sustancian en pieza separa-

Establece la ley de enjuiciamiento criminal (se refiere a la ley pe-
nal argentina). Que "la prisión provisional solo durará lo que sub-

sistan los motivos que la hayan ocasionado. El detenido o preso será
puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su

inocencia. Todas las autoridades que intervengan en un proceso esta-

rán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión

provisional de los inculcados o procesados". (Art. 528) En nuestro

Código de Procedimiento Penal Colombiano las disposiciones que las

consagran son, artículo 453 y otras que más adelante analizaremos.

nes de buena conducta y demás disposiciones que se señalen a menos

Para decretar la libertad provisional se precisa: a) Que el delito
imputado tenga señalada pena inferior a prisión condicional; b) Que
los antecedentes del procesado o las circunstancias del caso permir-
tan confiar en que comparecerá cuando sea citado; c) Que no haya de-
jado de comparecer al primer llamamiento hecho por el juez o tribu-
nal; d) Que la autoridad judicial determine si ha de prestar fianza
y sus condiciones, o si ha de obtener la libertad bajo palabra, (Art.
529). "El procesado que hubiere de estar en libertad provisional con
o sin fianza "Apud Acta" obligación de comparecer en los días que le
fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces sea
llamado ante el juez o tribunal que conozca la causa". (Art. 530)

"Los autos de prisión y libertad provisionales, y de fianza serán re-

formados de oficio o a instancia de parte durante todo el curso de la causa. En consecuencia, el procesado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente", (Art. 539). Las diligencias relacionadas con la libertad provisional se sustancian en pieza separada (Art. 544) (no debemos olvidar que estas normas hacen referencia a la Legislación Penal Argentina).

1.4 LIBERTAD CONDICIONAL.

Beneficio penitenciario consistente en dejar en libertad a los penados que hayan observado comportamiento adecuado durante los diversos periodos de su condena y cuando ya se encuentran en la última parte del tratamiento penitenciario, siempre que se someten a las condiciones de buena conducta y demás disposiciones que se señalen a menos de ser reintegrados al establecimiento penal para cumplir el tiempo faltante, con el mal antecedente de esa frustración durante la ensayada libertad y retorno a la convivencia normal de la sociedad. d)

1.5 LIBERTAD VIGILADA.

Medida de seguridad consistente en mantener bajo observación judicial, o del organismo competente, a los sujetos que ofrecen inclinaciones delictuosas, a aquellas que por menores e incapaces no han sido objeto de una pena, y también a los liberados anticipadamente por concesión de la libertad condicional.

1.5.1 Contenido.- Los sujetos, a fin de comprobar sus actividades irregulares o la participación de un hecho delictivo. Esta última es secreta. El que es objeto de esta vigilancia se encuentra en libertad completa de movimientos, aún cuando se ejerza sobre él una acción de custodia más o menos continua o visible con toda, no puede cambiar de domicilio, ocultarse sistemáticamente, ni dejar de comparecer cuando la autoridad lo cite, y para presentaciones periódicas o por citaciones especiales.

1.5.2 Final.-

La libertad vigilada cesa: a) por el transcurso del lapso establecido, cuando esté sometida a una duración determinada previamente; b) por la intachable conducta del sometido a esa medida, una vez comprobada su adaptación social o la recuperación de sus facultades; c) por la desaparición del sujeto peligroso que motiva su búsqueda, y su internamiento en uno u otro establecimiento en caso de ser habido; d) Por la conversión de la vigilancia en otra medida o pena ya por el proceder del sometido a esta observación, por el descubrimiento de un nuevo dato o por el curso de la causa; e) por el supuesto por la muerte del sujeto.

1.5.3 Distingo.-

Esta libertad vigilada no posee puntos de contacto con las de personajes que son custodiados para su garantía; ni con la observación pre-

eliminar de los sospechosos, a fin de comprobar sus actividades irregulares o la participación de un hecho delictivo. Esta última es secreta para el interesado; y aquella otra se procura sin pérdida de su eficacia, que pase lo más inadvertida posible para el público en general.

2. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD PROVISIONAL Y OTROS

TIPOS DE EXCARCELACIONES

2.1 DIFERENCIA ENTRE LIBERTAD PROVISIONAL Y LIBERTAD CONDICIONAL.

Aún cuando las palabras se parezcan, no cabe confundir esta institución con la libertad provisional, esta solo prosede en la etapa del sumario y mientras se trata la causa, y requiere que la pena eventual para el supuesto delito sea privativa de la libertad y relativamente corta, quién se beneficia de ella, puede ser inocente o culpable. En la libertad condicional, por el contrario, tiene que haber habido condena y haberse cumplido la mayor parte de ella, además de haber observado buena conducta en la penitenciaría y ofrecer garantías de un reintegro laborioso, o al menos pacífico, a la vida ordinaria. En el primer caso, la eventualidad de tratarse de alguien inocente, y para remediar la prolongación de la causa que exceden en ocasiones a la vida del sujeto, se mantiene en libertad al procesado. En el otro supuesto, se otorga la libertad del preso, para que su readaptación social se vea facilitada por la ausencia de reclusión al establecimiento penal, aún así, incurrir en nuevo delito, y el caso sólo por seguir una orientación peligrosa a la delincuencia.

Transcribamos el concepto de libertad condicional que nos trae el Art. 72 del C. de P.P. Colombiano: "Art. 72. Concepto: El Juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que no exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta y sus antecedentes permitan su readaptación social."

2. DIFERENCIAS ENTRE LIBERTAD PROVISIONAL Y OTROS TIPOS DE EXCARCELACIONES

2.1 DIFERENCIA ENTRE LIBERTAD PROVISIONAL Y LIBERTAD CONDICIONAL.

Aún cuando las palabras se parezcan, no cabe confundir esta institución con la libertad provisional, esta solo procede en la etapa del sumario y mientras se tramita la causa, y requiere que la pena eventual para el supuesto delito sea privativa de la libertad y relativamente corta, quién se beneficia de ella, puede ser inocente o culpable. En la libertad condicional, por el contrario, tiene que haber habido condena y haberse cumplido la mayor parte de ella, además de haber observado buena conducta en la penitenciaría y ofrecer garantías de un reintegro laborioso, o al menos pacífico, a la vida ordinaria. En el primer caso, la eventualidad de tratarse de alguien inocente, y para remediar la prolongación de la causa que exceden en ocasiones a la petición fiscal, se mantiene en libertad al procesado. En el otro supuesto, se anticipa la libertad del preso, para que su readaptación social se vea facilitada por la amenaza de retornar al establecimiento penal, aún sin incurrir en nuevo delito, y si tan sólo por seguir una orientación peligrosa o equivocada. Instancia,

Transcribimos el concepto de libertad condicional que nos trae el Art. 72 del C. de P.P. Colombiano: "Art. 72. Concepto: El Juez podrá conceder la libertad condicional al condenado a la pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que no exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la condena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

2) Que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho cual-

2.2 DIFERENCIA CON LA CONDENA CONDICIONAL.

to penitenciario.

También difiere con la institución de la condena condicional, que se aplica a los delincuentes primarios y en caso de delitos muy leves, cuya sanción no se lleva a cabo si el autor de la infracción penada no delinque de nuevo en un plazo marcado por la ley, se trata de encomendar al delincuente con el mecanismo del proceso y con efecto moral de la condena pronunciada; además de evitar el mal ejemplo que pueda pervertirlo totalmente de compartir un establecimiento penal con peligrosos malhechores o con profesionales del delito. Jorge Ortega Torres, en referencia al tema dice: "La condena condicional es la suspensión de la ejecución de la pena. La libertad condicional consiste en que el condenado cumple parte de la pena y por el resto se le perdona. Difiere de la condena condicional en que esta se dicta por sentencia pero no se cumple. Ambas están sujetas a una condición suspensiva; y la libertad condicional de una condición resolutoria". El Art. 68 del C.P. vigente textualmente dice: "Concepto.- En la sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia,

el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos a cinco años, siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

Artículo 451 del C. de P.P. Colombiana, que dice: "Detención parcial"

1) Que la pena impuesta sea de arresto o no exceda de tres años de prisión; proveer exclusivamente, por disposición de la Ley, a la

subsistencia de una o más personas, podrá obtener que su detención

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

1. Que no haya sido condenado por delito doloso dentro de los diez

2.3. DIFERENCIA CON LA DETENCION PARCIAL EN EL LUGAR DEL TRABAJO.

41, proceso por delito intencional; cuando un sujeto sufre o su

Definida ya la libertad provisional, como una institución distinta de la condena condicional y libertad condicional, cabe definir la diferencia con la detención parcial en el, lugar de trabajo, en la primera se aplica a todos los sindicados que reúnan las condiciones de uno de los doce numerales consagrados en el Art. 453 del C. de P.P.- y al otorgarse no se limita el ejercicio de esta al día o la noche, en la segunda, el sindicado tiene que reunir unos requisitos especiales, como son ser de buenas costumbres, que tenga familiares a quienes deba proveer exclusivamente de su subsistencia, pero la detención se cumple solo que parcialmente, puesto que después de hacer sus labores tiene que regresar al establecimiento carcelario sea de día o de noche. En tanto que en la libertad provisional no está sujeto a esta medida, solo tendrá que comparecer a la sentencia si

hubiere lugar a ella, diurnas o nocturnas.

Para mayor ilustración, paso a transcribir el texto completo del Artículo 451 del C. de P.P. Colombiano, que dice: "Detención parcial en el propio lugar del trabajo. El sindicado de buenas costumbres que deba proveer exclusivamente, por disposición de la Ley, a la subsistencia de una o más personas, podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el propio lugar del trabajo, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

1. Que no haya sido condenado por delito doloso dentro de los diez años anteriores a la petición del beneficio y que no curse contra él, proceso por delito intencional;
2. Que esté sindicado por un delito cuya pena máxima no exceda de cuatro años de prisión, y hubieren transcurrido cuatro meses de que hubiere dado a luz;
3. Que no haya eludido su comparecencia en el proceso.

En este caso el sindicado sigue detenido y se le concede el beneficio. De este beneficio quedan excluidos en todo caso, los procesados por los delitos contemplados en los títulos I, II y III del Libro Segundo del Código Penal, que motivaron su detención no han cambiado.

El beneficiado prestará caución que garantice el cumplimiento de las obligaciones que se le impongan, entre las cuales estará la de regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después de que ter-

mine sus labores diurnas o nocturnas, los artículos anteriormente citados.

Esta medida se revocará cuando el agraciado incumpla cualquiera de las obligaciones que se hubieren impuesto en la diligencia de caución y cuando se dictare sentencia condenatoria". del C. de P.P. se aplicará a la detención preventiva".

2.4 DIFERENCIA CON SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA.

"Art. 673.- Aplazamiento de la ejecución de la pena. El juez podrá La suspensión de la detención preventiva, es una gracia especial, que el Legislador quiso conceder al sindicado o sindicada, y aún al condenado con el aplazamiento de la ejecución de la pena, cuando este se hallare atacado de una grave enfermedad, o cuando alguno de sus familiares ascendientes o descendientes en primer grado o su cónyuge se encontraren en inminente peligro de muerte; o también a la mujer que se hallare en estado de embarazo, que le faltaren tres meses para el parto, o no hubieren transcurrido cuatro meses de que hubiere dado a luz. o cuando alguno de sus familiares ascendientes o descendientes en primer grado o su cónyuge se encontraren en inminente peligro de muerte, a juicio de los médicos oficiales.

En este caso el sindicado sigue detenido y se le concede el beneficio de libertad, mientras dure esta circunstancia temporal y pasajera, pero luego tiene que volver al establecimiento carcelario, si las circunstancias que motivaron su detención no han cambiado. hoy no es vigente y su articulado fue derogado, pero al iniciar el proceso La suspensión de la detención preventiva, está consagrada en el Artículo 452 del C. de P.P. Colombiano, pero remite al Art. 673, puesto que se requieren estos requisitos para conceder este beneficio. En el C.P. comentado Jorge Ortega Torres, nos trae la siguiente defi-

Transcribimos los textos completos de los artículos anteriormente citados. Implica especiales condiciones para ser acreedor a ella. No so-

lo requiere una situación jurídica carente en absoluta de circuns-

"Art. 452.- Suspensión de la detención preventiva. Lo establecido para la ejecución de las penas en el artículo 673 del C. de P.P. se aplicará a la detención preventiva". problema en cuya determinación

entran en mucho, no solo las comprobaciones procesales, sino el

"Art. 673.- Aplazamiento de la ejecución de la pena. El Juez podrá aplazar la ejecución de la pena: gracia, de sus particularidades si- quites, teniendo que hacer un verdadero propósito consistente del

1) Cuando a la mujer sentenciada le faltaren menos de tres meses para el parto o si no hubiere transcurrido cuatro meses de la fecha en que ha dado a luz,

La norma que regulaba el perdón judicial era el artículo 91 del an-

2) Cuando el sentenciado se hallare atacado de grave enfermedad o cuando alguno de sus ascendientes o descendientes en primer grado o su cónyuge se encontraren en inminente peligro de muerte, a juicio de los médicos oficiales. En el procedimiento para preferir sentencia definitiva, podrá el juez, mediante providencia motivada, otorgar al res-

2.5. DIFERENCIA CON EL PERDÓN JUDICIAL. El, que consiste en prescindir de aplicarle la sanción correspondiente".

El perdón judicial estaba establecido en el antiguo Código Penal, hoy no es vigente y su articulado fue derogado, pero al iniciar el proyecto de tesis lo incluí en el plan de tesis, por eso brevemente quiero exponer lo siguiente alusivo al tema.

En el C.P. comentado Jorge Ortega Torres, nos trae la siguiente defi-

nición: "El perdón judicial es una gracia de carácter excepcional, que implica especiales condiciones para ser acreedor a ella. No solo requiere una situación jurídica carente en absoluta de circunstancias de mayor peligrosidad, sino aún, más, que las modalidades especiales del hecho demuestren la carencia absoluta de peligrosidad del responsable. Se trata de un problema en cuya determinación entran en mucho, no solo las comprobaciones procesales, sino el concepto que se forme el juzgador acerca de la responsabilidad de quien va a disfrutar de aquella gracia, de sus particularidades síquicas, teniendo que hacer un verdadero propósito consistente del futuro comportamiento criminal del sujeto favorecido con tal beneficio". (Sent., 2 de febrero de 1.951, LIX, 161).

La norma que regulaba el perdón judicial era el artículo 91 del antiguo Código Penal, la cual textualmente decía: "Art. 91.- En los casos de libertad provisional, siempre que se reúnan los requisitos de que trata el artículo 80, (claro está del antiguo C.P.) y previos los trámites de procedimiento para proferir sentencia definitiva, podrá el juez, mediante providencia motivada, otorgar al responsable de un delito, el perdón judicial, que consiste en prescindir de aplicarle la sanción correspondiente".

El Artículo 80 del C.P. antiguo hablaba o trataba de la condena condicional, que hoy se encuentra regulado por el artículo 68 del nuevo C. P. Colombiano.

En las eventualidades del inciso segundo del artículo tercero del

3. CASOS DE LIBERTAD PROVISIONAL ESTABLECIDOS
EN EL ARTICULO 453 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

El Capítulo III del Código de Procedimiento Penal Colombiano al hablar de la libertad del procesado nos trae los siguientes; transcribimos el texto completo del artículo 453 del Código citado:

LIBERTAD DEL PROCESADO.

"Art. 453.- Casos de libertad provisional. Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso 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 y abuso de confianza, cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 429 del C.P. (se refiere al C. Penal antiguo).

3. En las eventualidades del inciso segundo del artículo tercero del

Decreto 1858 de 1.951, sustitutivo de los artículos 151 y 152 del Código Penal, cuando la restitución de lo apropiado fuere 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 de que se le acusa,

habida consideración a la calificación que debería dársele;

7. Cuando vencido el término de 180 días de privación efectiva de libertad del procesado, no se hubiere calificado el mérito del sumario.

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.

Este término se aplicará a 270 días cuando sean tres o más los procesos en los que se refiera este numeral, será concedida por

la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista.

Si al resolver esta solicitud el juez encontrara que hay mérito para la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

la rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1968 será tenida en cuenta

ta por el juez al aplicar el presente numeral;

7. Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreseimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código o sentencia absolutoria, o cuando se dicte en primera o segunda instancia sobreseimiento temporal;

8. Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere este 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.

Quando 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 ^{impliere} aplicará 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 llamar auto vocatorio a juicio, negará la excarcelación, ordenará ce-

rrar la investigación y la calificará dentro de los ocho días siguientes al vencimiento del término del traslado a las partes. Si no lo califica en este término decretará inmediatamente la excarcelación.

10. En los delitos sancionados con pena de prisión cuando el sindicado fuere mayor de dieciséis años y menor de dieciocho 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.

4.1 INFRACCIONES SANCIONADAS CON PENA DE ARRESTO.

11. Cuando la infracción se hubiere realizado en las circunstancias a que se refiere el artículo 27 del C.P.

cuando el Legislador conceda el beneficio de la libertad provisional,

12. Sin perjuicio de lo dispuesto en el ordinal segundo de este artículo, en los procesos por delitos contra la propiedad de competencia de las autoridades de policía, siempre que el imputado no tenga antecedentes judiciales, ni de policía, que su personalidad no revele mayor peligrosidad, que no haya ejercitado, al realizar el hecho violencia física o moral contra las personas o las cosas, y que no haya ocasionado a la víctima grave daño atendida su situación económica".

que no gozará del beneficio de libertad provisional, aún cuando se trate de delito sancionable con pena de arresto, quien se encuentre en los eventos contemplados en el artículo 880, del C. de P.P. ("Delitos contra la asistencia familiar". Artículo 40 de la Ley 75 de 1.968). A quienes se encuentran en esta situación solo se les concede el beneficio de la libertad provisional, si así lo solicita el

4. ESTUDIO DE CADA UNO DE LOS NUMERALES CONSAGRADOS

EN EL ARTICULO 453 DEL C. DE P.P. COLOMBIANO

4.1 INFRACCIONES SANCIONADAS CON PENA DE ARRESTO.

Generalmente los delitos sancionados con pena de arresto son de menor jerarquía dentro del campo de la delincuencia y por esta razón quiso el Legislador conceder el beneficio de la libertad provisional, siempre y cuando no fueran sindicados renuentes, es más para los delitos sancionados con pena de arresto, ni siquiera se autorizó la captura, sino únicamente la citación para la indagatoria, pero si no compareciere, el juez puede ordenar la captura del sindicado.

Como excepción a la situación prevista en el punto que se analiza, por disposición del artículo 7 de la Ley 17 de 1.975 se establece que no gozará del beneficio de libertad provisional, aún cuando se trate de delito sancionable con pena de arresto, quien se encuentre en los eventos contemplados en el artículo 660, del C. de P.P. ("Delitos contra la asistencia familiar". Artículo 40 de la Ley 75 de 1.968). A quienes se encuentran en esta situación solo se les concede el beneficio de la libertad provisional; a) si lo solicita el

querellante; y b) Si el beneficiario presta caución suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales que originare la acción, o cuando a la persona ofendida se le indemnizara por los perjuicios que se le hubiere causado, en el nuevo Código de Pro-

El Artículo 426 del C. de P.P. Colombiano, en sus incisos segundo y tercero hace referencia a la citación para la indagatoria, no procedencia de captura y del derecho de excarcelación desde el momento de rendir la indagatoria, textualmente dice lo siguiente: "quiere una fi-

sonería de menor gravedad, pues el perjuicio material a la víctima ya

"Art. 426.-... Inciso Segundo.- Si no se considera necesaria la captura o si el delito mereciere arresto o pena no privativa de la libertad, se citará al sindicado; pero si no compareciere a rendir indagatoria, será capturado para el cumplimiento de la indagatoria. en las de

la infracción.

Inciso Tercero.- Si el delito porque se procede tiene sanción de arresto o de pena no privativa de la libertad, el sindicado, rendida la indagatoria, será puesto en libertad cuando hubiere sido capturado". de la reparación), que para la rebaja de la pena incluye todos los

delitos contra la propiedad privada, el de procedimiento excluye al de

Hernando Londoño Jiménez, en su libro de La Captura a la Excarcelación,

ción, nos trae lo siguiente: como elemento tipificador contiene la vio-

lencia a las personas o a las cosas, lo mismo que la extorsión y el

4.2 "EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD CUANDO HAY RESTITUCION, IN-

DEMNIZACION O REPARACION DEL DAÑO. artan mayor reputación ante la

sociedad. el Código de la parte de la ley 426, que en materia de

"De acuerdo con el espíritu que animó la redacción del artículo 429

del C.P. (hoy derogado), que rebaja hasta la mitad de la pena en los delitos contra la propiedad cuando se restituye el objeto materia de la infracción, o cuando a la persona ofendida se le indemnizara por los perjuicios que se le hubiera causado, en el nuevo Código de Procedimiento Penal (vigente hasta hoy) se quiso traer como especialmente favorable este aspecto para conceder la excarcelación. El motivo intrínseco de este numeral lo constituye sin duda alguna 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 prueba de su arrepentimiento por su conducta dolosa, y porque en forma espontánea ha procurado anular o disminuir las consecuencias de la infracción. decía: "Cuando el valor de lo hurtado sea inferior a

4300.00, y las circunstancias personales del responsable no revelen Pero, a diferencia de lo que establece el Artículo 429 del Código Penal (hoy consagrado en el Artículo 374 del nuevo Código Penal, que habla de la reparación), que para la rebaja de la pena incluye todos los delitos contra la propiedad privada, el de procedimiento excluye el de robo (hoy hurto agravado), por la mayor gravedad que representa la comisión de ese delito, ya que como elemento tipificador contiene la violencia a las personas o a las cosas, lo mismo que la extorsión y el chantaje por las violencias y amenazas que estos implican, y porque inclusive son figuras delictivas que despiertan mayor repulsión ante la sociedad. al máximo de la pena de seis años, por un hurto en cuantía inferior a los quinientos pesos.

El numeral en verdad encierra una sana política criminal, porque provoca e incita a una restitución jurídica del derecho violado. Por lo demás, en la praxis la disposición tenderá a favorecer la delincuencia de menor cuantía, porque seguramente, en la mayor cuantía el sindicado estará más bien dispuesto a afrontar todas las consecuencias del proceso penal.

A la drasticidad con que se ha tratado este tipo de delincuencia la han venido superando el derecho Penal y Procesal Penal moderno, los cuales han sabido atemperar, por el aspecto punitivo y tratamiento a 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 1458 de 1961, por el cual se derogó el artículo 400 del C.P., que decía: "Cuando el valor de lo hurtado sea inferior a \$200.00, 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 infima cuantía aún por primera vez, y siendo el responsable persona que no ofreciere peligrosidad alguna, según lo exigía la disposición, se le condenaba como un mínimo a un año de prisión, en virtud del aumento al doble de las penas mínimas, que fue otro de los funestísimos errores del Legislador del año 51, y hubo jueces que llegaron al extremo de proferir sentencias condenatorias al máximo de la pena de seis años, por un hurto en cuantía inferior a los quinientos pesos.

Con todo, se ha presentado una inquietud, referente a los sindicatos de estos delitos, pero solo en su grado de tentativa o frustración, en estos casos, por sustracción de materia, no habría lugar a la restitución del objeto que fue motivo del ilícito, ni a la indemnización por perjuicios a la persona ofendida, por lo cual sería intrascendente invocar el derecho a la excarcelación. Esto, en principio, tendría esas consecuencias desfavorables para el inculcado, porque si la consumación plena del delito en su forma perfecta quedó impedida, no habrá lugar a restituir, ni menos a indemnizar. Y para estos casos la Ley no podía presumir, ni la devolución del objeto del delito, ni la reparación a la víctima, en caso de que el sindicato hubiera 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 el espíritu amplio y generoso de la reforma. Para lo cual y para efectos de la excarcelación en tales casos, no debe olvidarse el restablecimiento del Art. 400 del Código Penal, lo mismo que el 60, en armonía con el 45, ibidem. (hoy en nuestro Código el Art. 374) En estas 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, a nuestro parecer, para los efectos indicados, nada se opone a que en abstracto y transitoriamente, esa conversión la puede 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 delin-

cuencia figura los más bajos estamentos de la sociedad, la clase más desprotegida de la fortuna, los destituidos plenamente de bienes económicos, no es improbable que con mucha frecuencia se haya fallado y se sigan fallando causas penales con ignorancia absoluta sobre la verdadera dinámica de aquellos delitos contra la propiedad, casa de habitación o de sus dependencias. De donde se colige que el supremo valor El acusado, ante el cerco probatorio en su contra y apelando a su instinto de defensa, sin conocer a fondo las normas procesales penales, preferirá optar por la coartada negativa, cuando pudo haberse visto impelido a cometer el delito por una extrema situación de necesidad. Y esto se presenta con tonos de mayor gravedad, cuando por falta de información 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 famélico 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 muerte. Luego, como Solón, vinieron leyes menos graves y mediante las cuales solo se condenaba a pagar el doble de lo hurtado. La Ley de las XII Tabas permitía la muerte del ladrón nocturno, el cual se le adjudicaba a la víctima si este era libre, o era precipitado por las rocas, si era esclavo. En el éxodo, capítulo 22, se lee textualmente: "Si un ladrón fuese hallado de noche, forzando o socabando una casa, y siendo herido, mu-

riese, el matador no será reo de muerte; pero si lo hiciere después de salido el sol, cometió un homicidio y así también 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 por 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 en el escalamiento, tal vez por un apremio de sus necesidades y las de su familia, no merece la pena de muerte. Esas presunciones que trae nuestra ley sustancial, es un puro individualismo, casi un materialismo jurídico, una concepción anticristiana del derecho a la vida.

En este punto del 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 de la circunstancia del Art. 430 del C.P. (derogado en el nuevo Código Penal) es decir cuando se ejecuta uno de aquellos delitos por apremiante necesidad de proveer a la propia subsistencia o vestido, o a 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. 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 numeral 2o. del Art. 25 del Código Penal, o por el estado de necesidad, según el numeral 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 "furti privilegiati" (deliti privilegiati, diríamos nosotros, porque se trata de varias modalidades con denominación distintas), la moral y las ciencias jurídicas han luchado con consumo, así lo recalca Antonio Quintana 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 historiadores con singular fortuna en España por Jiménez de Asúa y el padre Pereda. Pueden ser resumidos dichos fundamentos en dos principales: el que aludía a una perturbación anímica ocasionada por el hambre, defendido por el francés Tiraquellus, y el objetivo de matiz político, mantenido por Santo Tomás, alegando una vuelta a la primaria comunidades de bienes y ejercicio de un efectivo derecho, dada la obligación que tiene todo cristiano de socorrer a los indigentes".

4.3 POR PECULADO.

En los casos del inciso 2o. del Art. 3o. del Decreto 1858 de 1951, substitutivo de los artículos 151 y 152 del Código Penal, 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 Art. 429 del C.P. ya comentado, pero el Legislador del año 51 quiso orientarse en el mismo sentido de estimular el reintegro de lo que fue materia 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 solo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia".

Resulta indudable que para la tipificación de este delito, por una parte se tuvo en cuenta la violación de la confianza pública puesta en la administración de los bienes del Estado, y por otra, en el deber de probidad de los funcionarios a quienes se les ha encargado la recaudación, custodia y administración de los caudales a proteger una conducta moral en la administración pública, con 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 esa conducta. Y sobre todo estos mismos pasos quiso proceder la reforma del Código de Procedimiento Penal, al conceder, la excarcelación, "cuando la restitución de lo apropiado fuere total, en cualquier tiempo que se hiciere, o cuando hubiere cesado en mal uso". Tampoco eran de instrucción en los delitos de peculado.

Como se puede advertir, con la norma procesal se persiguen fines parecidos a los de la norma del Código Penal, al permitir en esta la rebaja de pena y en aquella la excarcelación. Pero en esta materia, como en el 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 suelen cometerse las mayores injusticias. Porque quien sustrae, cien mil, doscientos 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 que se descubra su delito y se abra la correspondiente investigación penal en su contra. Y viceversa, en los casos de necesidad, de implazable urgencia, de apremio inmediato, un funcionario público, sin el menor ánimo de lucro, sustrae una pequeña cantidad de dinero con el firme propósito de reintegrarlo 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 imprevista recibe la visita de los empleados de Contraloría y como

consecuencia de ello encuentra el faltante, dicho empleado puede en el acto mismo hacer el reintegro, antes que se formule denuncia penal, o bien con posterioridad a esta, y en ambos casos adquiere el derecho de excarcelación, lo que no ocurría en 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 empleados 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 punitivo para el que verdaderamente se apropió los caudales o efectos públicos y el que apenas en forma transitoria se benefició de ellos, habiendo reintegrado con posterioridad. En este último caso, la continuación en el cargo o reintegro a él, bien por que 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, en un aspecto del derecho administrativo que no corresponde resolverlos 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 se produjo con anterioridad al auto de detención no es necesario en esta providencia solicitar que se suspenda el cargo al funcionario público pues si la va a conceder la excarcelación y, lógicamente, dentro del mismo auto de detención, aquella medida de la suspensión del cargo no se

justificarla. 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 proceso penal por peculado con deducción plena de la culpabilidad, si, por ejemplo, habiendo estado disfrutando del derecho de excarcelación, se falla la causa con el beneficio de la suspensión condicional de la pena, a caso el tiempo de ocurrir el accidente". En donde parece que el legislador hubiera querido ver un grado mayor de culpa, ya que la

4.4 POR DELITOS CULPOSOS.

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

La norma contempla dos situaciones: la primera, para todas las previsiones culposas que trae el Código Penal en sus artículos 122, 154 y 173, inc. 2o. 197, inc. 2o.; 220, 275, 278, inc. 3o. 370 y 378, (hoy contemplados en el nuevo Código Penal en los artículos 137, 329, 340 y otros).

En estos casos procedería la excarcelación, aún en las circunstancias de que se considere que no habría lugar a la gracia de la condena de ejecución condicional. Y para la segunda, tendríamos el mismo artículo, 370 del mismo Código, sustituido por el Art. 1o. de la Ley 164 de 1938 y dentro del cual puede incluirse el "homicidio cometido con vehículo automotor o de transporte", ya que la disposición empieza así:

"El que por culpa cause la muerte a otro"...

A esta causal de la excarcelación se llegó después de las siguientes consideraciones: el Art. 406 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal) prohibía la excarcelación "cuando en el manejo de vehículos automotores, siempre que el conductor procesado careciere de licencia 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 para el manejo de los vehículos, y nada tienen que ver 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 de esa naturaleza. Creemos, por ello, que ese criterio para negar la excarcelación fue desafortunado. Pero también lo fue, cuando al conceder en los demás casos la excarcelación, dijo el citado artículo (Num 13, inc. 2o) que "se le impondrá al procesado excarcelado, en la respectiva diligencia (de excarcelación), la prohibición de conducir vehículos mientras no se haya dictado sentencia absolutoria a su favor o auto de sobreseimiento. Por tanto, se le retirará en el acto de la diligencia el pase o licencia correspondiente".

Lo anterior significa un contrasentido, porque representaba una pena accesoria al sindicado por el solo hecho de la sindicación. Como

quien dice la llevaba la absolución o el sobreseimiento definitivo, se le aplica el artículo 42 del C.P. (en el nuevo C.P. también trata de las penas accesorias), el que dentro de las penas accesorias.

Traían la suspensión del ejercicio de un arte o profesión". Era una norma inicua y absurda, pues el procesado aún sin haber sido posible 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.

estaba prevista en la parte general del Código Penal, para ser aplicable.

Luego vino el Decreto 1358 de 1964, 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 no lo hacían muy probable y fácilmente previsible". Se consagra como se ve a manera de beneficio como facultad potestativa del juez. Fuera de que la fórmula quedaba referida a la sola apreciación del funcionario a quien le bastaba para negar la excarcelación, ofrecer 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 intronización de la arbitrariedad y el capricho.

Por último la Ley 16 de 1969, al enumerar en su artículo 17 los diversos casos en que "podrá concederse la excarcelación", dijo en su numeral 2o que "En los delitos culposos excepto en el homicidio co-

metido con vehículo automotor o de transporte, cuando la personalidad del procesado o la gravedad y circunstancias del hecho no autorice el otorgamiento de la condena condicional o el perdón judicial".

Incuestionablemente, la citada ley incurrió en un error de técnica jurídica al incluir el perdón judicial, este debe estar prevista 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 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 motivación procesal para ello solo depende de sí, al evaluarse las constancias sumariales, resultare de estas que el sindicado puede ser acreedor de la condena condicional, sin que para esto sea necesario esperar la calificación del sumario, como acontece con el numeral siguiente, será esta, desde luego, una calificación y la sentencia respectiva, circunstancias 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, solo tiene el límite

que la ley le fije en el Art. 80 del C.P. (Modificado por el Decreto 141 de 1980, y establecido en el Art. 168 del nuevo Código Penal), y no le es permitido por extensión acogerse a otras disposiciones legales, mucho menos si estas 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 probablemente o fácilmente previsibles" (C.P., Art. 37, Ord. 14, "esta cita que hace el autor es del Código anterior derogado, en el nuevo C.P. está establecida las circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo en el Art. 330").

Adorno. Constituyeron por sí mismas protectoras y benéficas medidas sobre política criminal, Con lo anterior, el ilustre tratadista está regresando a la legislación del año 1964, en la que, como se vio antes, se prohibió la excarcelación para esta clase de delitos cuando se hubiera consumado en "circunstancias que lo muy probable o fácilmente previsibles". Y si estas expresiones, por las razones ya anotadas, no las quiso acoger ni el legislador del año 69, ni el Ejecutivo en el año 71 (el primero en la Ley 16 del mismo año, y el segundo, en el nuevo Código de Procedimiento Penal), no se ve por qué puede 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 nume-

ral 14 del Art. 37 del C.P. (que ya dijimos antes está derogado). De ser así, ningún avance de importancia habría hecho la Legislación vigente, ya que todo dependería, de como dependió en el año 64, del arbitrio del juez.

4.5 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 significativo raigambre en el derecho procesal moderno. Constituyeron 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 el 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 ello 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 fue siempre buena y cuando por su personalidad, naturaleza, modalidad del hecho delictuoso o 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 la justicia no le asaltan dudas ni preocupaciones

de que vuelva a delinquir. de estas mismas tesis a muchos eminentes autores, cuyo pensamiento sobre la materia ha trascendido en la Ley. El primero de los subrogados, la condena condicional, o como también lo denomina la doctrina y la jurisprudencia, suspensión condicional de la pena o condena de ejecución condicional, ha tenido así mismo sus detractores y enemigos. En efecto, se argumenta en su contra que es una especie de jubileo 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 C. P. se sitúa en posición privilegiada ante la ley, y esto ni siquiera lo hace el hombre de cultura, de formación académica, ni el profesional del Derecho, por lo tanto, la crítica tiene 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 le retornan al camino del bien de la bondad.

Fiel a estos principios, se debe propugnar la reestructuración de la ley. Con razón, pues dijo Bittiol, que "Hay en el fundamento de la suspensión condicional de la pena una idea que podemos llamar de presunción especial, pero siempre que se le de a 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".

Podríamos invocar en auxilio de estas mismas tesis a muchos eminentes autores, cuyo pensamiento sobre la materia ha 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 puede restablecer el derecho violado o regresar al cauce de la juricidad. 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 fue capaz de transgredir las normas de convivencia social, mucho más cierto será que en él alien-ta todavía remanente natural de fuerzas espirituales y morales que lo inclinarán a la enmienda, a la rein vindicación de sí mismo, a la catarsis de las censuras de su conciencia.

Fieles a estos principios, se debe propugnar la reestructuración de un Derecho Penal material en donde sea más amplia y generosa la norma sobre la ejecución de la pena, y para que en el ordenamiento pro-ma se desarrolle cabalmente aquella intención del Legislador. En consecuencia y por lo tocante a la institución de la condena condi-cional, se debe proveer a que esta, en la práctica, no se haga nuga-toria, pues si la condena penal ha de quedar sometida a una condi-ción suspensiva, no existe la detención preventiva del procesado.

En el anterior sentido se pronunció la Legislación Procesal Argentina en el año de 1963, 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 malogra, de hecho, los beneficios que se tratan de alcanzar con la condena de ejecución condicional. Además, si la pena que le puede corresponder al procesado presumiblemente ha de dejarse en suspenso, resulta evidente que no es necesario mantener una medida cautelar tan rigurosa como lo es la prisión preventiva, para asegurar el cumplimiento de aquella que no va hacerse efectiva". Esto es una lógica eminentísima. 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 esta habría de suspenderse, no solo por la personalidad del procesado, sino también por la entidad del delito, no habría razón para esperar 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 advirtiere que existen los requisitos para otorgar el subrogado penal. En efecto, el artículo original de la

ponencia sobre esta materia fue propuesto así: "Se concederá la libertad provisional, mediante caución en los siguientes casos: ... 2) Cuando de acuerdo con la ley sean aplicables la condena condicional y el perdón judicial". (Comité V de Procedimiento Penal Acta No. 10). Posteriormente, al someterlo a estudio y consideración, dicho numeral fue 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 a solicitud de parte, cuando de acuerdo con la ley aparezca claramente que pueden ser aplicables la condena condicional, el perdón judicial o la exención de responsabilidad". Pero este ideal se vio frustrado ante la consideración de que resultaba obligante respetar la decisión legislativa manifestada en la Ley 16 de 1969, la cual en su numeral 30 de su Artículo 17 introdujo como causal de excarcelación la que hoy figura codificada y que es motivo de análisis. (Código Penal), va a ser favorecido en la sentencia con el mínimo de la pena, es decir 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 significaba 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 beneficios 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 el mo-

mento de calificar el sumario ya el sindicado habrá pagado en detención preventiva la pena que hubiere de imponérsele, o faltare muy poco para ello. Propongo penas por parte del instructor, no tanto por razón, ya que otros numerales imponen una calificación previa y con ella el problema no se presentaría cuando se tratare 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 Artículo 45 del C.P. el término mínimo de la pena de prisión que no exceda de dos años, sí preocupa sobremanera la situación que se plantea. En efecto, de acuerdo con el Artículo 45 del C.P. 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 artículo 80 del mismo Código (hoy el Artículo 68 del nuevo Código Penal), va a ser favorecido en 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, que cuando se concede la excarcelación por este numeral, ya se ha presentado también el fenómeno de la pena cumplida en detención preventiva y por lo tanto, con derecho también a la excarcelación. El que lo caracterizan, ha tomado plena conciencia de esta reforma, al puntualizar que "Es un hecho universal. 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 anticipada sobre la viabilidad de los subrogados penales por parte del instructor, no tenía razón, ya que otros numerales imponen una calificación previa y con carácter transitorio para los efectos de la excarcelación. O si lo que buscaba era la competencia del funcionario del conocimiento, quien puede 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, fue un gravísimo error de política criminal; sobre esto precisamente, Dorado Montero dijo que "Los mayores rigores penales y autoritarios no suprimen los delitos, ni siquiera los aminoran. 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".

La condena de ejecución condicional.

Por eso, los verdaderos derroteros hay que buscarlos en una decidida y franca política sobre ampliación de subrogados penales, para reaccionar así contra los estrechísimos límites en que hoy los contempla el Código Penal. acción con algunas infracciones penales contra la propiedad privada, y lo ajeno hizo el Decreto 4137 de 1.948 en relación Parmedio Cárdenas, uno de los ilustres corredactores, 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 resulte a la pos-

tre ineficaces y contraproducentes, y si los beneficios de que venimos ocupándonos, han dado magníficos resultados, valdrá la pena, ante la ineficacia de la ejecución penal, ampliarnos en forma que aproveche a mayor número de condenados que se encuentran en las condiciones exigidas por los mencionados artículos, (de los subrogados penales) y aún sustituir la privación de la libertad por una más apropiada, como la multa o trabajo en obras públicas,..." 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 artículo 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", pero cabe anotar que esta conversión según el citado proyecto del Código, excluye la aplicación simultánea y sucesiva de la condena de ejecución condicional, siendo que la excarcelación no puede ser antes de la calificación, pero sí en esta y después. Por Sin embargo, en nuestras legislaciones solo tenemos deplorables antecedentes en contra de los subrogados penales, la Ley 4a. de 1943 de 1,938 en relación con algunas infracciones penales contra la propiedad privada, y lo mismo hizo el Decreto 4137 de 1.948 en relación con algunas infracciones contra la vida e integridad personal, según su artículo 6o, que expresamente fue derogado por el Artículo 23 de la Ley 16 de 1.969. Lo que no dejó de ser un acierto del Legislador de aquel año, pero que, como hemos analizado, tornó 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, bien restringiendo los substitutivos penales, o condicionando la excarcelación 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 que 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 fue 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 exagetas 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: "...Entiende, pues el Tribunal Superior que, en cualquier momento, a partir de la ejecutoria del auto de que cierra la investigación, puede tener aplicación la causal de libertad mencionada. Se insiste la tesis contraria 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 taxativamente en el auto de enjuiciamiento como causal de excar-

celación, procede parecidas consideraciones a las que se han hecho como fundamento de la suspensión condicional de la pena. Es decir, cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciera como que si como dice Antonise, "El perdón judicial, como resulta de la pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, ha- denominación consiste en la renuncia por parte del Estado a la con- bida consideración a la calificación que debería dársele". dena que el culpable habría merecido por haber cometido un delito",

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 Artículo 91 del Código Penal (hoy derogado).

Los casos 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 retracción por falso testimonio (Art. 195); en el homicidio por piedad (Art. 384) en el homicidio y lesiones por sorpresa en ilegítimo acceso carnal, o cuando el mismo hecho se comete después en estado de ira e intenso dolor (Art. 182) y en el aborto por causa de honor (Art. 389).

(El nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1.980, derogó todo lo concerniente al perdón judicial, y por lo tanto ya no es aplicable, pero lo he traído este subrogado como comentario para ampliar el conocimiento).

4.6 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 detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para obtenerla".

"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 Libertad condicional, cuando, por ejemplo, la causa estuviere a conocimiento del superior, por vía "La rebaja de pena concedida en la Ley 40 de 1.968 será tenida en cuenta por el juez al aplicar el presente numeral" que el expediente regresará a manos del juez de primera instancia para poder invocar.

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 de manera alguna puede causar ejecutoria, ya que el monto de la pena tenido en cuenta para la excarcelación, o cualquier circunstancia puede variar en la sentencia definitiva. No quiere decir tampoco que concedida la libertad por este momento legal, en el proceso respectivo debe llegar necesariamente al pronunciamiento de una condena. El espíritu de la norma es el de que el procesado no puede estar privado de la libertad más allá del tiempo que le pudiera corresponder en caso de ser condenado. En la legislación anterior, de estar los casos enjuiciados a conocimiento del superior.

Con el segundo inciso si se produjo 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 hubiera sido condenada en primera instancia podría encontrarse en la situación de tener derecho a la excarcelación si se le computa-

re el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, cuando, por ejemplo, la causa estuviere a conocimiento del superior, por vía de consulta, apelación o casación. Entonces, de acuerdo a la legislación anterior, el procesado tenía que esperar a que el expediente regresara a manos del juez de primera instancia para poder invocar este beneficio. Esto, con mucha frecuencia, por causa de los dilatados trámites ante el Superior, no producían 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.

De lo cual resulta que no puede haber contradicción entre la norma. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un individuo a quien le pudieran corresponder una pena de prisión de 24 meses y que ya llevara 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 tuviera 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, o desistir de él, lo que significaba una renuncia obligada a sus pretensiones favorables a la modificación de su situación jurídica. Dispuso que dicha rebaja se tuviera igualmente en cuenta para computarlo como tiempo de cumplimiento de la pena. Por lo anterior, bien se ve, en primer lugar, que para corregir estos

inconvenientes, prevé la ley que aún con el solo carácter de sindicado se puede computar; al cumplimiento de la pena en detención preveptiva, el tiempo que podría descontarse para una libertad condicional. Y en el segundo lugar, para no hacer ilusorio este beneficio, se dispone que la excarcelación por dicha causal "será concedida por la autoridad que éste conociendo del proceso al momento de presentarse". Aún 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 puede haber contradicción entre la norma que se ha analizado y el artículo 696 del C. de P.P. que dice, al hablar de la libertad condicional: "El condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el Art. 85 y 89 del C.P. (Art. 72 del nuevo C.P.), podrá solicitar la libertad condicional al juez que hubiere dictado sentencia de primera instancia". Esta norma debe entonces tenerse como referida a las situaciones distintas de las del numeral 6 del Art. 453 que hemos estudiado. Pero dichas excepciones de la ley, para no referirnos sino a este aspecto de la 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 a resultar nugatoria la rebaja de pena concedida por la Ley 40 de 1968 y reglamentada por el Decreto Ejecutivo 2953 del mismo año, se dispuso que dicha rebaja se tuviera igualmente en cuenta para computarlo como tiempo de cumplimiento de la pena en detención preventiva. Con esto se corrigieron dos gravísimos in-

resolución judicial que a menudo se presentan, cuando por razones especiales se concedía una rebaja de pena; y segundo, porque, como casi invariablemente ha ocurrido, al adscribirle la competencia a la Dirección General de Prisiones se centralizaba así el reconocimiento

de la rebaja de pena, con los naturales inconvenientes que esto ha traído, siendo la principal demora en su concesión. Pero aún así, la falta de técnica jurídica de la ley citada, lo mismo que lo defectuoso del derecho reglamentario, no han permitido realizar completamente los fines de la justicia que se propuso el legislador.

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 trate 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 Gómez Velásquez 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 requiere, también, que el reconocimiento no supere al término de los diez años".

"Cuando a los "que hubieren delinquido durante su detención" (y detención se toma como privación de la libertad por auto de preventiva detención, de proceder o sentencia condenatoria) debe anotarse que la repetición delictiva solo puede acreditarse por el fallo que así lo establezca. Aquí la plena aplicación del Art. 665 del C. de P.P. ("... se considerará que... ha cometido un nuevo delito, una vez 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 "prófugos" debe estar a lo preceptuado en el Art. 433 del C. de P. P. de 1.964, Art. 5). A partir de este momento procesal empieza la viabilidad de ser "reo ausente" (El Art. 365 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 hablar de "reo ausente", demándase 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 1.971, en armonía con el Decreto 1923 de 1.973, quienes durante su reclusión se hubieren dedicado al trabajo o al estudio, 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 caso, 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 a la que mereciera como pena privativa de la libertad en el caso de ser condenado.

Esta legislación, inspirada en 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 todo afortunado, si se tiene en cuenta exclusiones y requisitos establecidos por las normas respectivas.

En efecto, 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 esa categoría de individuos a quienes el Estado debe procurar una rehabilitación social. El delincuente primario, ocasional, el que no tiene antecedentes judiciales o de policía es el menos necesitado de estos incentivos legales 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 redimirla en parte por medio del estudio y del trabajo? Por qué desalentarlo para aquellos fines con la presunción de que 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 no se le tiene en cuenta para nada?

Estos precisos límites los entendió perfectamente el Gobierno cuando dictó el Decreto Reglamentario número 417 de 1913. 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, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad. Con esto indudablemente se tornará ilusorio 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 resultara ineficaz para los fines perseguidos. Innecesaria resulta por lo demás esta ex-

gencia, cuando es de suponer que tanto en la etapa del sumario como en la de la causa la está acreditando si 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 C. de P.P.

Nuestro parecer es el de que sobre el aspecto anterior el Ejecutivo desbordó la facultad reglamentaria de la ley, pues que esta solo 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 una manera que puede 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 es ella contemplada, opere sobre datos ciertos y comprobados. Estos precisos límites los entendió perfectamente el Gobierno cuando dictó el Decreto Reglamentario número 417 de 1.972, el cual parece que no le satisfizo, ya que lo derogó por medio del Decreto número 1823 de 1.973, en que exigió el certificado sobre los antecedentes judiciales y de policía.

4.7 SOBRESEIMIENTO, SENTENCIA ABSOLUTORIA Y CESACION DE PROCEDIMIENTO.

"Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreseimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código, o sentencia absolutoria, o cuando se dicte en primera instancia

sobreseimiento temporal". investigación. Sobre el particular, producen las siguientes consideraciones: es cierto que el Art. 163 dispone Veamos por separado cada una de estas causales de excarcelación: notoriamente en "cualquier estado del proceso", lo que quizás haría pensar en el SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. Esta providencia procede por cualquiera de las siguientes eventualidades: cesa de correr la investigación penal. Pero igualmente es cierto que la ley procesal dispone 1. 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; (Art. 468).

2. Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en algunos de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código P. (C. de P.P.) Art. 491) (en el nuestro Código Penal vigente las causales de justificación del hecho están establecidas en el Art. 29). es favorable a los intereses del procesado, en lugar del sobreseimiento definitivo.

De acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, el sobreseimiento definitivo solo puede dictarse después de la ejecutoria del auto que cierra la investigación; de lo cual resulta que el funcionario competente para ello es solo el juez del conocimiento. En el mismo sentido de una absolución; que en ambas circunstancias exige el control del Pero con lo anterior la doctrina ha planteado el siguiente interrogante: Como la previsión del numeral 1 -antes transcrito, es exactamente la misma del Art. 163, sobre cesación de procedimiento-, podría aplicarse este último artículo y no el del sobreseimiento definitivo,

después de cerrada la investigación? Sobre el particular, producen las siguientes consideraciones: Es cierto que el Art. 163 dispone que las previsiones en el 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 investigación penal. Pero igualmente es cierto que la ley procesal dispone que después de cerrada la investigación, el juez puede tomar una de las siguientes decisiones: o dictar un auto de proceder, de sobreseimiento temporal o definitivo (Art. 488). La ley no lo considera como infracción penal.

Si 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 del procedimiento por la causal que se analiza podría decretarse en el auto calificadorio, si esto resultara 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 tiene como fundamento los mismos fenómenos procesales y que, por consiguiente, trascienden en el mismo sentido de una absolución; que en ambas circunstancias exige el control del Ministerio Público; que las dos tienen el grado de jurisdicción denominado consulta, con la pequeña diferencia de que tal consulta no procede en el sobreseimiento definitivo cuando la infracción tiene señalada pena privativa de la libertad personal menos 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 artículo 163.

Por ello no encontramos 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 la investigación se deba optar por acoger el Artículo 163, 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 creamos que un proceder en contrario ofendería los elevados intereses de la justicia o que menguaría en alguna forma los intereses del procesado, los cuales a nuestra manera de ver, quedaría igualmente 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 numeral 2, pues de modo exclusivo existe esta previsión legal para terminar por sobreseimiento definitivo los procesos penales en que se halle acreditada plenamente alguna de las causales de exclusión de la culpabilidad y de la antijuricidad contempladas en los artículos 23 y 25 del Código Penal.

Pero en lo que se haría una abierta violación a la ley, un censurable atropello a la misión de la justicia y un indebido conculcamiento de los derechos del sindicado, sería en que 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 sobreseimiento 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 sobreseimiento 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 inculcado. Por lo menos, ante la sociedad aparecerá dudosa su inocencia, es decir, que la justicia no la pudo reconocer enfáticamente, 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 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 sobreseer en forma definitiva, y no fenecer el negocio penal con una declaratoria de prescripción de la acción.

Pero si prefiere proceder en el último sentido, el sindicato está en su pleno derecho si renuncia a dicha prescripción, a fin de que a cambio de esa decisión se sobresea definitivamente. O apelar, para buscar ante el superior el mismo fin". (Londoño Jiménez Hernando "de La Captura a la Excarcelación". Estatuto Procesdimental de 1938, se introdujo acertadamente la innovación que se comenta.

b. EL AUTO ESPECIAL DEL ARTICULO 163 DEL C. de P.P.- Tiberio Quintero en su libro Práctica Forense Penal, Tomo II Sumario y Juicio, al hablar de la cesación del procedimiento nos trae lo siguiente:

"Auto especial del Artículo 163 del C. de P.P. dispone el artículo 163 del C. de P.P. que en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que se está en presencia de uno de los siguientes eventos: que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, se dictará auto especial en que así se declare y se ordene cesar todo procedimiento contra el reo. La importancia de esta norma -inspirada en el Artículo 162 del C. de P.P. Italiano- es innegable, sobre todo si se tiene en cuenta la legislación anterior a 1.938, en la que una vez iniciada una investigación penal había de llevarse de todos modos hasta su término, pasando por todas las etapas previstas para el procedimiento, no obstante que antes de agotarse éste se tuviere plena convicción de que la prosecución era inocua por cuanto ineludiblemente se presentaría, conforme a la prueba ya re-

cogada, una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento definitivo, por economía de procedimiento, que exige que se eviten diligencias judiciales innecesarias, y por un elemental deber de justicia, que prescribe definir oportunamente la situación jurídica de los sometidos a un proceso, desde el Estatuto Procedimental de 1938, se introdujo acertadamente la innovación que se comenta.

Qué autoridad puede dictar este auto? Mucho se ha discutido sobre quién es el "Juez" de que esta norma habla; si lo es el competente para fallar el negocio, o si lo es, indiscutiblemente, el funcionario de instrucción o el juez del conocimiento.

"En cualquier estado del proceso en que". Esta primera frase destruye completamente la teoría de quienes afirman que la resolución del Artículo 163 no puede dictarse sino por el juez de la causa. Error craso que conduciría a la inaplicabilidad de dicho artículo. El caso contemplado en esa disposición no puede suceder sino dentro del sumario. Y ya se sabe que el sumario está a cargo de funcionarios de instrucción. Luego no puede negarse que éstos tengan facultad para conocer de la acción establecida en el artículo 163.

Mario García Herreros se expresa en forma semejante a Timoleón Moncada.

b. El Artículo 163 no puede aplicarlo sino el juez competente. Argumentos a favor de esta afirmación:

1. La providencia del Art. 163 "tiene carácter jurisdiccional" e incide en la "esencia misma del asunto", resolviendo, por lo tanto, "el fondo del negocio". Por ello no debe ser dictada sino por aquel a quien la ley llama, de conformidad con las normas generales de la competencia, para fallar el fondo o mérito del proceso, esto es, el juez competente. Aunque el auto del Artículo 163 puede dictarse en el sumario, ello no indica que sea el funcionario de instrucción quien tenga competencia para poner fin a la acción penal. Ante este evento, si el instructor tiene el negocio, lo que debe hacerse es enviar el sumario inmediatamente al juez competente, el cual, previo concepto del agente del Ministerio Público, resolverá lo pertinente;

2. Lo anterior nos indica que la resolución de que trata el Art. 163 es un auto con fuerza de sentencia, pues decide sobre lo principal del juicio.

Pues bien, siendo tan sustantivo, como lo es, el contenido de la providencia del artículo 163, tal contenido sólo puede ser apreciado y defendido por los jueces y tribunales competentes, conforme a las reglas sobre jurisdicción y competencia.

3. Al ser dictada la providencia del artículo 163 por el funcionario de instrucción, se puede afirmar siguiendo a Orejuela Hidalgo, que indudablemente se pretermitirían las instancias. En efecto, -quién conocería en segunda instancia, por apelación o por consulta,

de una providencia de esta índole proferida por un juez de instrucción criminal, apelables como son las resoluciones de éstos ante el Tribunal Superior? En consecuencia, en el caso que hemos planteado la providencia dictada por el Juez de Instrucción que tenía a su cargo el sumario sería apelable o consultable ante el respectivo Tribunal, y llegaríamos a que un proceso que, según las reglas generales, es de conocimiento del Juez Superior, con intervención del Jurado, estaría siendo decidido sin intervención alguna de ese Juez Superior, llamado por la ley a conocer de los procesos por homicidio".

CASOS EN LOS CUALES ES PROCEBENTE DICTAR EL AUTO ESPECIAL DEL ART. 163. "Las funciones del Instructor -enseña Rendón Gaviria- están bien señaladas en el Código de Procedimiento. Su tarea es la de levantar un informativo que establezca en lo posible los hechos y circunstancias a que se refiere el Artículo 294. En el curso de esa actuación el funcionario tiene la facultad para tomar todas las providencias relacionadas con el sumario, como detención preventiva del procesado, libertad provisional, embargo y desembargo de bienes y, en general, para resolver los incidentes comunes a la investigación. Pero en parte alguna de la ley procesal se insinúa siquiera que el funcionario que procede a título de simple instructor puede decidir sobre lo principal del proceso, que es, precisamente, el objeto de toda sentencia".

Nosotros, por lo ya expuesto, estamos de acuerdo con los argumentos de quienes sostienen que el auto especial del artículo 163 no puede

ser dictado por el funcionario de instrucción, sino por el juez competente para conocer del fondo del negocio.

Debe anotarse sí que "el Juez" que refiere la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia, sino también el que lo conoce en la segunda, o en virtud del recurso extraordinario de casación (Corte Suprema de Justicia). En consecuencia, el auto del artículo 163 puede dictarlo el juez a quo, el juez ad quem, o la Corte como entidad concedora del recurso extraordinario de casación.

CASOS EN LOS CUALES ES PROCEDENTE DICTAR EL AUTO ESPECIAL DEL ARTICULO 163.

- a. Cuando el hecho imputado no ha existido. Por ejemplo, aparece viva la presunta víctima de un homicidio; se establece científicamente que el documento que se dice adulterado, no lo ha sido etc.;
- b. Cuando el procesado no ha cometido el hecho que se investiga. Vale decir, se prueba que el sindicado no ha sido el autor, ni cómplice, ni auxiliador de la infracción;
- c. Cuando el hecho se ha realizado, pero la ley no lo considera como infracción penal. V. Gr., por un adulterio comprobado se inicia una investigación;
- d. Cuando la acción penal no podía iniciarse o proseguirse.

En cuanto a los puntos a) y b) es de elemental justicia que, dada su ocurrencia, se haga cesar todo procedimiento contra el sindicato o sindicatos.

En cuanto al punto c), es conveniente dar la siguiente explicación:

Según la definición dada por Mezger, delito es "la acción típicamente antijurídica y culpable". De conformidad con esta definición, las características del delito son las siguientes:

a. Acción.- Se trata de una acción, positiva o negativa, lo que equivale a decir que es conducta o comportamiento humano que corresponde al hecho objetivo que presente todo delito;

b. Típica.- Los comportamientos humanos, para poder llevar a la consecuencia de una pena, deben estar descritos en sus elementos sustanciales, con prescindencia de todo carácter valorativo, en la ley penal. En esto consiste que la acción sea típica;

c. Antijurídica.- La acción típica debe, ser contraria a derecho, pues a veces aquella no es punible por no contrariar la juricidad, por ejemplo, cuando la conducta se justifica;

d. Culpable.- Y la acción finalmente, ha de ser culpable, realizarse con dolo o culpa, es decir, existir nexo psíquico de causalidad entre el sujeto y el resultado.

No es en este sentido, tomado el delito o la infracción penal a través de todos sus elementos, como puede hablarse en el aparte que comentamos de infracción penal, porque si así fuera, en los eventos que no hubiera antijuricidad o culpabilidad, se podría afirmar que no hay infracción penal y dar aplicación, por lo tanto, el artículo 163 del C. de P.P. No es en los casos en que no se configure el delito o la infracción penal desde el punto de vista meramente objetivo, esto es, como acción típica, desprovista de toda valoración que se le puede dar aplicación al Art. 163 del citado estatuto.

e. Cuando la acción penal no podía iniciarse o proseguirse.- 1. Cuando no podía iniciarse. V.Gr., por falta de una condición de credibilidad, como es la querella (o la extemporaneidad de la misma) en los delitos no perseguibles de oficio; o, cuando antes de iniciarse, ya se había cumplido la prescripción de la acción penal; o había muerto el autor del hecho. O se había decretado amnistía; o se trataba de la existencia de un asunto que había pasado a ser cosa juzgada, o de una retractación oportuna en los delitos de calumnia e injuria. 2. Cuando la acción no puede proseguirse, por ejemplo, cuando se inicia de oficio, tratándose de un asunto sometido a petición de querella de parte; cuando prescribe la acción durante el curso del proceso; cuando desiste la parte agraviada, en los eventos en que la ley lo admite; cuando el procesado muere después de iniciada la acción; cuando se suprime el carácter delictivo del hecho por nueva ley; cuando el responsable de los delitos de violencia carnal y estupro contrae matrimonio con la mujer ofendida (Art. 322 del C.P.).

CESACION DE PROCEDIMIENTO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.

La prescripción de la acción penal con la que se extingue el derecho que tiene el Estado, como titular de la acción pública, para iniciar o proseguir un proceso, opera así: "En treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años, o más. En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte. En cinco años para los demás delitos" (Tomado del Libro Sumario y Juicio - Tiberios Quintero Ospina, páginas 230 a 236).

Seguimos adelante en los planteamientos que nos trae Hernando Londoño Jiménez, en su Libro de la Captura a la Excarcelación.

"c. POR SENTENCIA ABSOLUTORIA.- si dentro del proceso penal no están reunidos los requisitos para dictar sentencia condenatoria exige el Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, es decir, prueba plena y completa de la infracción por la que se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella, procede un pronunciamiento de absolución, pues sería una ignominia moral de la ley prolongar indefinidamente el supuesto 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 cesación de procedimiento, que se le 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 impute".

d. **POR SOBRESEIMIENTO TEMPORAL.**— Esta providencia debe nacer a la vida jurídica del proceso, cuando no aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito, y cuando no existan contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio. (C. de P.P., Art. 489). Son los mismos dos requisitos sustanciales que conjuntamente exige

el artículo 481 del mismo Código para poder dictar auto de proceder. Sin embargo, para el sobreseimiento 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 podía presentarse a la inversa, por lo que 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 enseguida cómo los principios normativos del sobreseimiento temporal sufrieron fundamentales y convenientes innovaciones.

En primer lugar, se suprimió la consulta de este primer sobreseimiento temporal, ya que, en la legislación anterior, dicho procedimiento llegó a generar situaciones realmente absurdas y contradictorias. En realidad, como al sobreseerse temporalmente y surtirse la consulta en el efecto devolutivo al reabrirse la investigación era perfectamente factible que se pudiera presentar este confuso desequilibrio e incongruencia; el proferimiento de un auto de proceder en la etapa de consulta del sobreseimiento 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 sobreseimiento temporal, o bien para un sobreseimiento definitivo, o en el peor de los casos, ciertamente excepcionales, de dos provi-

dencias abiertamente contradictorias emanadas del a quo y del a quem. Esto no podrá presentarse ya con la nueva ley procesal, porque no solo fue suprimida la consulta de dicha providencia (a la cual se reservó para el segundo sobreseimiento temporal), sino también porque en caso de ser apeladas, "el inferior no podrá hacer una nueva calificación antes de que el superior resuelva", según mandato del Art. 490.

Ahora bien, respecto al segundo sobreseimiento temporal y a ciertos En segundo lugar, fue consistente la controversia sobre si el desembargo de los bienes comprometidos cautelarmente en el proceso para eventual indemnización de perjuicios, podía obrar sin la confirmación del sobreseimiento temporal por el superior. Esta tesis fue defendida con razón, a nuestro parecer, con el argumento de que si obliga el cumplimiento de lo principal de la decisión judicial, como era la libertad, con mayor validez lo subsidiario, que era el desembargo de los bienes, y como sobre esta materia la ley no distinguía, a nadie era dable hacerlo para establecer esa diferencia tan arbitraria de procedimiento. En todo caso, de manera tajante la nueva ley dirimió la querrela forense, al determinar en el último inciso del Artículo 142, que "la resolución de desembargo solo se cumplirá cuando esté ejecutoriada". se sobreseyó temporalmente, tal como creemos haberlo demostrado al referirnos al auto especial del artículo 163 Como se ve, por aquellas diferentes interpretaciones y aplicaciones de las normas procesales, hubo necesidad de crear un dispositivo legal para zanjar la controversia al respecto, pese a que el Art. 132 del Código Penal anterior era terminante en el sentido de que,

cuando a favor de un procesado se dictare un auto de sobreseimiento temporal... en la misma providencia se decretará el desembargo de los bienes que se hubieran embargado o secuestrado preventivamente, de donde resultaba que ni con base en esta disposición ni en ninguna otra, podía caber el argumento de que dicho desembargo quedaba supeditado a la confirmación del sobreseimiento por el Superior.

Ahora bien, respecto al segundo sobreseimiento temporal y a ciertas consecuencias jurídicas que de él se derivan, a nuestro juicio, se ha creado sobre ello una injustificada alarma. Dice la norma correspondiente (Art. 495), que una vez ejecutoriado el segundo sobreseimiento temporal, se archivará el expediente, y que dentro de los dos años siguientes se podrá proseguir la instrucción o sin que exista mérito para calificar de fondo el sumario, bien como auto de proceder o de sobreseimiento definitivo, se ordenará cesar la investigación respecto de la persona en cuyo favor se sobreseyó temporalmente.

La norma anterior le dio base a Tiberio Quintero Ospina para concebir que "... Una vez en firme el auto que ordenó cesar la investigación, dicho auto si hace tránsito a cosa juzgada, respecto de la persona en cuyo favor se sobreseyó temporalmente, tal como creemos haberlo demostrado al referirnos al auto especial del artículo 163 del C. de P.P.". Y para poner énfasis en su perplejidad y hacer notar los inconvenientes de la disposición, trae el siguiente dramático ejemplo: "Vale decir a un homicidio calificado (Art. 369 del C. P.) que conforme al Código Penal prescribe en treinta años (Art. 105),

ahora va a ponérsele fin en menos de cinco años, por monstruoso y vil que hubiere sido en el cual la Administración de Justicia hubiera tenido que sobreeser temporalmente por dos veces al sindicado o sindicados, sindicados que ahora confiesen plenamente su crimen, ya tendrían de antemano asegurada su impunidad. ¿Puede decretarse de oficio por el juez, o a solicitud de parte, bien por el Ministerio Público?

Las inquietudes del distinguido Tratadista, vienen a ser ciertas en parte. Y fueron exactamente las mismas que se hicieron sentir en el seno del Comité de Reforma. Tanto así, que en la exposición de motivos que acompañó el proyecto sobre articulado original en aquellas materias, dijimos: "Entonces, como el numeral segundo del Artículo 437 ya citado, no permite el sobreseimiento definitivo sino "cuando esté plenamente demostrado la inocencia del procesado", es muy posible que dentro de una investigación cualesquiera, esta misma situación se siga presentando, a pesar de los varios sobreseimientos temporales, con lo cual tendríamos que a esta persona no se le podría amparar en ningún momento con el sobreseimiento definitivo. Para solucionar este problema, se podría pensar en un sobreseimiento por falta de pruebas, el cual no haría tránsito a cosa juzgada, mientras se estuviera dentro de los términos para la prescripción de la acción penal. Por falta de pruebas equivale al sobreseimiento definitivo".

"El no hacer tránsito a cosa juzgada, sería para evitar, de una parte, el riesgo de que posteriormente aparezcan pruebas comprometedoras contra la persona favorecida con dicho sobreseimiento, o bien, para si surgen pruebas tendientes a demostrar la inocencia del pro-

cesado. Todo esto, como es obvio, conduciría a un enjuiciamiento, o a un sobreseimiento definitivo, o al mismo sobreseimiento por falta de pruebas, en caso de que la situación jurídica no hubiere variado con la reapertura de la investigación. Por ello, para fines enunciados antes, la reapertura de la investigación puede decretarse de oficio por el juez, o a solicitud de parte, bien por el Ministerio Público, por el representante de la parte civil, por el procesado y su apoderado...

En consecuencia de lo anterior, el artículo presentado a la consideración del Comité fue el siguiente:

"Ejecutoriado el sobreseimiento por falta de pruebas, se archivará el expediente. Pero en cualquier tiempo, antes de que prescriba la acción penal, podrá reabrirse la investigación, bien de oficio o a solicitud de parte, cuando resulte pruebas serias tendientes a demostrar la autoría del delito investigado, o que el procesado no lo ha cometido. Pasa en virtud del nuevo sobreseimiento temporal (Art.

"Para todos los efectos legales distintos al proceso mismo, el sobreseimiento por falta de pruebas equivale al sobreseimiento definitivo".

Pero hay todavía otra prueba corroborante de que en el interior de la reforma no se tuvo la mínima intención de reducir los términos sobre prescripción de la acción penal. En efecto, ya en las dispo-

siciones generales sobre la calificación del sumario, (Art. 473) se había previsto la primera modalidad sobre archivo del expediente, cuando transcurrido un año desde la iniciación del sumario, no se hubiere ordenado la indagatoria de ninguna persona, por falta de mérito para ello. Y agrega la disposición, que el archivo del expediente se hará mediante resolución motivada, sin perjuicio de que si con posterioridad resultare prueba para vincular a alguien como procesado, se continuará la investigación mientras la acción penal no se haya extinguido. De donde se advierte que desde la integración de estas disposiciones iniciales se tuvo especial cuidado por significar claramente que el archivo del proceso no podía ser de una manera definitiva, y que, por lo tanto, no se estaba reduciendo en forma alguna los términos para la prescripción de la acción penal.

Por último, debe tenerse presente que cuando se dicta la providencia en que se ordena cesar la investigación "respecto de la persona en cuyo favor se sobreseyó temporalmente", ya hacía dos años que había desaparecido todas las medidas cautelares tomadas en contra del inculcado. Pues en virtud del nuevo sobreseimiento temporal (Art. 494) se tuvo que revocar el auto de detención que se hubiera dictado y cancelar las cauciones prestadas para poder gozar de la excarcelación concedida, y si esto pudo ocurrir en aquella etapa respecto de todas las medidas precautelativas, con cuánta mayor razón el desvinculamiento debe ser absoluto, si transcurridos dos años desde aquel momento procesal, no se ha recaudado la prueba que exige la ley para poder proferir un auto de proceder.

veredicto, cuando al término del plazo aquel no hubiere sido declarado
4.8 POR VEREDICTO ABSOLUTORIO.

Si el veredicto es contrario a la evidencia, por este mismo, nace para el absoluto un verdadero derecho a la excarcelación automática al vencimiento de dicho término. Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere este 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, se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, funcionarios. Este proceder sería incompatible con el espíritu que

alienta en la norma con los principios generales de la justicia sobre el favor libertatis y el favor rei: sería una excarcelación irrita, rá la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del proceso".

Si el veredicto es absolutorio, y pocos días después en virtud de la Tenemos que, por mandato del Artículo 565, "si de autos apareciere que el veredicto es claramente contradictorio 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 encausa en los casos conocidos por la práctica forense, cuando el juez cuenta detenido el procesado, empieza para este la expectativa sobre su libertad. Y entonces puede ocurrir las siguientes consecuencias procesales:

- a. La excarcelación inmediata, si el juez considera que el veredicto no habría de ser declarado por el mismo contrario a la evidencia de los hechos. Si fuere este el caso, por el conocimiento previo que el proceso tiene dicho funcionario, ninguna razón justificaría la demora de la excarcelación hasta la sentencia absolutoria.
- b. La excarcelación dentro de los ocho días hábiles siguientes al

veredicto, cuando al término del plazo aquel no hubiere sido declarado. Y como el Artículo 199 en su numeral 4o, preceptúa que está rado contraevidente, por esto mismo, nace para el absuelto un verdadero derecho a la excarcelación automático al vencimiento de dicho término, después de lo cual podría declararse la contraevidencia, ejecutoriada aquel auto ante el cual, el mismo no puede cumplirse en pero si esto ocurriera, no podría el juez revocar la excarcelación concedida, como indudable arbitrariedad acostumbra hacerlo algunos

funcionarios. Este proceder sería incompatible con el espíritu que alienta en la norma con los principios generales de la justicia social, dictando dentro de los ocho días hábiles siguientes al veredicto, bre el favor libertatis y el favor rei: sería una excarcelación irrita, casi una burla judicial a los derechos del procesado, porque concede, la cual está incluida dentro del numeral anterior ya estudiado, darle la libertad por mandato de la ley, vencidos los ocho días des-

pués del veredicto absolutorio, y pocos días después en virtud de la contraevidencia, encarcelarlo de nuevo, sería darle una interpretación odiosa a la ley, servirse de ella como un instrumento para amedanzar innecesariamente 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 aún al año, o más, después del veredicto del jurado de conciencia.

Estas observaciones proceden con base en los mandatos legales. El Artículo 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 Artículo 209 del mismo Código, prescribe que será cuando contra la providencia respectiva no se hubiere interpuesto recurso alguno y no deba ser con-

...ta de compromiso para las necesidades de su presencia en las etapas posteriores de la causa.

sometida a consulta el auto por medio del cual se declara la contra-

evidencia del veredicto", se deduce de todo ello que por no causar como se ve, si el juez no lo obliga en manera alguna el primer veredicto ejecutivo aquel auto ante el aquo, el mismo no puede cumplirse en dicho ejecutivo, por lo cual se constituye en un eficaz control sobre las condiciones analizadas.

Para las devoluciones del jurado, la libertad del procesado también se encuentra protegida para cuando el juez no haga su pronunciamiento c. La excarcelación en virtud de la sentencia de primera instancia, de contraevidencia oportuna. Es la justa y equilibrada posición de la ley para defender simultáneamente a los intereses de la sociedad y del ciudadano cuya conducta está en juzgamiento.

za, la cual está incluida dentro del numeral anterior ya estudiado.

d. La excarcelación como consecuencia del segundo veredicto absoluto, hipótesis en que ya no existe ninguna clase de impedimento legal o incertidumbre en la interpretación de la norma, por el expreso y terminante mandato de ellas, el veredicto del segundo jurado es definitivo (Art. 565, inc. 3o), debiéndose, por lo tanto, decretar la libertad inmediatamente, con el solo compromiso de presentación personal del procesado.

Hay, de otra parte, situaciones especiales en las que aún confirmado o declarado contraevidente el veredicto por el Superior, estando excarcelado el procesado, no se le debiere recluir nuevamente. Es la situación del absuelto, a quien le falta pocos meses y aún 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 garan-

tía de compromiso para las necesidades de su presencia en las etapas posteriores de la causa.

Habla la norma de "privación efectiva de la libertad", para dar a 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 a los intereses de la sociedad y del ciudadano cuya conducta está en juzgamiento.

4.9 POR VENCIMIENTO DE LOS TERMINOS SIN CALIFICAR EL NEGOCIO.

Considera 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 presentando el sumario fuera de los quince días de ampliación (Art. 317 y 472), ya que el juez, no solo por el hecho mismo sino por el acervo probatorio reunido debe estar en condiciones de formular un dictamen sobre el mérito de la prueba y la incidencia de esta sobre el imputado. Pero de no hacerlo dentro de los límites fijados, de ciento ochenta días, o cuando sean tres o más los delitos materia del proceso.

"Este término se ampliará a doscientos setenta días cuando sean dos o más los procesados contra quienes estuviera 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 del traslado a las partes. Si no lo califica en este término, decretará inmediatamente la

excarcelación", indefinidamente una detención por la negligencia del funcionario o exceso de trabajo en el despacho judicial; y al Habla la norma 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 artículos 452 y 673 del Código, no podría invocar el derecho de excarcelación, si al ser recluido nuevamente por haber desaparecido los motivos que dieron lugar a la suspensión, quisiere computar el tiempo de esta. Estuviere vigente auto de detención contra tres o más procesados, exigencia que no trae la citada ley, y El fundamento de esta disposición reside en que el Legislador considera 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 sesenta como máximo, fuera de los quince días de ampliación (Art. 317 y 472), ya que el juez, no solo por el facto 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 esta 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 te-

ner 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.

Este numeral, que ya estaba previsto en la Ley 16 de 1969, solo sufrió una modificación en el sentido de que la ampliación allí prevista de los términos hasta doscientos setenta días, debe ser, una de sus condiciones, cuando estuviere vigente auto de detención contra tres o más procesados, exigencia que no trafa la citada ley, y se tuvo en cuenta esta circunstancia, porque no se justificaba que el solo por figurar dos personas simplemente indagadas o emplazadas para indagatoria o para hacer efectivo un auto de detención el único detenido que figurase en el sumario se le aumentare a tres meses más los términos para poder solicitar la excarcelación. Por lo demás, es evidente que los procesos por concurso material de delitos y en los que figuraren varios sindicados detenidos, son por regla general los más complejos y de mayor actividad instructiva, convirtiéndose por ello el mismo en los más voluminosos para su estudio.

Pero no se requiere la concurrencia de dos condiciones de "tres o más sindicados o procesados" y de "tres o más delitos", sino que basta una sola, como claramente se desprende de la conjunción disyuntiva que trae la norma, más para alegar en un momento dado la última de las condiciones cuando, por ejemplo, se reclama la excarcelación a

los ciento ochenta días de privación efectiva de la libertad, el juez deberá ser muy prudente en la evaluación de los distintos tipos penales, pues no parecería ser muy leal su posición hacia el procesado al negarle aquella excarcelación por considerar que hay mérito para enjuiciar por tres o más delitos, y que a la postre resulta solo un enjuiciamiento por solo uno de ellos, lo que significaría que con este procedimiento resultó burlándose al procesado, su auténtico derecho a la excarcelación cuando la solicitó a los ciento ochenta días siguientes al vencimiento del término del traslado a las partes para alegar. cualquier otra razón referida a la culpabilidad, en este interregno al a quo ha proferido auto de enjuiciamiento. La facultad que en uno u otro caso se le da al juez para negar la excarcelación por considerar que hay mérito para un auto de proceder, implica sin duda alguna la necesidad de anticipar un juicio sobre lo que habría de ser el auto calificadorio. Pero si la anticipación de este concepto fuere desfavorable a las pretensiones del procesado, porque se dijera que existe fundamento para una providencia enjuiciatoria, esto no podría vincular al juez en manera alguna a dicha determinación, porque bien podría hacer la calificación con un sobreseimiento definitivo o temporal, lo que no debiera ocurrir si fue que el juez al negar la excarcelación, se preocupó por hacer un estudio amplio y detenido de las constancias sumariales. no lo podemos resagar en este estudio sin embargo, por su trascendencia. Como quiera que el procesado puede interponer contra el auto que le niegue la excarcelación los recursos ordinarios de reposición o apelación, se podría presentar estas situaciones: si se trata del recur-

so de reposición, el trámite que debe dársele ha de suspender el sub-
siguiente sobre el cierre de la investigación y término para hacer
la calificación de fondo, y ya que en este solo diligenciamiento
transcurriría muchos más días que los disponibles legalmente por el
juez para calificar el sumario, con lo cual se vería forzado a con-
ceder la excarcelación. Y si el recurso de apelación, como principal
o subsidiario de aquel, al surtirse en el efecto devolutivo, podría
ocurrir lo siguiente: cuando el superior, por virtud de la apelación,
decide excarcelar, bien por falta de pruebas contra el inculcado,
por legítima defensa o cualquier otra razón referida a la culpabili-
dad, en este interregno el a quo ha proferido auto de enjuiciamiento.
En estas circunstancias de oposición absoluta entre dos providencias,
obviamente tiene que prevalecer la del ad quem. Y en este caso, el
juez de primera instancia no le quedaría otro camino que el de inva-
lidar officiosamente el auto de proceder dictado. El conflicto se ha-
bría podido evitar de muchas maneras, por ejemplo, solo permitiendo
para este caso el recurso de reposición, o que la calificación se
suspendiera hasta tanto el Superior se pronunciara sobre la apela-
ción; pero cualquiera de las dos soluciones habría podido significar
un recorte a las garantías del procesado.

En la práctica, es múltiple el casuismo que presenta la norma; pero
no lo podemos recoger en este estudio. Sin embargo, por su trascen-
dental importancia, vale la pena conocer el que plantea y resuelve
Fabio Aristizabal: "... para efectos del cómputo de los ciento ochenta
días... hay que partir de la fecha en que el procesado se ponga a

disposición del juez competente para calificar el sumario, cuando privado de su libertad efectiva por razón de una captura que tuvo origen en diversas imputaciones las cuales, a su vez, dieron nacimiento a diversos procesos.

La respuesta es muy sencilla: si un procesado viene sufriendo la privación efectiva de su libertad por diversas imputaciones que se investigan simultáneamente, y transcurren ciento ochenta días sin calificar el mérito del sumario o los respectivos sumarios, tiene derecho a la libertad provisional en cada uno de los sumarios que no han sido calificados en su oportunidad.

De no ser así lo anterior, podría presentarse la siguiente aberración que un sindicado de tres o más delitos que se investigan en un mismo proceso, puede obtener la libertad provisional a los doscientos setenta días de estar privado efectivamente de ella, cuando otro, por el hecho de andar por separado las respectivas investigaciones, en el mismo caso de tres o más delitos tendrían que esperarse a que transcurrieran quinientos curante días o más para obtener este beneficio y este último puede ocurrir perfectamente en la práctica: un juez retiene al sindicado ciento ochenta días por uno de los delitos; otro, otros ciento ochenta días por el otro delito, y así sucesivamente hasta agotar el número de los delitos y de jueces.

Si a un solo juez se le dan hasta doscientos setenta días para mantener privado de su libertad efectiva a un sindicado, cuando contra-

éste se sigue un mismo proceso por tres o más delitos, es porque, precisamente, se trata de un solo juez a quien le compete toda esa carga; pero si son los jueces o más los que simultáneamente, adelantan sendos procesos contra un mismo sindicato, obvio es que estos jueces están en condiciones más favorables que el primero para una rápida aplicación de justicia...".

El proceso histórico de esta causal de excarcelación ha sido largo y accidentado en la vida legislativa. Ya desde la Ley 40 de 1.943, en su artículo 23, se protegió tanto el derecho del sindicato a una pronta y oportuna definición de una situación jurídica, que si esta no se producía con la calificación del sumario a los ciento ochenta días, la excarcelación devenía automáticamente. Sin que esto obstara para que los agentes del Ministerio Público que intervenían en el respectivo proceso, lo mismo que el Superior Jerárquico, bajo la pena de pérdida del empleo, tuviera la obligación de ordenar que se sacara copia de lo conducente, a fin de averiguar el por qué de las demoras injustificadas en que se hubiere incurrido para no haber calificado el mérito del sumario dentro de ese tiempo. Fue una amenaza que dio excelentes resultados, pues los jueces, ante dicha conminación, aceleraban con mayor eficacia la instrucción de los sumarios, fueron más respetuosos de los términos y más diligentes en sus actividades jurisdiccionales, como ocurrió con el Decreto Ejecutivo 2184 de 1.951, el cual sancionaba con la pérdida del empleo al juez que en el término de ciento ochenta días no hubiere calificado el mérito del sumario y no pudiese justificar la demora ante el Superior Jerár-

quico.

Después el Decreto 1358 de 1.964, en su artículo 53 previó, la excarcelación "cuando pasados ciento ochenta días desde la privación efectiva de la libertad del sindicado en cumplimiento de un auto de detención, no obrare en el proceso la prueba requerida para dictar auto de proceder". Esta disposición en nada favoreció el precepto de la excarcelación, por cuanto no tuvo ninguna eficacia práctica. Bastaba la sola respuesta escrita del juez en el sentido de que había prueba para motivar un enjuiciamiento.

Luego se produjo la Ley 16 de 1969, en cuyo artículo 17 se prescribió que "Cuando vencido el término de ciento ochenta días de privación efectiva de la libertad del procesado no se hubiere dictado auto de proceder", procedía la libertad provisional. Era así una excarcelación automática, lo mismo para cuando los procesados o los delictos materia de la investigación fueren tres o más, caso en el cual los términos quedaban ampliados a doscientos setenta, tal como está prevista en la norma vigente. Pero la gran diferencia entre estas dos legislaciones, es que la Ley 16, a nuestro juicio, fue más acertada en esta causal de excarcelación automática, por el solo cumplimiento de las condiciones previstas. Si dicha Ley, en muchos otros aspectos, como lo hemos hecho anotar, fue desafortunada, aquí cristalizó un claro y franco derecho, sin mayores condicionamientos legales. Y por lo menos no colocó al juez en la incómoda situación de que para poder negar la excarcelación solicitada tuviera que prejuzgar, al erigir

como argumento para ello, la existencia de prueba para enjuiciar. A la ley le bastaba que dentro de determinado tiempo no se hubiera dictado auto de proceder, para poder disfrutar inmediatamente de la libertad caucionada, lo que no ocurre con la norma vigente, como ya se ha visto.

Lo anterior es lo que sobre ese particular hemos sostenido en la legislación nacional, que en una u otra forma siempre se ha preocupado por ponerle el mayor límite posible a la detención preventiva. Lo cual constituye hoy también una inquietud permanente. En el procedimiento penal Italiano (Art. 272), se establecen límites a la detención preventiva, uno de ellos el de seis meses, cuando no se ha producido en dicho término la providencia de llamamiento a juicio y en delitos cuya pena no sea superior en el máximo a cuatro años de reclusión; y de tres meses, si la ley prevé una inferior, términos que pueden suspenderse durante todo el tiempo en que el imputado sea sometido a observación para un peritazgo psiquiátrico.

Respecto a dicha legislación y a las vicisitudes que allí ha tenido también el precepto, Giovanni Leone dice, "La excarcelación automática o por transcurso de plazo (llamado también prescripción del arresto), entendido en sentido abstracto, consiste en el derecho del imputado detenido a recuperar la libertad si el proceso no se excluye con sentencia definitiva dentro de un cierto período de tiempo.

"El instituto -que quiere constituir, no tanto una sanción contra la

negligencia del juez, cuando una garantía para el imputado, apta para limitar en el tiempo el grave sacrificio de la detención preventiva, que Carrara denominaba una inmoralidad necesaria- ha sufrido alternativas vicisitudes legislativas... Con la reforma de 1.955 ha surgido finalmente, plena ciudadanía en nuestra legislación, si bien limitándose a la fase instructora, de manera que la excarcelación automática debe ser actualmente definida como el derecho del imputado detenido a recuperar la libertad si dentro de un determinado período de tiempo no se ha concluido la instrucción".

Y en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de Italia en el año de 1.969, por el cual se autoriza al gobierno para expedir el nuevo Código de Procedimiento Penal, entre las bases generales sobre las que debía quedar la "previsión que el juez instructor pueda, pasados seis meses desde la iniciación del sumario, por motivos comprobados, pedir al Tribunal en Cámara de Consejo una prórroga de la detención del imputado por tres meses; si no se autoriza o si se vence el término anterior, la excarcelación del sindicado será automática".

A nadie se le oculta que, por virtud de nuestra legislación Colombiana, aquella dolorosa realidad también se padece en nuestro ambiente judicial. Piénsese si no en el continuo ajeteo de los juzgamientos que duran inclusive hasta varios años, al cabo de los cuales viene la sentencia absolutoria o el sobreseimiento definitivo, luego del inmenso viacrucis y el padecimiento doloroso de una detención pre-

ventiva que a la postre resultó siendo innecesaria. De ahí el ideal jurídico de que, una vez adquirido el derecho a la excarcelación, ésta no se pudiera revocar sino al dictarse sentencia condenatoria.

te su magisterio puesto contra un hombre que ya está en la declinación

4.10 POR LA EDAD DEL SINDICADO.

"En los delitos sancionados con pena de prisión cuando el sindicado fuere mayor de dieciseis años y menor de dieciocho, 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 ennobecedor espíritu de protección a la juventud y consideración a la ancianidad. Se buscó con ella atemperar la reducción que se hizo de la edad penal para los menores de dieciseis 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 la 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 (quizá no llega al dos por ciento de la delincuencia en general); y en segundo lugar, porque las condi-

ciones fisiológicas y síquicas de la ancianidad, ya de por sí sensiblemente afectadas, se verían muchísimo más agravadas, con perjuicio notorio de su salud, y el estado no quería hacer sentir impiadosamente su magisterio punito contra un hombre que ya está en la declinación de su vida.

El legislador hacía referencia al Artículo 27 del antiguo Código Pe-

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 las circunstancias 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 artículo 20 de la Ley 16 de 1.969, por cuanto con esta legislación, sin excepción 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, "... hasta aquí los comentarios del autor del libro de la Captura a la Excarcelación, de Hernando Jiménez Londoño.

1. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad com-

Teniendo en cuenta que en la última reforma del artículo 453, se agregaron otras dos causales de excarcelación, como son: a) por justificación del hecho, y b) en los delitos contra la propiedad de competencia de las autoridades de policía, pasamos a analizarla exponiendo nuestro criterio personal, sobre dichas normas, así.

4.11 POR JUSTIFICACION DEL HECHO PUNIBLE.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agrasor, o al que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño ponga riesgo a su vida o integridad física.

El legislador hacia referencia al Artículo 27 del antiguo Código Penal que textualmente dice, "El que al ejecutar el hecho, en las circunstancias previstas en el artículo 25, exceda los límites impuestos

por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción.

"En casos especialmente favorables para el sindicado, podrá aplicarse la condena condicional".

El artículo 25 del Código Penal antiguo, al derogarse, quedó plasmado en el artículo 29 del nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1.980.

El Artículo 27 del Código Penal derogado, nos remitía al 25 del mismo Código, que hace alusión a la justificación del hecho punible, para mayor ilustración transcribimos el texto que dice así: "Art.

25.- El hecho se justifica cuando se comete:

1. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente.
2. Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura las cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia.

3. Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

El artículo 25 del Código Penal antiguo, al derogarse, quedó plasmado en el artículo 29 del nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1.980, con sustanciales reformas o modificaciones, pero en su esencia, quedó plasmado también, la legítima defensa, el estado de necesidad, la orden de autoridad competente, el estricto cumplimiento de un deber legal, el artículo 29 del nuevo Código Penal dice así textualmente:

"De la justificación del hecho.

Artículo 29.- Causales. El hecho se justifica cuando se comete:

1. En estricto cumplimiento de un deber legal.

2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

3. En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

4. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intenta penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas, cualquiera sea el daño que le ocasione, y

5. Por necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

Luis Carlos Pérez, en su Libro Manual de Derecho Penal, parte general y especial, hace el siguiente análisis de las causales de justificación al comentar el artículo 25 del Código Penal derogado, pero teniendo en cuenta que en su esencia, casi no ha cambiado nada, el artículo 29 del nuevo Código Penal lo traemos para ilustración. Dice así:

"Justificación es licitud del acto.- Las causas de justificación no

solo eliminan la ilicitud del acto, sino que afirman el derecho de la persona a quien asiste, más aún, el de todos los asociados. El hecho se justifica no solo diciendo que desaparece el delito, sino reconociendo el proceder jurídico del agente. No concurre un simple vacío de la imputabilidad punible, sino hasta cierto beneplácito por la conducta.

Quien actúa de acuerdo con las normas, merece respeto. Justificar es más que tolerar o permitir y mucho más que perdonar. Si los hombres deben someterse al derecho, abstenerse de violarlo es una actitud neutra que todos admiten como conveniente; pero obrar de conformidad con él es asunto que traduce una necesidad colectiva.

4. Que se imparta cumpliendo las formas en que el subordinado está obligado a recibirlo por ser la orden una facultad que la ley o el reglamento estatuyen. La disposición legal "PRIMERA JUSTIFICANTE.- La disposición legal de la ley tiene sentido general. En cambio, la orden tiene sentido especial. La primera se deriva de una facultad, de modo que quien la cumple procede jurídicamente. Cuando se habla de la Ley, se engloba toda suerte de disposiciones dictadas por el Estado en sus distintas dependencias e institutos.

5. Que la orden no infrinja el derecho. Cuando hay infracción manifiesta de un precepto constitucional, aunque en apariencia haya violación del derecho (como en los casos del padre cuando castiga al hijo, al guardián que mantiene sin libertad al preso, el que aprende a un delincuente inflagrante, el agente aduanero que requisa equipajes), el acto es lícito, porque una norma lo autoriza.

SEGUNDA JUSTIFICANTE.- Orden de autoridad.- La orden de autoridad no, amenazado por la violencia actual e injusta de otra persona, tiene sentido especial, como está dicho, y lleva al problema de la obediencia jerárquica, que supone para que sea lícita:

1. La necesidad de la protección del derecho se refiere a la inevitabilidad del peligro. Pero esta inevitabilidad debe estudiarse con relación al agredido, pues el peligro es de mayor o menor gravedad,

según los casos. En el estado de necesidad si se requiere que el peligro sea grave e inminente.

2. Que la orden emane de una autoridad superior.

3. Que la orden esté dada dentro de los límites ordinarios de la competencia en relación con el subordinado.

4. Que se imparta cumpliendo las formas en que el subordinado esté obligado a recibirla: por escrito u observando los requisitos que la ley o el reglamento establezcan.

5. Que las órdenes no sean manifestaciones delictuosas, pues si lo son, el subordinado no está obligado a ejecutarlas.

Cuando hay infracción manifiesta de un precepto constitucional (Art. 21, inciso 1, de la Carta), la orden no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. En este caso no se aplica el Artículo 25 (hoy 27) sino las normas sobre concurso.

TERCERA JUSTIFICACION.- Legítima defensa.- En el sistema nacional, legítima defensa es una facultad jurídica, que se funda en la nece-

sidad de proteger, mediante contra-ataque, un derecho propio o ajeno, amenazado por la violencia actual e injusta de otra persona.

Este concepto se explica así:

2. La de la retribución del mal por el mal. (Geyer) Que confunde la a. La necesidad de la protección del derecho se refiere a la inevitabilidad del peligro. Pero esta inevitabilidad debe estudiarse con relación al agredido, pues el peligro es de mayor o menor gravedad, según los casos. En el estado de necesidad sí se requiere que el peligro sea grave e inminente.

b. Es un contra-ataque porque nadie puede recurrir a la defensa sin que el peligro constituya un ataque dirigido personalmente contra el que actúa o contra un tercero. En el estado de necesidad no hay ataque.

4. La de la anulación de la injusticia, debida a Hegel, quien por c. El ataque debe consistir en una violencia, que puede ser física o moral. La primera implica utilización de fuerza material; la segunda se confunde con la amenaza inmediata (al patrimonio, a la honra, a cualquier otro bien),

5. La de la cesación del derecho de castigar (Ferrero, Gózzolo, Zúñiga).
Principales teorías para fundar la legítima defensa.- Como fundamento de este instituto se han propuesto muchas teorías pero las principales son:

1. La del constreñimiento moral. (Puffendorf), según la cual el hecho se justifica porque se comete en el estado de perturbación mental

(automatismo síquico) que el ataque produce; teoría falsa, porque el que se defiende conoce su derecho y por esto lo hace respetar.

2. La de la retribución del mal por el mal. (Geyer) Que confunde la legítima defensa con la represión.

REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: Enumeración.- El numeral 2, del artículo 25, exige para que se configure la legítima defensa:

3. La del sacrificio del interés menos importante. (Von Buri) Que se expresa diciendo: Cuando hay un agresor injusto, el derecho de éste disminuye al entrar en conflicto con el derecho de la víctima de la agresión, y debe ser sacrificado. Ya antes había dicho Kant: al violar el deber que tenía de respetar la vida ajena el agresor ha perdido el derecho de que se le respete la suya. Esta teoría carece de sustento, porque para la ley todos los derechos son iguales.

4. La de la anulación de la injusticia, debida a Hegel, quien por primera vez expuso un fundamento científico: el que defiende afirma el derecho, porque siendo la agresión del derecho, la defensa niega a su vez esta negación y tiende a su vez a conseguir la justicia.

5. La de la cesación del derecho de castigar (Carrara, Ortolan, Impallomeni), según la cual el que se defiende ejerce una función pública cuando la autoridad se muestra insuficiente o carece de poder para tutelar el derecho. En esta teoría se reconoce una herencia contractualista y es por ello inadecuada.

6. La de la juricidad de los motivos (Ferri, Fioretti, Zerboglio),

que sostiene que la relación del agredido obedece a motivos jurídicos y sociales, en tanto que el ataque revela temibilidad en su autor; y todo tienda a eliminar las fuerzas criminosas, es hecho en interés social. La actualidad en ese caso es permanente, aunque ser-
ir podría decirse que la muerte es uno de los riesgos que corre el

REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA: Enumeración.- El numeral 2, del artículo 25, exige para que se configure la legítima defensa:

a. Que haya una violencia;

b. Que esa violencia sea injusta;

c. Que haya un derecho, un interés o un bien jurídico en peligro;

d. Que exista correlación entre el ataque y el contra-ataque.

La agresión deja de ser injusta cuando ha sido provocada por un he-

El examen de cada una de estas exigencias es materia de los párrafos

que siguen, incluyendo la legítima defensa presuntiva que se contiene en el inciso segundo del mismo numeral.

Notoriamente desproporcionada, como en el ejemplo que trae el

Cuál es la "violencia actual".- Violencia actual (física o moral)

significa presente, inminente, concreta, real y efectivamente iniciada, es el ataque en acción.

Si la violencia ha pasado, no cabe la actuación defensiva legítima, sino que se configura una venganza. Si hay una amenaza de males futu-

ros, puede intervenir la autoridad, para evitar que se consuman.

La electrificación de los depósitos de un barco constituye legítima defensa, porque la actualidad en ese caso es permanente, aunque mejor podría decirse que la muerte es uno de los riesgos que corre el ladrón, como es caer en una trampa o ahogarse al atravesar el foso protector de la vivienda donde se propone robar. previstos en la Constitución.

Violencia Injusta.- Violencia injusta es la que contraría al derecho. Es suficiente que exista la agresión, aunque quien ejerza invoque que va contra el derecho, como sucede en el ataque de un niño loco. religiosa, económica, moral, física, de opinión, de profesión, de organización gremial, de trabajo, de prensa.

La agresión deja de ser injusta cuando ha sido provocada por un hecho personal del que se defiende. Desaparece la injusticia en este caso, ya que el agente con su propio acto, viene a ser autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar.

Esta regla tiene excepciones: cuando el provocado reacciona en forma notoriamente desproporcionada, como en el ejemplo que trae Ferri del injuriado de palabra que resuelve matar al ofensor, caso en que no puede negarse a este la facultad de repeler la reacción desmedida que es objeto. instrumento empleado por el agresor para atacarlo.

La provocación del que después se defiende ha de ser inmediata al hecho, esto es, ha de tener continuidad en la sucesión de los actos que

culminen en el enlace personal.

La riña no excluye la legítima defensa.

El bien jurídico en peligro.- Los bienes jurídicos situados en peligro por el atacante con todos los que pertenecen a la persona, como individuo natural y social, dentro de los términos previstos en la Constitución.

Son bienes jurídicos defendibles: la integridad física, la integridad moral, el patrimonio, la libertad en todas sus formas: política, religiosa, económica, moral, física, de opinión, de profesión, de organización gremial, de trabajo, de prensa.

El bien jurídico fundamental es la vida. Pero la vida presupone muchos atributos, cada uno de los cuales es defendible legítimamente aún con el empleo de la violencia.

Proporcionalidad entre la Agresión y la Reacción.- El cuarto y último requisito del Instituto de la legítima defensa es la proporcionalidad entre la agresión y el contra-ataque. Pero esta proporcionalidad no implica equivalencia de las armas, pues el que reacciona le basta hallarse ante un mal grave e inminente, cualquiera que sea el instrumento empleado por el agresor para atacarlo.

"El que se defiende apela, en su conflicto y angustia, a los recur-

que el escalamiento o fractura debe ejecutarse de noche; otra en su-
sos que tiene a su alcance, sin que sea dado, en tal apremiante cir-
cunstancia, ponerse a calcular si el arma del agresor es igual, infe-
rior o superior a la suya. Solo el atacado sabe cuál es su miedo y su
peligro". (Zafra).

la segunda no requiere la circunstancia de tiempo. El extraño puede

El concepto de necesidad es relativo, y la calificación corresponde
al agredido. La igualdad matemática de los medios es una exigencia
ilusoria, máxime cuando se trata de bienes inmateriales, como el ho-
nor.

entraña el ascenso por cualquier otro medio. El tiempo verbal escogi-

da es el presente significa que el rechazo debe ser contemporáneo

Legítima defensa presuntiva.- El inciso 2 del numeral 2 del artículo
25 establece dos presunciones legales de legítima defensa, que admi-
ten prueba en contrario, (Art. 64 del Código Civil) (en el nuevo
Código Penal vigente la legítima defensa presuntiva se estableció en
el numeral 4, en su inciso segundo que ya anotamos al iniciar este

tema). (Es de anotar además que quedó modificado).

Fracturar es romper las cercas, paredes, puertas o ventanas. La ac-

1. El rechazo violento del que durante la noche escala o fractura
cercas, paredes, puertas o ventanas de una casa de habitación o de
sus dependencias.

2. El rechazo violento del que es encontrado en el hogar ajeno,
siempre que se reúnan dos condiciones: que no se justifique la pre-
sencia allí y que este oponga resistencia.

La primera requiere dos circunstancias; una en cuanto al tiempo,

pues el escalamiento o fractura debe ejecutarse de noche; otra en cuanto al lugar, ya que es necesario que sean atacadas la casa de habitación o cualquiera de sus dependencias.

La segunda no requiere la circunstancia de tiempo: El extraño puede ser repelido del hogar ajeno en cualquier momento.

Escalamiento y fractura ejercitados por el Agresor.- Escalar cercas o paredes es subir por ellas valiéndose de escalas, pero en general entraña el ascenso por cualquier otro medio. El tiempo verbal acogido en el precepto significa que el rechazo debe ser contemporáneo del escalamiento o la ruptura (Creemos que el autor no debió expresar el término contemporáneo sino simultáneo). Si es posterior, no prospera la justificación por este aspecto, sino por el del rechazo al agresor que se encuentra adentro.

Fracturar es romper las cercas, paredes, puertas o ventanas. La acción denota violencia física. Quien emplea una llave falsa no fractura, pero si por ese medio lograr entrar a la casa, el habitante puede defenderse legítimamente de él hiriéndolo o matándolo.

Las dependencias inmediatas de una casa son, entre otras, el solar contiguo, la manga o potrero donde pastan animales, las pesebreras, la huerta, el lugar donde duermen los criados, las bodegas, almacenes, viveros y pajareras.

El encuentro de un extraño dentro del hogar.- Extraño al hogar es toda persona ajena, es decir, que no forme parte de él, aunque sea conocido por los dueños u ocupantes de la casa.

Hogar es el conjunto de la familia, legítima o natural, que viven bajo el mismo techo. Asimilándose a miembro del hogar los criados, los invitados y los huéspedes.

La presunción opera en favor del habitante de la casa, siempre que:

a. No se justifique la presencia del extraño, esto es, cuando a juicio de cualquier persona (no solo del que repele) no haya derecho para que esté en ese hogar.

b. Oponga resistencia (física), es decir, que demuestre por ese medio la ilegitimidad de su ingreso.

c. Esté dentro del hogar, esto es, que haya traspasado el umbral y se encuentre en los pasillos, corredores o habitaciones.

CUARTA JUSTIFICANTE. El estado de Necesidad.- El estado de necesidad es una hipótesis de colisión jurídica, que permite justificar el acto del que rompe un derecho o viola un interés en beneficio de su derecho o de su propio interés, o también en beneficio de otra persona.

El estado de necesidad se distingue de la coacción y de la legítima

defensa, así:

a. De la legítima defensa, porque en esta el mal afecta a un agresor injusto, mientras que en el estado de necesidad el mal afecta a un inocente.

b. De la coacción, porque el sujeto coaccionario pierde su libertad de decisión, mientras que en el estado de necesidad el agente está obligado a escoger entre varias posibilidades.

Teorías sobre el estado de Necesidad.- El estado de necesidad ha sido fundado con diversas doctrinas, así:

1. La de la violencia moral (Filangieri), según la cual el acto ejecutado bajo el acicate de la necesidad, es impune porque se produce en situación en que el agente ve obligado por la amenaza de un mal.

2. La de la inutilidad práctica de la represión, que consiste en que el agente se decida tratando de evitar el mal inmediato, causando un daño sin pensarse en el mal remoto (penal), de modo que la sanción carece de finalidad (Feuerbach, Romagnosi, Bentham, Carmignani).

3. La positivista, según la cual el acto necesario no indica peligrosidad por razón del móvil que lo guía.

4. La de la colisión del derecho (Heguel), según la cual no permi-

tir salvaguardar la existencia de un peligro, sería dar un golpe fatal a todos los derechos, Michailof funda la justificante en el interés del Estado de conservar una vida en vez de perder dos.

5. La que excluye el estado de necesidad del derecho represor (Fichte), según la cual inmolarse a otro en defensa de la propia vida, no es ni conforme ni contrario a la ley. Es algo que se sale del derecho.

6. La de la propia conservación (Puffendorf, Thomasius), que sostiene que el instinto de conservación es el más sagrado y que quien cede a su necesidad irresistible está exento de pena.

Requisitos del estado de necesidad.- El instituto requiere:

a. Que haya un peligro grave, inminente e inevitable contra la persona, es decir contra cualquiera de los bienes jurídicos que conforman al ser humano social: el honor, la honra, la libertad, el patrimonio. Peligro inminente es el que está por suceder de inmediato; grave, es el que afecta el derecho en tal forma, que si ocurriera, ese derecho destruye: inevitablemente es el que forzosamente debe ser enfrentado, sin que pueda denunciarse a la autoridad ni eludirse su fuga.

b. Que ese peligro no se haya causado por obra propia, es decir, por actividad dolosa (no culpable) del agente, como ocurre cuando el dueño de un barco ordena hundirlo, pues entonces el no podría dispu-

tar a los demás la lancha para salvar su vida justificada".

c. Que no deba afrontarse por obligación profesional, pues si el de necesitado tiene por oficio o cargo, obligación de sacrificarse, no se justifica su acto. Tal ocurre con el soldado o bombero, que no puede alegar el peligro de su vida para abstenerse de enfrentar los riesgos que le corresponden.

d. Que haya proporción entre el peligro y el acto, adecuación de- rivada del Artículo 27, que sanciona el exceso en el delito neces- rio.

Hemos tomado estos análisis de Luis Carlos Pérez, aunque él directa- mente hace alusión a la justificación del hecho punible; la causal del numeral 11 del C. de P.P. hace alusión concretamente a los exce- sos de justificaciones, que en nuestro nuevo Código Penal se estipu- ló en el Artículo 30, que textualmente dice: "Artículo 30.- Exceso.- El que exceda los límites propios de cualquiera de las causas de jus- tificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el hecho punible".

Pero la figura del exceso, es accesoria de las justificaciones del hecho punible, de modo que para declararlo es indispensable que ex- ista una cualquiera de esas; el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial ilicitud; Soler define el exceso así :

"La intensificación innecesaria inicialmente justificada". Las personas que han cometido un ilícito de menores proporciones, de menor gravedad, Carrara dice: "Por eso, que el exceso bien puede llamarse defecto de la causal de justificación".

4.12 EN LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD DE COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DE POLICIA.

b. Que sea de competencia de las autoridades de policía.

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el ordinal 2o. de este artículo, en los procesos por delitos contra la propiedad de competencia de las autoridades de policía, siempre que el imputado no tenga antecedentes judiciales ni de policía, que su personalidad no revele mayor peligrosidad, que no haya ejercitado, al realizar el hecho violencia física o moral contra las personas o las cosas, y que no haya ocasionado a la víctima grave daño atendida su situación económica".

La diferencia de esta causal con la que establece el numeral segundo del artículo 453, radica, que en el numeral segundo, se otorga el beneficio, al sindicado arrepentido, que ha reintegrado o restituido, o devuelto a su propietario, el objeto que fue materia de la infracción, o ha indemnizado a la persona ofendida de los perjuicios causados. En cambio en la norma en comento, numeral doce de este mismo artículo, se establece, el beneficio de libertad provisional, aún sin restituir lo apropiado, y sin indemnizar de los perjuicios causados, pero solo cuando el delito contra la propiedad es de competencia de las autoridades de policía; se explica esto, en razón de

que el Legislador ha querido extender este beneficio, a las personas que han cometido un ilícito de menores proporciones, de menor cuantía; pero además le imprime otros requisitos sustanciales que analizamos a continuación:

- a. Que el imputado no tenga antecedentes judiciales de policía, con-
a. Que sea un delito contra la propiedad, denegada ejecutoriada, de la
autoridad competente.
- b. Que sea de competencia de las autoridades de policía.
- d. Que la personalidad del sindicado no revele mayor peligrosidad;
- c. Que el imputado no tenga antecedentes judiciales, ni de policía.
- d. Que la personalidad del sindicado no revele mayor peligrosidad.
- e. Que al realizar el hecho, no haya ejercitado violencia física o
moral contra las personas o las cosas, y
- f. Que no haya ocasionado a la víctima grave daño atendida su situa-
ción económica.
- g. Que sea un delito contra la propiedad. Quiere decir, que quedan ex-
cluidos los demás delitos, y solo opera contra los delitos de: hurto,
estafa, abuso de confianza, daño en propiedad ajena. Fraude mediante
cheque, no opera para la extorsión.
- b. Que sea de competencia de las autoridades de policía. Son auto-
ridades de policía, los jefes de sección justicia, los inspectores de

policia, los alcaldes municipales. Los delitos contra la propiedad de competencia de los jueces cualquiera su rango o jerarquia, quedan excluidos de este beneficio de excarcelación, cuando la cuantía puede ser relativamente aminorada, pero para la víctima, puede ser el fruto de un delito. Que el imputado no tenga antecedentes judiciales de policia, sino que se estiman que son antecedentes, las condenas ejecutoriadas, de la autoridad competente. En caso, le retiene sus prendas de vestir, "atendiendo de las circunstancias de inferioridad de su empleada", y no de. Que la personalidad del sindicado no revele mayor peligrosidad; esto debe entenderse a juicio del funcionario, porque al hablar de mayor y menor peligrosidad, solo se debería tener en cuenta, la calificación que se haga en sentencia ejecutoriada, pero si así lo fuera, la sentencia presupone un antecedente penal, lo cual haría ser nugatorio este derecho porque el inciso anterior así lo dispuso.

reputación.

e. Que al realizar el hecho, no haya ejercitado violencia física o moral contra las personas o las cosas. Excluye, por esta razón al robo, hoy en nuestro nuevo Código Penal, excluye de este beneficio al hurto agravado, a la extorsión, a la usurpación de tierras, invasión de tierras o edificios, la perturbación sobre la posesión de un inmueble, y los daños en bien ajeno producidos con violencia, en todas estas figuras, presuponen violencia, bien sea física o moral, ya sea sobre las personas o sobre las cosas, de todas maneras el hurto calificado, y el hurto agravado, no tienen derecho a gozar de este beneficio de excarcelación, así sea irrisoria la cuantía.

tiempo, que no revele mayor peligrosidad.

f. Que no haya ocasionado a la víctima grave daño atendida su situación económica.- Esto hace referencia a la situación económica de la persona ofendida con el delito, muchas veces la cuantía puede ser relativamente mínima, pero para la víctima, puede ser el fruto de un gran sacrificio, imposible de recuperar en un lapso de tiempo corto, por ejemplo, el patrón que con el fin de que la muchacha de servicio doméstico no salga de su casa, le retiene sus prendas de vestir, "abusando de las circunstancias de inferioridad de su empleada", y no le entrega sus prendas a pesar de que ella, se traslada a trabajar a otra casa de familia. Aquí se comete el delito de abuso de confianza, y por razón de la cuantía es de competencia de las autoridades de policía, en el caso de no restituir lo apropiado, no tendría, oportunidad de invocar esta norma para solicitar su excarcelación, a pesar de no tener antecedentes penales, ni de policía, y gozar de buena reputación.

Creemos, que el Legislador, quiso con esta norma tratar de favorecer a las personas, que, no teniendo antecedentes penales, y gozando de buena reputación entre la sociedad, hubiere cometido un delito contra la propiedad, sin violencia de ninguna especie, ni moral ni física, sin haber ocasionado mayor perjuicio a la víctima y que por su cuantía mínima es de competencia de las autoridades de policía, de tal suerte que no se justificaría su encarcelación porque no tendría finalidad alguna, pues debe ser un delincuente primario, no un profesional del delito, sino ocasional, y que haya llevado una vida limpia, que no revele mayor peligrosidad.

Así dejamos analizados los doce numerales establecidos en el artículo 453 del C. de P.P. que otorgan al sindicado el derecho al beneficio de excarcelación caucionada o libertad provisional.

5. PROCEDIMIENTO PARA IMPETRAR EL BENEFICIO DE LIBERTAD PROVISIONAL

Herando Landolfi Jiménez, en su obra "De la Captura a la Excarcelación" nos habla sobre la excarcelación de oficio, el trámite de la solicitud, y de los recursos, las cauciones para la excarcelación y las obligaciones del excarcelado en los siguientes términos:

5.1 EXCARCELACION DE OFICIO Y SU OPORTUNIDAD.

En el anterior artículo, 393 del Código de Procedimiento Penal había consagrado la impropiedad de expedir la suspensión de la detención preventiva del procesado, requisito de que este disfrutara previamente. Pero como en la letra y en el espíritu de la norma no se proponía a conceder un beneficio sino a otorgar un derecho "natural de algunas leyes", no era lógico la exigencia de que el procesado tuviera que reclamar su propia libertad. Esto significa, en muchas ocasiones, que el detenido no podía disfrutar de su derecho, bien por su ignorancia de que la ley se lo concediera, o

por la insuficiencia de recursos económicos con qué sufragar honorarios profesionales de abogado para su excarcelación y defensa integral dentro del respectivo proceso.

Por consiguiente, si el Estado, por medio de los mecanismos de la ley

y la propia filosofía de esta, ha decidido consagrar un derecho inalienable, es evidente que sus jueces, por imperativo mandato legal,

deben reconocerlo y otorgarlo sin dilación alguna, en el preciso momento en que lo adviertan dentro de su esfera jurisdiccional. Esto

Hernando Londoño Jiménez, en su obra "De la Captura a la Excarcelación" nos habla sobre la Excarcelación de oficio, el trámite de la

solicitud, y de los recursos, las cauciones para la excarcelación

y las obligaciones del excarcelado en los siguientes términos:

La excarcelación se concederá de oficio o a solicitud de parte en cual-

quier momento procesal.

5.1 EXCARCELACION DE OFICIO Y SU OPORTUNIDAD.

Con la anterior innovación, los jueces no serán ya unos simples es-

En el anterior artículo, 393 del Código de Procedimiento Penal ha-

bía consagrado la impropiedad de supeditar la suspensión de la de-

tención preventiva del procesado, requisito de que este solicitare

previamente. Pero como en la letra y en el espíritu de la norma no

se propendía a conceder un beneficio sino a otorgar un derecho "sal-

vo casos excepcionales legales", no era lógica la exigencia de que

el procesado tuviera que reclamar su propia libertad. Esto signifi-

ca, en muchas ocasiones, que el detenido no podía disfrutar de su

derecho, bien por su ignorancia de que la ley se lo concediera, o

por la insuficiencia de recursos económicos con qué sufragar honorarios profesionales de abogado para su excarcelación y defensa integral dentro del respectivo proceso.

Por consiguiente, si el Estado, por medio de los mecanismos de la ley y la propia filosofía de esta, ha decidido consagrar un derecho inalienable, es evidente que sus jueces, por imperativo mandato legal, deban reconocerlo y otorgarlo sin dilación alguna, en el preciso momento en que lo adviertan dentro de su misión jurisdiccional. Esta función no podrá ser facultativa, como en la desafortunada redacción del artículo 53 del Decreto 1358 de 1.964, ni sometida a la condición de que el sindicato tenga que hacer él mismo la solicitud, sino que ya por prescripción del Artículo 454 del C. de P.P. vigente, la excarcelación se conderá de oficio o a solicitud de parte en cualquier momento procesal.

Con la anterior innovación, los jueces no serán ya unos simples espectadores pendientes de lo que haya de solicitarles sobre ese particular, sino que por su propia iniciativa deberá proceder a otorgar lo que considere viable a la luz de las normas pertinentes sobre la excarcelación. Y nada se opone obviamente para que se conceda en el mismo auto en que se decreta la detención preventiva, si en este momento se hallan reunidos todos los requisitos para hacer acreedor a ella.

Esta intervención oficiosa por parte de los funcionarios y la de-

fensa de oficio garantizada desde el mismo momento de la captura, van a sacar el proceso penal del entredicho en que estaba, es decir, de que era un estatuto de garantías en favor primordialmente de las clases acomodadas y de más difícil acceso para los desprotegidos de la fortuna; pero esto no significa en manera alguna la introducción de un criterio clasista en la elaboración de las normas de derecho, o una posición paternalista del Estado en torno de una clase social determinada. Por el contrario, en el fondo de todo esto se ennoblece y dignifica un armonioso postulado de justicia cuyo objetivo es evitar el que por la simple insolvencia económica o por la ignorancia de los derechos que consagran la Ley, un hombre tenga que permanecer en la cárcel privado de su libertad.

Entonces para reducir siquiera un poco la diferencia en las posibilidades para reducir siquiera un poco la diferencia en las posibilidades

Y si bien es cierto que la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley es un principio que se consagra y proclama en todos los ámbitos jurídicos no menos es que ello no deje de ser una formulación ideal del derecho, un anhelo supremo de la justicia, pues, indudablemente, en la esfera de la lucha por las libertades individuales, estarán más cerca de estas en el proceso penal quienes dispongan de recursos económicos para proporcionarse una defensa técnica, y, en cambio, estarán más alejados de ellas los desahuciados de la fortuna, por lo cual no podrán muchas veces vigilar adecuadamente el reconocimiento oportuno de sus derechos, reclamar sus garantías, probar su inocencia, y, como síntesis de todo, ejercer convenientemente su defensa. Por ello, como penetrante angustia dijo Calamandrei: "La Ley es igual para todos. Constituye una bella frase que conforta al pobre

cuando le va escrita sobre la cabeza de los jueces, en la pared de fondo de las salas judiciales, pero cuando advierte que, para invocar en su defensa esa igualdad legal, es indispensable la ayuda de la riqueza de la que carece, entonces la frase le parece una burla a su miseria, en la misma forma que si la leyera escrito sobre un muro que por virtud de la libertad de imprenta (Art. 21 de la Constitución Italiana) todos los ciudadanos son igualmente libres para publicar un periodico informativo, o que debido a la libertad de instrucción (Art. 34 de la propia Ley Suprema) todos los ciudadanos son igualmente libres de enviar a sus hijos a los cursos universitarios".

Entonces para reducir siquiera un poco la diferencia en las posibilidades al reconocimiento de la excarcelación la ley ha querido que el juez no sea por este aspecto una especie de convidado de piedra, sino un funcionario dinámico con iniciativas propias y resoluciones oficiosas, cuando por la ignorancia del sindicato, la indolencia del apoderado o la pasividad del Ministerio Público, hubiere un silencio procesal en torno al derecho no reconocido ni reclamado.

En este mismo orden de ideas hacerse sentir la lealtad y diligencia del juez, cuando dentro de un proceso penal con varios sindicatos, solo uno de ellos, por ejemplo, solicita la excarcelación, no tanto por economía procesal, con lo cual podría evitarse las sucesivas peticiones de libertad provisional, con la perjudicial repetición del mismo trámite, sino por el vinculante mandato procesal de la excar-

relación oficiosa; así el aquo como el ad quem, al conocer de un negocio para aquellos fines, deben incluir en sus decisiones a quienes no hicieren la misma solicitud o no interpusieren el recurso. Repugnaría a los intereses de la justicia el que estando varios detenidos dentro de una idéntica situación jurídica, resultare uno de ellos disfrutando de su libertad por decisión jurisdiccional, cuando los otros permanecen privados de ella.

Por las anteriores razones no se consideró necesario introducir en la legislación actual el siguiente artículo, que figuró en la ponencia sobre esta materia:

"Cuando dentro de un proceso penal figurare más de un detenido y solo éste o varios hiciere la solicitud de revocación del auto de detención o de la libertad provisional, el funcionario competente estudiará también la situación jurídica de los restantes y la resolverá de conformidad.

"El recurso que uno o varios de los sindicatos interponga contra una providencia que deniegue la libertad, se considerará interpuesto por todos los demás".

Por lo tanto, es claro que el principio sobre la excarcelación oficiosa no puede derivarse la obligación de traslado del expediente al Ministerio Público para emitir concepto sobre el particular. De acuerdo con las normas procesales, dicha colaboración fiscal se hace

necesaria solo cuando el juez respectivo se le formula una solicitud en tal sentido. En otro caso el representante de la sociedad dispone de otros recursos legales para oponerse a la providencia excarcelaria cuando no estuviere de acuerdo con ella. Además el adjetivo oficioso implica un carácter de autonomía e independencia por parte de quien obra en dicha calidad. Fuera de ser un vocablo que, según el diccionario de la Real Academia, se aplica a la persona hacendosa y solicita en ejecutar lo que está en su cuidado. Y si, como es cierto, que a lo largo de todo viacrucis que es el proceso penal, lo que está en juego es la libertad de un hombre, el juez debe estar al cuidado permanente de ella, para limitarla cuando sea necesario, pero también para concederla sin excitación de nadie.

Esta es la razón por la cual en algunas legislaciones, como en la Italiana, existen normas de procedimiento, para evitar así que vaya a pasar inadvertida la favorable situación jurídica de un imputado que tenga derecho a la excarcelación. Es, como mínimo, una obligación moral que debiera mantenerse despierta la conciencia de los jueces, ya que tanto se resiente el concepto de justicia con una detención arbitraria, como con la demora de un minuto más para la libertad de un hombre. Por eso, el vibrante reclamo de José H. Palacios: "No basta ser juez de influencia, de nombre, de cargo elevado, de erudición vastísima; solo sabremos si es buen juez cuando su actuación esté repleta de resoluciones justas, cuando dicta sus sentencias a tiempo, cuando no olvida sus presos en la cárcel, cuando lucha contra los que pretenden condenar al inocente o absolver al culpable,

ese será el control del buen juez y del juez justo".
Como cuando, por lo valioso, sería absolutamente imposible estudiar

5.2 TRAMITE DE LA SOLICITUD DE EXCARCELACION.

no trápicas dos o más solicitudes de excarcelación. Por eso, en pre-

Tanto el agente del Ministerio Público, para emitir el concepto de

rigor sobre la procedencia de la excarcelación o revocación del auto

de detención, 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 jue-

ces, para poder ampliar acomodaticamente 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.

Señor:

Estas conminaciones legales no sería más que la letra muerta en un

Código, facilitándose así la violación permanente, si al mismo tiem-

po no se señalaren las sanciones para quien no las cumple. Por eso

el Artículo 456 de la Ley procesal prescribe, para el caso de que

por aquellas solicitudes no se resuelve dentro del término legal, la

suspensión del cargo hasta por dos meses, la primera vez, y la des-

titución, la segunda, sin perjuicio de la responsabilidad penal con-

siguiente, sanciones que serían impuestas breve y sumariamente por

el respectivo superior jerárquico.

juez, muy condescendiente como fundamento de la petición que más ade-

Desde luego que la intimidación legal es para las conductas de omisión

por negligencia, por irresponsabilidad, que no por fuerza mayor, como cuando, por lo voluminoso, sería absolutamente imposible estudiar el proceso en dos días, o porque simultáneamente estuviere en el mismo trámite dos o más solicitudes de excarcelación. Por eso, en precisión de situaciones como estas, las sanciones que trae aparejadas la norma por la violación de términos, son solo para cuando ello ocurra sin justa causa. ..."

2. Una vez capturado el defendido, rindió indagatoria ante su despacho.

5.2.1 MODELOS PRACTICOS PARA SOLICITAR LA EXCARCELACION.

La cárcel judicial de Pasto.

Modelo No. 1.- Cuando el delito porque se proceda

tenga sanción de Arresto:

3. De acuerdo al certificado, expedido por el médico legista, después de hacer el examen, correspondiente, las lesiones causadas al señor Alfredo Hidalgo, lo incapacitan por veinte días, sin consecuencia.

Señor:

Juez 1o. Penal Municipal de Pasto

E. el art 302 del C.P. vigente, establece "Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, la pena será de arresto de dos meses a dos años...".

Ref.: Sumario No. 275.-

Héctor Hugo Bravo Benavides, Abogado Titulado e inscrito, con T.P. No. el delito del Ministerio de Justicia. En mi calidad de Apoderado Defensor del señor Carlos Armando Estrella, mayor de edad, sindicado por el supuesto delito de lesiones personales; a usted señor juez, muy comedidamente como fundamento de la petición que más adelante le formularé le expongo los siguientes

otorga el derecho de excarcelación caucionada, a las infracciones
sancionadas con pena de arresto:

HECHOS

1. El señor Carlos Armando Estrella, está sindicado por el supuesto delito de lesiones personales dentro del sumario de la referencia; que fueron causados al señor Alfredo Hidalgo el día 3 de julio de 1.983, en esta ciudad.

SOLICITO

2. Una vez capturado mi defendido, rindió indagatoria ante su despacho, y actualmente se encuentra detenido a órdenes de su despacho en la cárcel judicial de Pasto.

Estamos dispuestos a depositar a órdenes de su despacho la caución

3. De acuerdo al certificado, expedido por el médico legista, después de hacer el examen, correspondiente, las lesiones causadas al señor Alfredo Hidalgo, lo incapacitan por veinte días, sin consecuencias.

Atentamente,

4. El artículo 332 del C.P. vigente, establece "Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, la pena será de arresto de dos meses a dos años...".

Pasto, 12 de julio de 1.983.

5. El artículo 426 del C. de P.P., en su inciso tercero establece "Si el delito porque se procede tiene sanción de arresto o pena no privativa de la libertad, el sindicado, rendida la indagatoria, será puesto en libertad, cuando hubiere sido capturado".

6. Así mismo el Artículo 453 del C. de P.P. en su inciso primero,

otorga el derecho de excarcelación caucionada, a las infracciones sancionadas con pena de arresto:

Por lo expuesto a Usted señor Juez respetuosamente le

Ref.: Sumario No. 591.- Por el presunto

delito de abuso de confianza SOLICITO

Sírvase, previos los trámites pertinentes, dejar en libertad inmediata

a mi patrocinado señor Carlos Armando Estrella.

redactor defensor del señor: José A. Portilla, mayor de edad, sindicado

por el delito de abuso de confianza, respetuosamente expongo la caución

que le sea impuesta a mi defendido.

guientes,

Por ser de derecho espero se resuelva de conformidad.

HECHOS:

Atentamente,

1. El señor Jaime Roldán Aguilera, en su condición de Gerente de la

HECTOR HUGO BRAVO BENAVIDES

Empresa Surti-Motos Ltda., denunció al señor José A. Portilla por el

delito de Abuso de Confianza, en su denuncia manifestó lo siguiente:

Que el día 10 de junio de 1.983, en su calidad de Gerente de la Em-

Pasto, 12 de julio de 1.983.

Yamaha, de 175 c.c., modelo 80, color amarillo y negro, para que la

entregara al señor Miguel Julio Gutiérrez, el comprador y había paga-

do el precio total de la moto de \$120.000.00 M./Cto.,

estafa y abuso de confianza, cuando se

ha restituido, indemnizado, o reparado

el daño.

Señor

JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO

E. S. D.
lo cual pudo darse cuenta de ese hecho".

Ref.: Sumario No. 591.- Por el presunto delito de abuso de confianza.

Héctor Hugo Bravo Benavides, Abogado titulado e inscrito, con T.P.

No. _____ del Ministerio de Justicia. En mi calidad de apoderado defensor del señor: José A. Portilla, mayor de edad, sindicado por el delito de abuso de confianza, respetuosamente como fundamento de la petición que más adelante le formularé le expongo los siguientes,

HECHOS:

1. El señor Jaime Roldán Aguilera, en su condición de Gerente de la Empresa Surti-Motos Ltda., denunció al señor José A. Portilla por el delito de Abuso de confianza, y en su denuncia manifestó lo siguiente: "Que el día 10 de junio de 1.983, en su calidad de Gerente de la Empresa Surti-Motos Ltda., entregó al Señor José A. Portilla, una moto Yamaha, de 175 c.c., modelo 80, color amarillo y negro, para que la entregara al señor Milton Avila, quien era el comprador y había pagado el precio total de la venta o sea la suma de \$120.000.00 M./Cte.- y que le había entregado al señor, en vista que este trabajaba en su calidad de mensajero de la empresa, pero que resultó, que después de

varios días, vino el señor Milton Avila a reclamar su pedido, ya que el señor José A. Portilla no le había llevado la moto en mención; por lo cual pudo darse cuenta de ese hecho".

Señor Juez: atentamente,

2. Una vez capturado mi defendido, fue puesto a órdenes de su despacho ante el cual rindió indagatoria, y se le dictó auto de detención, por el delito de abuso de confianza.

3. Con el producto de su cesantía, sueldos y algunas economías, que tenía mi patrocinado, canceló el valor total de la moto, como queda demostrado por el certificado enviado por la empresa Surti-Motos Ltda., quedando a paz y salvo la empresa por todo concepto, y llevada la firma y sello del Gerente, lo cual debe tenerse como plena prueba de lo enunciado. Y aún más por la ratificación de éste ante su despacho, Fernando Londoño Jiménez, de su libro de "La Captura o la Excarceración", que al hablar de la apelación nos dice: "...

Por lo expuesto comedidamente le solicito:

5.5. FIANTE PARA EL RECURSO DE APELACION.

Sírvase dejar en libertad provisional a mi patrocinado, previos los trámites pertinentes de la mayor prontitud y agilitación del procedi-

miento cuando se trata de la solicitud de la libertad, no quiero que,

Estamos dispuestos a depositar a órdenes de su despacho la caución que fije su autoridad, meras, sino por un especial que salvara las

demoras de aquélla, como se trataría aquí de autos interlocutorios Fundamento jurídico, Artículos 453, numeral segundo, concordante con el artículo 429 del antiguo Código Penal y 374 del C.P.V. que habla

sobre la reparación del daño, que deben aplicarse por extensión o analogía, según el espíritu que le dio el Legislador. II del Libro 3o. del C. de P.P. (normas generales de los artículos 200 a 366), sino al Señor Juez, atentamente, que trae las siguientes innovaciones:

a. Interpueste HECTOR HUGO BRAVO BENAVIDES más tardar al día siguiente y en el acto T.P. No. _____ del M. de J., no siendo por lo tanto necesaria la notificación a ninguna de las partes que intervienen en el proceso.

Teniendo en cuenta que con los dos modelos anteriores es más que suficiente para la ilustración, y que con estos se podría guiar para elaborar las solicitudes de excarcelación restante; salvo la aplicación del artículo 163, en la cual debe alegarse y probarse una de las cuatro causeles; pasamos al siguiente tema; retomando lo expuesto por el Dr. Hernando Londoño Jiménez, de su libro de "La Captura a la Excarcelación", que al hablar de la apelación nos dice: "...

6. Efectuado el reparto, se pondrá el expediente en la secretaría a 5.3. TRAMITE PARA EL RECURSO DE APELACION.

Como la Ley ha querido la mayor prontitud y agilización del procedimiento cuando se trata de la solicitud de la libertad, no quiso que, en caso de que esta fuera negada, el trámite de la apelación se rigiera por las normas generales, sino por un especial que salvara las demoras de aquellas. Como se trataría aquí de autos interlocutorios susceptibles de recurso de apelación, esta no podría concederse sino en el efecto devolutivo, como lo dispone el artículo 196.

Pero ni al concederlo puede ser "previa notificación a los interesados", ni la sustanciación de acuerdo con el Título II del Libro 3o. del C. de P.P. (normas generales de los artículos 200 a 566), sino el conforme al 466 ibidem, que trae las siguientes innovaciones: lugar en donde se tramitaba el recurso. Puesta de que por falta de adecuadas a. Interpuesto el recurso, se concederá a más tardar al día siguiente y en el acto se enviará las copias al superior, no siendo por lo tanto necesaria la notificación a ninguna de las partes que intervienen en el proceso. para el detenido llegaba a ser más perjudicial que conveniente aquella notificación, ya que en la práctica solo significaba. b. Cuando hubiere lugar a reparto, este se verificará el mismo día del recibo del expediente, tanto al juez o magistrado como al Ministerio Público, con lo cual se quiere evitar las inútiles y perjudiciales demoras que se presentaban antes con la costumbre del reparto en días distintos muchas veces con una diferencia hasta de ocho días. través se pretendía que en sede judicial de mayor jerarquía, se corriera. c. Efectuado el reparto, se pondrá el expediente en la secretaría a disposición común de las partes por tres días; vencidos estos, se correrá traslado al fiscal por el mismo término, después de lo cual el superior resolverá dentro de los cinco días siguientes. De donde resulta, en comparación con lo establecido en el artículo 566, muy notoriamente reducidos los términos procesales; y la providencia o para su reforma. En el primer caso, cuando se considerare que no es. d. Los autos que se dicten para conceder y tramitar estos recursos no se modificarán y serán de inmediato cumplimiento, aspecto este no considerado en ninguna otra legislación anterior del año 71.

Ocurría en efecto, que el auto de fijación en la lista para alegar se sometía a la notificación personal del detenido, circunstancia esta que a menudo dilataba inconvenientemente los términos, como cuando el sindicado se encontraba recluso en un municipio distinto del lugar en donde se tramitaba el recurso. Fuera de que por falta de adecuadas vías de comunicación o por la lentitud de los correos intermunicipales, aquellas notificaciones se retardaban considerablemente en regresar ya diligenciadas al superior que conocía de la apelación interpuesta. Además, para el detenido llegaba a ser más perjudicial que conveniente aquella notificación, ya que en la práctica solo significó tener noticias de que su situación jurídica estaba próxima a resolverse por parte del Superior. Como sustentar por escrito la apelación, su sola manifestación verbal en dicho sentido basta para vincular el concepto del Recurso de Apelación. — Es un medio procesal que tiene el restablecimiento del derecho violado o de la justicia denegada, a través se pretende que en sede judicial de mayor jerarquía, se corrija el error consumado en un acto procesal lesivo a los intereses jurídicos de quien impugna. Pero para preferirlo exclusivamente al tema del presente estudio, diremos que el recurso de apelación se promueve ante el superior un nuevo examen de la situación de hecho o derecho tenida en cuenta desfavorablemente por el aquo; el motivo de la impugnación bien puede ser, o para la revocación de la providencia o para su reforma. En el primer caso, cuando se considerare que no existen los requisitos exigidos por la ley para mantener una privación de la libertad; y en el segundo caso, cuando no obstante encontrarse satisfecha la prueba para dicho fin, el sindicado tuviere de-

recho a la excarcelación, pudiéndose por lo tanto, revocar la providencia motivo de apelación en el último sentido y confirmándose en el primero. Como también puede ocurrir que, concedida la libertad provisional en la primera instancia, el sindicato apela de ella con el fin de provocar su revocación, por falta de mérito legal para la simple detención jurídica preventiva. Solutoria, un sobresentimiento definitivo, la providencia del artículo 163, del C. de P.P., Siendo, pues, de tanta trascendencia la factibilidad de ese control jurisdiccional de las providencias que niegan la libertad, el derecho pleno al recurso no se le podía negar al primer interesado, como lo es el sindicato. Así este no tenga conocimiento en la teoría jurídica, ni pueda por ello mismo sustentar por escrito la apelación, su sola manifestación verbal en dicho sentido basta para vincular activamente al funcionario a quien vaya dirigida. So pretexto de la ignorancia del procesado, en estos ajetreos judiciales, no se justificaría que legalmente se le privara de tener una segunda oportunidad para su excarcelación o libertad incondicional, como injustamente se ha pretendido en algunas legislaciones que se dicen las más respetuosas de las libertades individuales. parte civil, la cual, como institución procesal, desnaturalizaría su espíritu, si en vez de Afortunadamente, en el derecho procesal moderno va tomando más consistencia la inquietud de ampliar el marco de garantías y derechos del procesado para fines de su libertad. Por lo menos en este campo, nuestra legislación ha obrado siempre con el más elevado criterio de libertad, y por eso para nosotros no tiene novedad alguna las orientaciones que sobre el particular se trazan en los congresos o convenciones

nios internacionales.

Al contrario de iure condenado, el apoderado de la parte civil debiera estar excluido de la apelación contra las providencias que conceden la libertad provisional. Está muy bien que conserven este derecho para cuando se produzca una sentencia absolutoria, un sobreseimiento definitivo, la providencia del artículo 163, del C. de P.P., el auto que ordena cesar la investigación como consecuencia del archivo del proceso en virtud del segundo sobreseimiento temporal, o para cuando ordene la libertad incondicional o se revoque un auto de detención preventivo, porque en todos estos casos las medidas cautelativas de carácter civil (embargo y secuestro de bienes) desaparecen o están en riesgo inminente de desaparecer, para tornar así ilusorias las pretensiones de indemnización de perjuicios civiles. Lo que no ocurría con la simple libertad provisional, en donde aquellas medidas cautelares continuaban seguras dentro del proceso penal, y no se afectan en lo mínimo por el solo hecho de la excarcelación. Sería pues aconsejable que para la legislación del mañana se restringiera sobre este particular las actividades de la parte civil, la cual, como institución procesal, desnaturalizaría su espíritu, si en vez de buscar la indemnización de perjuicios, pudiera convertirse en instrumento de venganza para tratar de impedir una excarcelación, en la cual no esté en juego un juicio sobre culpabilidad".

"Sustentación del Recurso." Las consecuencias desfavorables que se derivan para el sindicado no ejerce el recurso de apelación ante el

Superior, no han permitido hasta ahora en el derecho procesal penal tenga cabida la corriente doctrinaria que aboga por la tesis de declarararlo desierto por no haberlo sustentado los interesados. Es claro que cuando el apoderado del procesado interpone la apelación, está en la obligación de expresar por escrito su inconformidad especificando clara y concretamente las razones por las cuales considera que la providencia apelada viola el derecho o atenta contra los postulados de justicia. Esto, además de ofrecer mayores probabilidades a las pretensiones del apelante, servirá al ad quem para tomar más rápida y fácil determinación sobre el caso contravertido, pues conociendo los motivos de la impugnación, la decisión que se tome estará respaldada por una visión bilateral de la controversia y por ello mismo, con base en la garantía de los principios del contradictorio.

En este consiste el carácter dialéctico del proceso, al cual no pueden sustraerse en manera alguna el abogado, ya que si tiene derechos para reclamar, también tiene deberes para cumplir y el más esencial dentro del derecho penal, es el de ejercer su actividad defensiva en todos los grados y etapas del desarrollo jurisdiccional. Solo así puede ser cierto el juicio de Calamandrei; cuando dice que "El juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y réplicas, un cruzamiento de acciones y reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y contra-ataques. Por ese motivo ha sido comparado con una esgrima o una contienda deportiva, pero se trata de una esgrima de persuaciones y una contienda de razonamien-

tos", o porque el procesado no cometió el delito o porque la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, o porque lleva en "Oportunidad o Inexistencia del Recurso." Ha sido invariable nuestra Legislación al precisar que la oportunidad para interpretar el recurso de apelación puede ser en el acto de notificación de la providencia, o por escrito, dentro de los tres días siguientes a ella. Pero la consistencia ofrece a veces una situación que vale la pena considerar, a saber: Cuando primero se interpone el recurso de reposición y en subsidio no se apela, viniéndose a presentar este último recurso contra la providencia que niega la reposición, del auto que niega una reposición, se extremara el rigorismo legalista contra un procedimiento que ha ocurrido con reiterada frecuencia, que al concederse la apelación en estas circunstancias el Superior se declara incompetente para conocer del recurso con base en el último inciso del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, la apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición". Se alega con dicho criterio, la extemporaneidad de la apelación y, por lo tanto, el fundamento para una declaratoria de abstención en el conocimiento del recurso. Desde las Córtes Escrituras se construyó siempre para los siglos por venir dicho proceder. Y San Isidro dice: El planteamiento puede ser legal, pero siempre es justo. Piénsese, por ejemplo, si no sería un grave atentado contra la justicia, el abstenerse de conocer dicha apelación, en caso de ser absolutamente cierto que el respectivo proceso abunda en motivos suficientes para revocar o reformar la providencia de primera instancia, como cuando se trata de una evidente legítima defensa de la vida, el honor o de

los bienes, o porque el procesado no cometió el delito o porque la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, o porque lleva en detención preventiva lo que habría de corresponderle como pena, por cualquiera otra de las múltiples causales sobre excarcelación.

Ante situaciones de esta índole, no sería preferible sacrificar las frías reglas del derecho para abrirle camino a los superiores mandatos de la justicia que según el Digesto, es una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo?. Se justificaría, por tanto, el que por olvido, o por ignorancia, al apelarse solo del auto que niega una reposición, se extremara el rigorismo legalista contra un procesado que desconoce los sutiles secretos de un Código, para obligarlo así a permanecer privado de su libertad hasta cuando pueda volverse a intentar otra excarcelación o un nuevo trámite que permita la apelación en debida forma?. Sería constructivo, desde el punto de vista jurídico, el que en aras de un simple formalismo que no se cumplió, se le negara la libertad a un hombre que la ha perdido en virtud de una providencia judicial viciada de error o de ignorancia, tocada de injusticia o arbitrariedad?. Desde las Sagradas Escrituras se censuró siempre para los siglos por venir dicho proceder. Y San Isidoro dijo en sus etimologías que al juez "se le hace para encargarse de juzgar, examinando y decidiendo del derecho, conforme a la justicia", pensamiento que desarrolla así José Híjar Palacios: "El juez ha de conocer, pues en el ejercicio de su profesión, necesariamente dos materias fundamentales: el derecho, para aplicarlo; la Justicia, para conformar el derecho a ella. De aquí la necesidad de que su formación sea doble: de

un lado, la jurídica; de otro, la moral. La justicia es el fin, el derecho es el medio".

No menos grave es, a nuestro juicio, el silencio procesal del superior cuando, al conocer por apelación de un proceso con enjuiciamiento contra varios sindicados, encuentra que contra el que no apeló, de haberlo hecho, se le habría revocado el auto de proceder, por falta de mérito para ello. De llegarse a una situación tan particular, ninguna consideración de orden legal debiera prevalecer para impedir un pronunciamiento. Por el contrario, sabiéndose juez de la segunda instancia, nada debiera inhibirle la revocación oficiosa del enjuiciamiento contra el inocente, como, por ejemplo, en un homicidio, por la culpa de un indolente defensor de oficio que no apeló, se podría confirmar la providencia con los que sí apelaron, quedando sometida a quel a los azares de una audiencia pública, al riesgo de un error judicial si se condena, sabiendo el superior según las constancias procesales, que está libre de toda culpabilidad? A qué principios se les estaría rindiendo culto aquí? Por una obediencia ciega a la ley? Por acatamiento servil a la norma escrita? Contra este criterio de aplicación odiosa a la ley nos llega la imprecación lapidaria de hace dos mil años: "Estáis pendientes del detalle minúsculo de la ley y olvidáis cosas más graves de la misma: el justo juicio, la misericordia y la buena fé".

Por último, el artículo 466, cuyo análisis precede, dice que "los autos que se dicten para conceder y tramitar este recurso no se no-

tificarán y serán de inmediato cumplimiento". Con esta norma especial, encaminada a abreviar al máximo el trámite del recurso de apelación, correspondiente a liberar la orden de libertad al inferior que estaba con la orden de detención, se pretendió, de otra parte omitir las dilatorias notificaciones que para este caso resultarían si se aplicaran las normas generales que al respecto traen los artículos 180 y siguientes de la ley procesal. Con fundamento en estas, se exigiría, en primer lugar, que de todo auto que se dicte en relación con una persona detenida, se le debe notificar personalmente dentro de los dos días siguientes a la fecha de la providencia, se les hará la notificación por estado, según las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Todo lo

cual no haría sino demorar inutilmente por semanas y, en ocasiones, hasta por meses, sin beneficio para nadie, la culminación de este recurso. De ahí las benéficas innovaciones en el contenido integral del artículo 466 vigente."

En efecto, cuando, por ejemplo, la Sala Penal de un Tribunal Superior revocaba un auto de detención o concedía la libertad provisional, bastaba que el representante de la parte civil interpusiera un recurso de reposición para que así quedara suspenso el superior revoque un auto de detención o conceda la libertad provisional caucionada, expedirá él mismo la orden para que se cumpla la medida en favor del detenido o de los detenidos, sin esperar la ejecución de dicha providencia".

Las convenientes provisiones de este artículo, están inspiradas en elementales principios de lógica procesal y de prontitud en la justicia, directrices estas que habían naufragado con el artículo 51 del Decreto 1358 de 1.964, y el 33 de la Ley 16 de 1.968. Con el

tante de unos intereses privados, prevalecía sobre el interés público consignado en la decisión del más alto tribunal de justicia en lo departamental. La posterior en el proceso, lo mismo que para afianzar la garantía de la ejecución de la sentencia condenatoria si hubiera y lo más paradójico de todo esto era que los efectos del auto de detención muchas veces decaían ante el Superior porque al pronunciarlo se había hecho una forzada interpretación de las pruebas o una equivocada evaluación de los indicios para detener, y en consecuencia, el imputado no podía quedar librado de la amenaza y el peligro de que aquella misma situación se repitiera con el nuevo auto de detención y frente a las "nuevas pruebas". Pero no obstante haber sido pocos los casos que se presentaban sobre ese particular, ello justificó, con sobradas razones, la rotunda erradicación de dichos principios en la ley procesal vigente, la que en este punto acogió en parte la prescripción del artículo 33 de la Ley 16 de 1.968, en el sentido de que el mismo superior que conoció del recurso, es quien debe expedir la orden de libertad. Y por las razones que ya se han aducido se prescindió de llevar al nuevo Código la misma exigencia del artículo antes citado, cuando dispone que la libertad por el Superior solo se producirá "inmediatamente que esté ejecutoriada la providencia", que era lo mismo del Decreto 1358 de 1.964. "ca puedan resultar favorecidos los más

temibles delinquentes que están en condiciones de satisfacer las exigencias de las cauciones, que quitan, al estar sindicados de delitos menos graves, carecen de los suficientes recursos económicos para avalar su libertad.

5.4 CAUCIONES PARA LA EXCARCELACION.
Como quiera 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 ha 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 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 liberalidad la excarcelación aún para los delitos más graves, por la alta cuantía que se acostumbra fijar para la fianza, en la práctica pueden resultar 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 pueden 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 la tesis antagónica, 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 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 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 artículo 459, se concederá exclusivamente a los absueltos en primera instancia; a quienes haya amparado la aplicación del artículo, 163 del Procedimiento Penal, y a quienes con dos declaraciones de testigos honorables comprueben, 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 tiene 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, sobreseído definitivamente, o a alguien en cuyo favor se hubiere 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 el 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 pudieron otorgarla, se salva 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 a los ricos sobre los pobres, anda que el sindicado no puede obtener su libertad, pero así tener el juez mucho más tiempo para.

Además de la anterior, tenemos también las cauciones hipotecarias, prendarias, 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 Chichizola, "en todos los casos debe atenderse muy especialmente a la posición económica o medio de vida del procesado, para no exigir una caución imposible, haciendo ilusoria la excarcelación, pues el imponer al imputado que carece de fortuna y tiene escasos recursos una fianza cuantiosa, importa tanto como ne-

garle la libertad por la imposibilidad de cumplir la obligación requerida como condición para disfrutar de ella". Es el derecho a la excarcelación...

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 protuberante deslealtad 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 consideración a la 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 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 fé podría tildarse la conducta del juez, si para darse un plazo superior con el fin de declarar

rar contraevidente el veredicto, impusiera una fianza superior a la capacidad económica del procesado, para impedirle el derecho a la excarcelación...".

"Momento de la Libertad bajo Fianza.- Es apenas lógico que cuando se trate de una libertad provisional, esta solo se haga efectiva luego de suscribirse la diligencia de caución, como simplemente lo exige el artículo 462. Por lo demás, en esta norma se atempera la onoridad de la fianza hipotecaria, cuando se exige el registro de la escritura pública correspondiente dentro de las veinticuatro horas al recibo de la copia, so pena, para el registrador, de una multa de mil pesos por cada día de demora, impuesta por el juez, al tratarse de una prelación de carácter legal para permitir así la prontitud en la libertad de un hombre, era natural que para proteger dicho bien jurídico la sanción fuera rígida cuando se violare los términos de la norma".

4.5 OBLIGACIONES DEL EXCARCELADO.

El Artículo 460 del C. de P.P., establece textualmente lo siguiente:
"Art. 460.0 Obligaciones del excarcelado.- La providencia en que se conceda la excarcelación impondrá al beneficiado la obligación de residir, mientras dure el proceso, en el distrito judicial en donde este se sigue o la de no cambiar de domicilio sin autorización del juez, y presentarse periódicamente ante la autoridad que éste señale. El incumplimiento de esas obligaciones dará lugar a la revocación de

la libertad o al pago de la caución".

Al respecto Hernando Londoño Jiménez expone lo siguiente: "Como entre las obligaciones que adquiere dentro de la diligencia de fianza, está la de presentarse ante la autoridad correspondiente, bien cuando como consecuencia de la investigación se le necesite, o periódicamente después de la excarcelación, de ser requerido por el sindicado y no cumplir el compromiso adquirido, se derivarán para él los siguientes hechos: La pérdida de la caución que hubiere ofrecido (la cual se mantendrá en depósito judicial para abonar al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción, en caso de sentencia condenatoria, Art. 461, y revocación de la libertad o excarcelación, Art. 470, inc. 3o).

Pero como puede suceder que por cualquier circunstancia, ajena a la voluntad del procesado, a este se le dificulte presentarse en el día o plazo señalado, si concurriere dentro de los quince días siguientes al requerimiento o fecha de presentación y comprobare con justa causa su impedimento para hacerlo antes, se revocará la providencia que se hubiere dictado en lo referente a la pérdida de la caución y se le pondrá en libertad provisional mediante ratificación de la garantía (Art. 464), previsión esta que no podía faltar en la ley procesal, pues entrañaría una verdadera injusticia deducir consecuencias tan desfavorables para el sindicado, por el solo hecho del incumplimiento de su obligación, cuando bien una fuerza mayor pudo impedirlo, o porque ante lo imprevisto de la citación, las circunstancias de tiempo y lugar en que se hallaba lo imposibilitaron para recibir o-

portunamente el llamado judicial.

Aquí conviene especial hincapié sobre ciertas perjudiciales e inútiles costumbres de comprometer al sindicado a presentarse indefinidamente ante los despachos judiciales, luego de concederles la excarcelación.

5. PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION Y REVOCACION

DE LA EXCARCELACION

Esta viciosa práctica ha provocado con toda razón la censura de que es un verdadero atentado contra la libertad del individuo. Y ello es cierto, si se tiene en cuenta que de todas maneras constituye un gravamen a la libertad personal, el hecho de que durante meses y hasta por años se mantenga sobre un ciudadano la coacción de la ley y la amenaza judicial de la pérdida de la libertad, si no se cumple las periódicas presentaciones. Con esto, además, se restringe la libertad de locomoción, a lo menos para fuera del país, aparte de incidir

también en la continuidad de las ocupaciones laborales. Sería por ello conveniente en extensión se aplicara el último inciso del Art. 437, el cual dispone que las presentaciones del sindicado no podrán prolongarse por más de dos meses, y que cuando se hagan, sea de preferencia en días y horas que causen la menor alteración posible en las actividades laborales del procesado.

Art. 446.- Exclusión del beneficio en tentativas y delitos frustrados. Las tentativas y los delitos frustrados quedan excluidos del beneficio de excarcelación en los mismos casos en que no lo tienen los

infracciones consumadas.

Art. Prohibición de excarcelar a quienes se hallen gozando de este beneficio por delito doloso. Quienes sean punariados por un delito doloso mientras estén gozando de excarcelación por otro de la misma

6. PROHIBICIONES SOBRE EXCARCELACION Y REVOCACION DE LA EXCARCELACION

Hernando Londoño Jiménez, al comentar estas normas expresa lo siguiente: El Código de Procedimiento Penal Colombiano, establece en sus artículos: "Una posición disidente opuesta a la del aparato anterior, los 467, 468 y 469, la prohibición de excarcelar a los sindicados, condenados o anteriormente sindicados, en los delitos frustrados o tentativas, y aquellos que se hallen gozando del beneficio de libertad por otro delito doloso. Para mayor ilustración transcribimos los textos completos así:

"Art. 467.- Prohibición de excarcelar a condenados y a sujetos anteriormente sindicados. 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.

Art. 468.- Exclusión del beneficio en tentativas y delitos frustrados. Las tentativas y los delitos frustrados quedan excluidos del beneficio de excarcelación en los mismos casos en que no lo tienen las

infracciones consumadas.

Art. Prohibición de excarcelar a quienes se hallen gozando de este beneficio por delito doloso. Quienes sean sumariados por un delito doloso mientras estén gozando de excarcelación por otro de la misma naturaleza, no tendrán derecho a este beneficio en el proceso que se adelante por el nuevo delito".

Hernando Londoño Jiménez, al comentar estas normas expresa lo siguiente: "... Una posición diamante opuesta a la del aparato anterior, (se refiere a la tesis que se opone a la excarcelación que comenta en su libro anteriormente citado) sería la excarcelación general para toda clase de sindicados, lo que nos sería en manera alguna convenientes 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".

Al analizar el artículo 467 dice: "Analicemos por parte 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.

habría sido una posición extrema de la ley, como lo fue la anterior condenada hace diez años por un abuso de confianza, o el caso inver- en esta materia.

Se trata, por tanto, de prohibir la excarcelación para el reinciden- te, sin que la ley procesal ni la penal hayan distinguido entre rein- cidencia genérica y específica, propia e 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 Artículo 34 del C.P., (este hablaba de la reincidencia, es de eno- tar que en el anterior Código Penal, se la tenía en cuenta para fijar la menor o mayor peligrosidad del sindicado y su tendencia a delin- quier, hoy en el nuevo C. P. vigente, se extinguió la reincidencia como motivo para aumentar la sanción penal), ya que en este se cumple el fenómeno jurídico "siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurrido diez años de ejecutoriada la condena", al paso que en el procesal, para los efectos que se analizan, la reinciden- cia se refiere a la condena "durante los diez años anteriores a la petición de 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 in- capacidad menor de quince días, por lo cual tendría derecho a la li- bertad provisional, se le niega esta por el solo hecho de habersele

No obstante, Carrara mismo desestimo que este juicio pudiera ser condenado hace diez años por un abuso de confianza, o el caso inverso; se declara inadmisibile 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 especifica y no la genérica, estarían todavia más atemperadas las consecuencias desfavorables de la norma. Por ello, de cierta manera, el Código anterior fue menos drástico, porque aun cuando no fijó límites algunos en el tiempo a la condena anterior, taxativamente señalo 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 la cual se puede recibir un sobreseimiento o una absolución.

De la recaída en el delito, para efecto de una declaratoria de reincidencia, solo puede dar fé una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. Mientras tanto apenas existiría 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 en cuenta la ligereza con que los funcionarios de las cárceles declaran a derecho penal, cuando dijo: "En vano los moralistas declaran contra la mayor perversidad del reincidente, pues el derecho penal, juez competente de la maldad de un acto, no puede mirar la maldad del hombre, sino traspasando sus límites..."

no trascendieron procesalmente, como cuando después de una indagatoria. Tampoco procede la excarcelación, cuando durante los diez años anteriores a la solicitud, registre el acusado tres o más sindicaciones por delitos intencionales, aquí conviene saber en qué sentido los cargos que provocaron aquellas sindicaciones. Para este caso, obviamente se debe apreciar esas tres sindicaciones. Para este caso, obviamente no podría ser válida la exigencia de que sobre ellas hubiera 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 en todos tres procesos hubiere recaído providencias 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 concluido con un sobreseimiento definitivo, sentencia absolutoria o cesación de procedimiento, es lógico deducir que esta sindicación ya es intrascendente, porque ya desapareció toda pretensión de punibilidad sobre ella y, por consiguiente, al no quedar vigente sino dos, procedería legalmente la excarcelación.

Exceptuase de la anterior prohibición, quienes hubieran sufrido una condena dentro de las circunstancias de los artículos 27, 28 y 29 de la nueva ley procesal si se tiene en cuenta el inciso primero del artículo 35 del Código Penal y el inciso primero del artículo 36 del mismo.

en cuenta la ligereza con que los funcionarios de instrucción proceden a la recepción de las indagatorias. Y si por principio no nos hemos adheridos rotundamente a la orientación de prohibir la excarcelación cuando se tiene una condena anterior, con mayor razón si el antecedente es apenas una simple sindicación; sindicaciones que no trascendieron procesalmente, como cuando después de una indagatoria se deja en libertad al inculcado, por considerar que sus explicaciones fueron ampliamente favorables a la desvirtuación de los cargos que provocaron aquellas medidas. 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 atiende a los imponderables postulados de la justicia, más que a la ciega servidumbre de la ley.

Como mínimo, no se debió haber generalizado el concepto de sindicación a toda la extensa gama de los delitos intencionales, sino haber establecido algunas excepciones, por lo menos aquellas que, según el Art. 35 del Código Penal, están por fuera de la calificación de reincidencia por condena anterior. Fieles a este principio, presentamos el siguiente artículo a la consideración del Comité de Reforma, pero que, como se verá, estaba referido exclusivamente a las condenas anteriores, y no a las meras sindicaciones.

"Exceptuase de la anterior prohibición, quienes hubieran sufrido condenas dentro de las circunstancias de los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal y el inciso segundo del artículo tercero del De-

Decreto 1858 de 1.951, lo mismo que por delitos culposos, los delitos políticos cometidos sin homicidio, incendio, saqueo o robo o quienes hubieran recibido la gracia del indulto". Artículo 163 del Código de P. P., el sobreseimiento definitivo, la sentencia absolutoria. Además, las normas antes citadas corresponden a los delitos cometidos en exceso de legítima defensa, en estado de ira e intenso dolor, por grave e injusta provocación, contra la propiedad y peculado, y cuando en estas dos últimas circunstancias se restituye en determinados momentos procesales el objeto que fue materia del delito o su valor, lo se indemniza a la persona ofendida por los perjuicios que se le hubieran ocasionado. Artículo 167 del Código de P. P.

Aquel proyecto de artículo, que en buena parte recogía las modalidades delictivas del artículo 35 del Código Penal, estaba inspirado en las siguientes razones: La primera, porque si desde el punto de vista de la pena, aquel Código había sido especialmente indulgente, este mismo tratamiento debería recibirse en la ley procesal; y la segunda, por lo absurdo y paradójico que resulta tener en cuenta una simple sindicación por alguno de tales delitos, a fin de prohibir por esto la excarcelación, cuando la condena por uno de ellos no permite siquiera la calificación de reincidencia. Lo que se pretendía entonces, era la armonía jurídica entre los dos ordenamientos, y en este la razón por la cual sería monstruosamente injusto negar la excarcelación por la razón que trae el artículo 467, (transcrito al principio) no puede entenderse en un sentido absoluto. Ella debe considerarse referida a los casos que estando prevista la excarcelación,

no desaparece posteriormente los motivos que sirvieron para fundamen-
tar el auto sobre privación de la libertad. Y estos motivos desapare-
cen cuando se dicta la providencia del artículo 163 del Código de P.
P., el sobreseimiento definitivo, la sentencia absolutoria. Además,
con una razonable y lógica adecuación a las normas vigentes, tampoco
podrían quedar incluidas en las prohibiciones las situaciones en que
el procesado hubiere sufrido ya en detención preventiva un tiempo i-
gual al que pudiere corresponderle como pena privativa de la liber-
tad, o cuando hubiere sido favorecido con un sobreseimiento temporal
o hubiere transcurrido los términos legales sin haberse producido la
calificación del negocio. artículo 467 que se analiza, caben dentro
de las previsiones del artículo 30 del Código Penal, no existirá
Porque sería absurdo que por el solo hecho de tener una condena o
tres sindicaciones anteriores dentro del tiempo previsto por la nor-
ma, no se pudiera obtener la libertad en un nuevo proceso, en caso
de declararse en este, así sea apenas en primera instancia, que el
hecho imputado no ha existido, o que la ley no lo considera como in-
fracción penal, o que la acción penal no puede iniciarse o proseguir-
se, o que obró dentro de alguno de los casos de exclusión de la cul-
pabilidad o de la antijuricidad o porque no existe mérito alguno para
llamarlo a juicio. En todos estos casos, ya se ha producido una clara
modificación de la situación jurídica en favor del inculcado, y es
esta la razón por la cual sería monstruosamente injusto negar la ex-
carcelación. Significaría que se le niega únicamente por su pasado
judicial y no por el nuevo proceso. 10, 20, 30, 40, 50, 60, 70, 80, 90, 100, 110, 120, 130, 140, 150, 160, 170, 180, 190, 200, 210, 220, 230, 240, 250, 260, 270, 280, 290, 300, 310, 320, 330, 340, 350, 360, 370, 380, 390, 400, 410, 420, 430, 440, 450, 460, 470, 480, 490, 500, 510, 520, 530, 540, 550, 560, 570, 580, 590, 600, 610, 620, 630, 640, 650, 660, 670, 680, 690, 700, 710, 720, 730, 740, 750, 760, 770, 780, 790, 800, 810, 820, 830, 840, 850, 860, 870, 880, 890, 900, 910, 920, 930, 940, 950, 960, 970, 980, 990, 1000, 1010, 1020, 1030, 1040, 1050, 1060, 1070, 1080, 1090, 1100, 1110, 1120, 1130, 1140, 1150, 1160, 1170, 1180, 1190, 1200, 1210, 1220, 1230, 1240, 1250, 1260, 1270, 1280, 1290, 1300, 1310, 1320, 1330, 1340, 1350, 1360, 1370, 1380, 1390, 1400, 1410, 1420, 1430, 1440, 1450, 1460, 1470, 1480, 1490, 1500, 1510, 1520, 1530, 1540, 1550, 1560, 1570, 1580, 1590, 1600, 1610, 1620, 1630, 1640, 1650, 1660, 1670, 1680, 1690, 1700, 1710, 1720, 1730, 1740, 1750, 1760, 1770, 1780, 1790, 1800, 1810, 1820, 1830, 1840, 1850, 1860, 1870, 1880, 1890, 1900, 1910, 1920, 1930, 1940, 1950, 1960, 1970, 1980, 1990, 2000, 2010, 2020, 2030, 2040, 2050, 2060, 2070, 2080, 2090, 2100, 2110, 2120, 2130, 2140, 2150, 2160, 2170, 2180, 2190, 2200, 2210, 2220, 2230, 2240, 2250, 2260, 2270, 2280, 2290, 2300, 2310, 2320, 2330, 2340, 2350, 2360, 2370, 2380, 2390, 2400, 2410, 2420, 2430, 2440, 2450, 2460, 2470, 2480, 2490, 2500, 2510, 2520, 2530, 2540, 2550, 2560, 2570, 2580, 2590, 2600, 2610, 2620, 2630, 2640, 2650, 2660, 2670, 2680, 2690, 2700, 2710, 2720, 2730, 2740, 2750, 2760, 2770, 2780, 2790, 2800, 2810, 2820, 2830, 2840, 2850, 2860, 2870, 2880, 2890, 2900, 2910, 2920, 2930, 2940, 2950, 2960, 2970, 2980, 2990, 3000, 3010, 3020, 3030, 3040, 3050, 3060, 3070, 3080, 3090, 3100, 3110, 3120, 3130, 3140, 3150, 3160, 3170, 3180, 3190, 3200, 3210, 3220, 3230, 3240, 3250, 3260, 3270, 3280, 3290, 3300, 3310, 3320, 3330, 3340, 3350, 3360, 3370, 3380, 3390, 3400, 3410, 3420, 3430, 3440, 3450, 3460, 3470, 3480, 3490, 3500, 3510, 3520, 3530, 3540, 3550, 3560, 3570, 3580, 3590, 3600, 3610, 3620, 3630, 3640, 3650, 3660, 3670, 3680, 3690, 3700, 3710, 3720, 3730, 3740, 3750, 3760, 3770, 3780, 3790, 3800, 3810, 3820, 3830, 3840, 3850, 3860, 3870, 3880, 3890, 3900, 3910, 3920, 3930, 3940, 3950, 3960, 3970, 3980, 3990, 4000, 4010, 4020, 4030, 4040, 4050, 4060, 4070, 4080, 4090, 4100, 4110, 4120, 4130, 4140, 4150, 4160, 4170, 4180, 4190, 4200, 4210, 4220, 4230, 4240, 4250, 4260, 4270, 4280, 4290, 4300, 4310, 4320, 4330, 4340, 4350, 4360, 4370, 4380, 4390, 4400, 4410, 4420, 4430, 4440, 4450, 4460, 4470, 4480, 4490, 4500, 4510, 4520, 4530, 4540, 4550, 4560, 4570, 4580, 4590, 4600, 4610, 4620, 4630, 4640, 4650, 4660, 4670, 4680, 4690, 4700, 4710, 4720, 4730, 4740, 4750, 4760, 4770, 4780, 4790, 4800, 4810, 4820, 4830, 4840, 4850, 4860, 4870, 4880, 4890, 4900, 4910, 4920, 4930, 4940, 4950, 4960, 4970, 4980, 4990, 5000, 5010, 5020, 5030, 5040, 5050, 5060, 5070, 5080, 5090, 5100, 5110, 5120, 5130, 5140, 5150, 5160, 5170, 5180, 5190, 5200, 5210, 5220, 5230, 5240, 5250, 5260, 5270, 5280, 5290, 5300, 5310, 5320, 5330, 5340, 5350, 5360, 5370, 5380, 5390, 5400, 5410, 5420, 5430, 5440, 5450, 5460, 5470, 5480, 5490, 5500, 5510, 5520, 5530, 5540, 5550, 5560, 5570, 5580, 5590, 5600, 5610, 5620, 5630, 5640, 5650, 5660, 5670, 5680, 5690, 5700, 5710, 5720, 5730, 5740, 5750, 5760, 5770, 5780, 5790, 5800, 5810, 5820, 5830, 5840, 5850, 5860, 5870, 5880, 5890, 5900, 5910, 5920, 5930, 5940, 5950, 5960, 5970, 5980, 5990, 6000, 6010, 6020, 6030, 6040, 6050, 6060, 6070, 6080, 6090, 6100, 6110, 6120, 6130, 6140, 6150, 6160, 6170, 6180, 6190, 6200, 6210, 6220, 6230, 6240, 6250, 6260, 6270, 6280, 6290, 6300, 6310, 6320, 6330, 6340, 6350, 6360, 6370, 6380, 6390, 6400, 6410, 6420, 6430, 6440, 6450, 6460, 6470, 6480, 6490, 6500, 6510, 6520, 6530, 6540, 6550, 6560, 6570, 6580, 6590, 6600, 6610, 6620, 6630, 6640, 6650, 6660, 6670, 6680, 6690, 6700, 6710, 6720, 6730, 6740, 6750, 6760, 6770, 6780, 6790, 6800, 6810, 6820, 6830, 6840, 6850, 6860, 6870, 6880, 6890, 6900, 6910, 6920, 6930, 6940, 6950, 6960, 6970, 6980, 6990, 7000, 7010, 7020, 7030, 7040, 7050, 7060, 7070, 7080, 7090, 7100, 7110, 7120, 7130, 7140, 7150, 7160, 7170, 7180, 7190, 7200, 7210, 7220, 7230, 7240, 7250, 7260, 7270, 7280, 7290, 7300, 7310, 7320, 7330, 7340, 7350, 7360, 7370, 7380, 7390, 7400, 7410, 7420, 7430, 7440, 7450, 7460, 7470, 7480, 7490, 7500, 7510, 7520, 7530, 7540, 7550, 7560, 7570, 7580, 7590, 7600, 7610, 7620, 7630, 7640, 7650, 7660, 7670, 7680, 7690, 7700, 7710, 7720, 7730, 7740, 7750, 7760, 7770, 7780, 7790, 7800, 7810, 7820, 7830, 7840, 7850, 7860, 7870, 7880, 7890, 7900, 7910, 7920, 7930, 7940, 7950, 7960, 7970, 7980, 7990, 8000, 8010, 8020, 8030, 8040, 8050, 8060, 8070, 8080, 8090, 8100, 8110, 8120, 8130, 8140, 8150, 8160, 8170, 8180, 8190, 8200, 8210, 8220, 8230, 8240, 8250, 8260, 8270, 8280, 8290, 8300, 8310, 8320, 8330, 8340, 8350, 8360, 8370, 8380, 8390, 8400, 8410, 8420, 8430, 8440, 8450, 8460, 8470, 8480, 8490, 8500, 8510, 8520, 8530, 8540, 8550, 8560, 8570, 8580, 8590, 8600, 8610, 8620, 8630, 8640, 8650, 8660, 8670, 8680, 8690, 8700, 8710, 8720, 8730, 8740, 8750, 8760, 8770, 8780, 8790, 8800, 8810, 8820, 8830, 8840, 8850, 8860, 8870, 8880, 8890, 8900, 8910, 8920, 8930, 8940, 8950, 8960, 8970, 8980, 8990, 9000, 9010, 9020, 9030, 9040, 9050, 9060, 9070, 9080, 9090, 9100, 9110, 9120, 9130, 9140, 9150, 9160, 9170, 9180, 9190, 9200, 9210, 9220, 9230, 9240, 9250, 9260, 9270, 9280, 9290, 9300, 9310, 9320, 9330, 9340, 9350, 9360, 9370, 9380, 9390, 9400, 9410, 9420, 9430, 9440, 9450, 9460, 9470, 9480, 9490, 9500, 9510, 9520, 9530, 9540, 9550, 9560, 9570, 9580, 9590, 9600, 9610, 9620, 9630, 9640, 9650, 9660, 9670, 9680, 9690, 9700, 9710, 9720, 9730, 9740, 9750, 9760, 9770, 9780, 9790, 9800, 9810, 9820, 9830, 9840, 9850, 9860, 9870, 9880, 9890, 9900, 9910, 9920, 9930, 9940, 9950, 9960, 9970, 9980, 9990, 10000, 10010, 10020, 10030, 10040, 10050, 10060, 10070, 10080, 10090, 10100, 10110, 10120, 10130, 10140, 10150, 10160, 10170, 10180, 10190, 10200, 10210, 10220, 10230, 10240, 10250, 10260, 10270, 10280, 10290, 10300, 10310, 10320, 10330, 10340, 10350, 10360, 10370, 10380, 10390, 10400, 10410, 10420, 10430, 10440, 10450, 10460, 10470, 10480, 10490, 10500, 10510, 10520, 10530, 10540, 10550, 10560, 10570, 10580, 10590, 10600, 10610, 10620, 10630, 10640, 10650, 10660, 10670, 10680, 10690, 10700, 10710, 10720, 10730, 10740, 10750, 10760, 10770, 10780, 10790, 10800, 10810, 10820, 10830, 10840, 10850, 10860, 10870, 10880, 10890, 10900, 10910, 10920, 10930, 10940, 10950, 10960, 10970, 10980, 10990, 11000, 11010, 11020, 11030, 11040, 11050, 11060, 11070, 11080, 11090, 11100, 11110, 11120, 11130, 11140, 11150, 11160, 11170, 11180, 11190, 11200, 11210, 11220, 11230, 11240, 11250, 11260, 11270, 11280, 11290, 11300, 11310, 11320, 11330, 11340, 11350, 11360, 11370, 11380, 11390, 11400, 11410, 11420, 11430, 11440, 11450, 11460, 11470, 11480, 11490, 11500, 11510, 11520, 11530, 11540, 11550, 11560, 11570, 11580, 11590, 11600, 11610, 11620, 11630, 11640, 11650, 11660, 11670, 11680, 11690, 11700, 11710, 11720, 11730, 11740, 11750, 11760, 11770, 11780, 11790, 11800, 11810, 11820, 11830, 11840, 11850, 11860, 11870, 11880, 11890, 11900, 11910, 11920, 11930, 11940, 11950, 11960, 11970, 11980, 11990, 12000, 12010, 12020, 12030, 12040, 12050, 12060, 12070, 12080, 12090, 12100, 12110, 12120, 12130, 12140, 12150, 12160, 12170, 12180, 12190, 12200, 12210, 12220, 12230, 12240, 12250, 12260, 12270, 12280, 12290, 12300, 12310, 12320, 12330, 12340, 12350, 12360, 12370, 12380, 12390, 12400, 12410, 12420, 12430, 12440, 12450, 12460, 12470, 12480, 12490, 12500, 12510, 12520, 12530, 12540, 12550, 12560, 12570, 12580, 12590, 12600, 12610, 12620, 12630, 12640, 12650, 12660, 12670, 12680, 12690, 12700, 12710, 12720, 12730, 12740, 12750, 12760, 12770, 12780, 12790, 12800, 12810, 12820, 12830, 12840, 12850, 12860, 12870, 12880, 12890, 12900, 12910, 12920, 12930, 12940, 12950, 12960, 12970, 12980, 12990, 13000, 13010, 13020, 13030, 13040, 13050, 13060, 13070, 13080, 13090, 13100, 13110, 13120, 13130, 13140, 13150, 13160, 13170, 13180, 13190, 13200, 13210, 13220, 13230, 13240, 13250, 13260, 13270, 13280, 13290, 13300, 13310, 13320, 13330, 13340, 13350, 13360, 13370, 13380, 13390, 13400, 13410, 13420, 13430, 13440, 13450, 13460, 13470, 13480, 13490, 13500, 13510, 13520, 13530, 13540, 13550, 13560, 13570, 13580, 13590, 13600, 13610, 13620, 13630, 13640, 13650, 13660, 13670, 13680, 13690, 13700, 13710, 13720, 13730, 13740, 13750, 13760, 13770, 13780, 13790, 13800, 13810, 13820, 13830, 13840, 13850, 13860, 13870, 13880, 13890, 13900, 13910, 13920, 13930, 13940, 13950, 13960, 13970, 13980, 13990, 14000, 14010, 14020, 14030, 14040, 14050, 14060, 14070, 14080, 14090, 14100, 14110, 14120, 14130, 14140, 14150, 14160, 14170, 14180, 14190, 14200, 14210, 14220, 14230, 14240, 14250, 14260, 14270, 14280, 14290, 14300, 14310, 14320, 14330, 14340, 14350, 14360, 14370, 14380, 14390, 14400, 14410, 14420, 14430, 14440, 14450, 14460, 14470, 14480, 14490, 14500, 14510, 14520, 14530, 14540, 14550, 14560, 14570, 14580, 14590, 14600, 14610, 14620, 14630, 14640, 14650, 14660, 14670, 14680, 14690, 14700, 14710, 14720, 14730, 14740, 14750, 14760, 14770, 14780, 14790, 14800, 14810, 14820, 14830, 14840, 14850, 14860, 14870, 14880, 14890, 14900, 14910, 14920, 14930, 14940, 14950, 14960, 14970, 14980, 14990, 15000, 15010, 15020, 15030, 15040, 15050, 15060, 15070, 15080, 15090, 15100, 15110, 15120, 15130, 15140, 15150, 15160, 15170, 15180, 15190, 15200, 15210, 15220, 15230, 15240, 15250, 15260, 15270, 15280, 15290, 15300, 15310, 15320, 15330, 15340, 15350, 15360, 15370, 15380, 15390, 15400, 15410, 15420, 15430, 15440, 15450, 15460, 15470, 15480, 15490, 15500, 15510, 15520, 15530, 15540, 15550, 15560, 15570, 15580, 15590, 15600, 15610, 15620, 15630, 15640, 15650, 15660, 15670, 15680, 15690, 15700, 15710, 15720, 15730, 15740, 15750, 15760, 15770, 15780, 15790, 15800, 15810, 15820, 15830, 15840, 15850, 15860, 15870, 15880, 15890, 15900, 15910, 15920, 15930, 15940, 15950, 15960, 15970, 15980, 15990, 16000, 16010, 16020, 16030, 16040, 16050, 16060, 16070, 16080, 16090, 16100, 16110, 16120, 16130, 16140, 16150, 16160, 16170, 16180, 16190, 16200, 16210, 16220, 16230, 16240, 16250, 16260, 16270, 16280, 16290, 16300, 16310, 16320, 16330, 16340, 16350, 16360, 16370, 16380, 16390, 16400, 16410, 16420, 16430, 16440, 16450, 16460, 16470, 16480, 16490, 16500, 16510, 16520, 16530, 16540, 16550, 16560, 16570, 16580, 16590, 16600, 16610, 16620, 16630, 16640, 16650, 16660, 16670, 16680, 16690, 16700, 16710, 16720, 16730, 16740, 16750, 16760, 16770, 16780, 16790, 16800, 16810, 16820, 16830, 16840, 16850, 16860, 16870, 16880, 16890, 16900, 16910, 16920, 16930, 16940, 16950, 16960, 16970, 16980, 16990, 17000, 17010, 17020, 17030, 17040, 17050, 17060, 17070, 17080, 17090, 17100, 17110, 17120, 17130, 17140, 17150, 17160, 17170, 17180, 17190, 17200, 17210, 17220, 17230, 17240, 17250, 17260, 17270, 17280, 17290, 17300, 17310, 17320, 17330, 17340, 17350, 17360, 17370, 17380, 17390, 17400, 17410, 17420, 17430, 17440, 17450, 17460, 17470, 17480, 17490, 17500, 17510, 17520, 17530, 17540, 17550, 17560, 17570, 17580, 17590, 17600, 17610, 17620, 17630, 17640, 17650, 17660, 17670, 17680, 17690, 17700, 17710, 17720, 17730, 17740, 17750, 17760, 17770, 17780, 17790, 17800, 17810, 17820, 17830, 17840, 17850, 17860, 17870, 17880, 17890, 17900, 17910, 17920, 17930, 17940, 17950, 17960, 17970, 17980, 17990, 18000, 18010, 18020, 18030, 18040, 18050, 18060, 18070, 18080, 18090, 18100, 18110, 18120, 18130, 18140, 18150, 18160, 18170, 18180, 18190, 18200, 18210, 18220, 18230, 18240, 18250, 18260, 18270, 18280, 18290, 18300, 18310, 18320, 18330, 18340, 18350, 18360, 18370, 18380, 18390, 18400, 18410, 18420, 18430, 18440, 18450, 18460, 18470, 18480, 18490, 18500, 18510, 18520, 18530, 18540, 18550, 18560, 18570, 18580, 18590, 186

En cambio, cuando el principio de prueba considerado para detener se mantiene en su oportunidad dentro del proceso, allí debe funcionar la prohibición excarcelatoria. Y con mayor razón esto mismo, cuando la causal de excarcelación sea porque el procesado puede ser acreedor a los subrogados penales, pues que, conforme a los artículos 80 y 91 del Código Penal, para poder recibir los beneficios de la "condena condicional" y el "perdón judicial", se necesita, entre otras cosas, que sobre el procesado no haya recaído ninguna condena anterior por delito alguno y que su conducta anterior haya sido siempre buena. Por ello es claro que, si la "condena" o las "tres sindicaciones" previstas en el artículo 467 que se analiza, caben dentro de las previsiones del artículo 80 del Código Penal, no existirá viabilidad alguna para la libertad provisional.

En su lugar a la libertad provisional, si al momento de la nueva detención si bien es cierto, como se ha criticado, que no se hicieron expresamente estas salvedades en la norma que se estudia, por las razones anotadas creemos que los casos excepcionales tienen una insoslayable justificación. Por lo demás, como se verá adelante, la nueva ley procesal si atendió como un verdadero derecho a la excarcelación y que por ninguna razón puede perderse, cuando se presenten los fenómenos procesales a que hemos aludido antes.

En síntesis, a nuestro juicio, creemos que la prohibición del Artículo 467, referidas a las causales de excarcelación del artículo 453, incluye dentro de estos numerales, 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., (si la condena o sindicaciones anteriores hacen intrascendente el otorgamiento

de los subrogados penales) y 10, y excluye naturalmente, los números 60, 70, 80, y 90".

El mismo autor Londoño Jiménez, al analizar las prohibiciones establecidas en el artículo 469, nos dice: "... Otra prohibición nos trae el artículo 469, cuando dispone que quienes sean sumariados por un delito doloso mientras estén gozando de la excarcelación por otro de la misma naturaleza, no tendrán derecho a este beneficio en el proceso que se adelante por el nuevo delito.

En el Código anterior (Art. 408) no se hacía ninguna diferencia en torno a la naturaleza del delito nuevo ni tampoco a la de aquel en que no estuviera disfrutando de la excarcelación. Así no había en ese entonces lugar a la libertad provisional, si al momento de la nueva detención se estaba disfrutando de una excarcelación por delito culposo; y viceversa, tampoco procedía si la nueva detención era por delito culposo, o era una misma en el anterior delito y en el nuevo. Pero la ley vigente quiso atemperar este rigorismo; así, para la citada prohibición exigió que tanto el delito por el cual hubo excarcelación, como el nuevo por el cual se detiene preventivamente, fueran dolosos, resultaba ciertamente exagerado en la legislación anterior, el que verbigrata, por haberse cometido un delito de lesiones culposas con una incapacidad apenas de 15 días, no se pudiera obtener la excarcelación en dicho caso, en virtud de que el procesado estaba en ese momento gozando de una excarcelación por un abuso de confianza, u otro delito de lesiones con la misma incapacidad.

Desde luego, este criterio de la ley procesal en ningún momento nos ha parecido justo, pero ha sido la orientación que invariablemente ha tenido el legislador. Esta posición podría defenderse con el argumento de que quien se haya aprovechado de una excarcelación para cometer un nuevo delito, no merece que por este se le conceda también la libertad provisional, ya que el espíritu de las normas es siempre el de exigirle al excarcelado un irreprochable comportamiento. Lo que sucede es que la realidad sobre la comisión de un nuevo delito y la cierta culpabilidad de su autor, solo se establecen a través de sentencias condenatorias que hayan hecho tránsito a cosa juzgada. Mientras tanto, el procesado permanece a la expectativa de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria dentro del negocio por el cual se encuentra excarcelado. Entonces, al hallarse ante dichas posibilidades, no es lógico ni justo que por el solo hecho de la excarcelación que disfruta, se le niegue esta dentro del nuevo proceso.

de estas cuatro fórmulas propuestas, se eligió la primera, que de ver- Como consecuencia de las inquietudes anteriores, propusimos las siguientes fórmulas en el Comité de Reforma al Procedimiento Penal:

Pero aquí cabe observar igualmente, que la prohibición contenida en a. 408 dejar el artículo como se propone, modificando así el 408, en el sentido de que tanto el anterior sindicación como la nueva, hayan sido por el delito doloso, ya que la norma modificada no distingue;

pero disfrutar de ella por un nuevo delito de idéntica naturaleza, b. 408 suprimir, porque el hecho de una sindicación anterior, no evidencia en realidad ningún grado de peligrosidad, ya que posteriormente

puede resultar una absolución o sobreseimiento en este primer sumario. Y ante esa posibilidad, no sería justo tener en cuenta una simple sindicación anterior, para por dicho motivo, negar la excarcelación en el segundo sumario, cuando pudiese recibir aquel beneficio. Por eso tiene más lógica el artículo 41 (de la ponencia), porque aquí en el nuevo sumario, y si al hombre se le presume inocente antes de la condena definitiva, no tendría razón de ser la norma del artículo que motivamos, para agravar una situación jurídica en una sindicación nueva; alternativas que pueden presentarse como consecuencia de la actividad procesal, hacen que la situación jurídica del proceso. O se podría exigir, no ya una sola sindicación, sino dos o más, y que ello haya ocurrido dentro de determinado tiempo anterior, uno, dos o tres. provisional según las cambiantes circunstancias del proceso bien en la relación con el delito mismo o con la persona del procesado de dejarlo como está en el Código, artículo 470, en cualquier momento procesal se pueda revocar la excarcelación, bien de oficio o a requerimiento. De estas cuatro fórmulas propuestas, se eligió la primera, que de todos modos, es más favorable que la del Código anterior.

Pero aquí cabe observar igualmente, que la prohibición contenida en esta norma tampoco puede entenderse de una manera absoluta, pues también resultaría un tremendo absurdo el que por la sola circunstancia de estar gozando de la excarcelación por un delito doloso, no se pudiera disfrutar de ella por un nuevo delito de idéntica naturaleza, cuando en este último se hubiera producido, por ejemplo, cualquiera de los fenómenos procesales de los numerales 60, 70, 80 y 90. del ar-

Artículo 453. ... "ata el tiene derecho a la excarcelación, por tener pena de arresto) caso en el cual sería prisión. (Si pasare los 30 días)

Continuando los comentarios de Londoño Jiménez, transcribimos lo pertinente a la revocación de la libertad que el autor expone en los siguientes términos: también a manera de ejemplo, de la persona que habiendo sido excarcelado por un homicidio culposo, presuponiendo que por

REVOCACION DE LA EXCARCELACION. La condicional resultara luego en

contra suya alguna de las circunstancias que impiden legalmente el o

Las diferentes alternativas que pueden presentarse como consecuencia de la actividad procesal, hacen que la situación jurídica del procesado cambien 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 la relación con el delito mismo o con la persona del procesado o acusado. Así, pues, según el Artículo 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 ciertos actos procesales de significación favorable al imputado, como son todas las situaciones previstas en forma expresa

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 numeral 1o. sobre causales de excarcelación), y luego resulte que la enfermedad o incapacidad sobrepasó los quince días, (en el nuevo Código Penal vigente la incapacidad debe ser mayor de treinta días, pues cuando es

inferior a treinta si tiene derecho a la excarcelación, por tener pena de arresto) caso en el cual sería prisión. (Si pasare los 30 días)

su favor una sentencia absolutoria de primera instancia, o cuando en

b. Porque se acredite que el procesado está exceptuado de tal beneficio.

Sería el caso, también a manera de ejemplo, de la persona que ha-

biendo sido excarcelado por un homicidio culposo, presuponiendo que po-

dria ser favorecido con la condena condicional resultara luego en

contra suya alguna de las circunstancias que impiden legalmente el o-

torgamiento de dicho subrogado penal, como una condena anterior; y

cuando se le hubiere revocado la excarcelación con anterioridad por la

c. Porque el procesado viole cualquiera de las obligaciones contraí-

das en la diligencias de caución en esta caso, no podrá concedérsele

nuevamente en el mismo asunto, salvo que después apareciera alguna de

las situaciones previstas en los numerales 5o, 6o, 7o. y 9o. del Ar-

tículo 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 adquirido 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 po-

dría una ley ejercer una especie de venganza por el solo incumpli-

miento de unas obligaciones contraídas en una diligencia de caución.

Al negar una libertad provisional, cuando por ejemplo, hay mérito pa-

ra pensar que el sindicado podría más tarde resultar favorecido por

algún subrogado penal, o rechazarle así mismo la solicitud de excar-

celación 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 sobreesee, temporal o definitivamente, o existe a su favor una sentencia absolutoria de primera instancia, o cuando en el mismo grado se ha ordenado cesar todo procedimiento en su contra; etc. libertad puede revocarse en cualquier momento procesal, no causa ejecutoria sustancial, sino formal, porque puede revocarse o impugnarse. Como dentro de las prohibiciones mencionadas no figuran las del numeral octavo del artículo 453, ello se explica por las siguientes razones: porque si se tratare del primer veredicto absolutorio y al procesado se le hubiere revocado la excarcelación con anterioridad por la causal que se analiza, la oportunidad para recobrar su libertad será cuando se produzcan la sentencia absolutoria prevista ya en el numeral 7o. o cuando existe la viabilidad de cualquiera otra de las causales de excarcelación del artículo que se estudia, y si se trata del segundo veredicto, por ser este definitivo, obligatoriamente se impone la libertad inmediata, con el solo compromiso de la presentación personal para los fines ulteriores del proceso, lo que en la práctica rara vez se ha hecho necesario.

Aunque puede presentarse la situación -y es muy frecuente- que declarado contraevidente el veredicto del aquo, fuere revocado por el ad quem; en este caso, se abre camino para la sentencia absolutoria definitiva. Para esta, el procedimiento más equitativo solo puede ser el de la excarcelación por el superior, pues no se justificaría mantener una detención a sabiendas de que en todo caso la providencia absolutoria tendrá que dictarse cuando el proceso llegue al despacho

del juez de primera instancia.

Como se ha visto, el derecho a la excarcelación no constituye un principio procesal absoluto toda vez que, como lo dispone el Artículo 470, la libertad puede revocarse en cualquier momento procesal, no causa ejecutoria sustancial, sino formal, porque puede revocarse o impugnarse en cualquier momento en que aparezcan motivos legales para hacer nula su procedencia. Esta ha sido la invariable tradición jurídica entre nosotros y la orientación procesal en muchas legislaciones del mundo. Para no recordar sino la Argentina. Mario Chichizola, se refiere a tal derecho en los siguientes términos: "La libertad bajo caución es esencialmente revocable, porque la resolución que concede la excarcelación al imputado, al igual a la que se deniega no causa instancia, pudiéndose ser dejada sin efecto cuando las necesidades del proceso penal así lo requieran, ya sea porque como consecuencia de nuevas diligencias del sumario se justifica, un cambio de justificación del hecho investigado (por ejemplo, un homicidio que prima facie se creía culposos resulta que fue cometido dolosamente). O se comprueba la comisión de otros hechos delictuosos por el prevenido, cuando este deja de comparecer a las citaciones judiciales, intenta fugarse o se verifica que por sus antecedentes penales no le correspondía gozar de este beneficio, etc." (Mario Chichizola Ob. Cit. Pág. 29).

Sin embargo, hoy existe en algunos países la inclinación por llevar a sus códigos procesales, normas que prohíben la nueva encarcelación del liberado provisionalmente, mientras no se pronuncie en su contra

una sentencia condenatoria, en lo cual les asiste mucho de razón, por cuanto el procesado debe tener siquiera un mínimo derecho a la seguridad jurídica de su libertad, es decir, que no se le esté concediendo y revocando alternativamente por causa del cambiante criterio de la jurisdicción, o de la contradictoria recepción de las pruebas procesales. Simplemente, debiera obrarse esta base; si la caución prestada para poder disfrutar de la excarcelación es suficiente para garantizar la permanente vinculación por parte del imputado al proceso esto debería constituir razón para mantenerlo restituido a su libertad provisional, mientras no se le condene siquiera en primera instancia.

En el proyecto de la ley del Parlamento Italiano, y al cual nos hemos referido antes, se previó en su artículo 44, la "Prohibición de nueva detención por el mismo delito para las personas excarceladas, hasta la sentencia absolutoria".

del Código de Procedimiento Penal y Penal Colombiano, que ningún juez debe, ni puede negarlo, cuando se den las circunstancias establecidas en las normas jurídicas, ya analizadas, so pena de ser sancionados, ya sea con la suspensión del cargo o la pérdida del mismo.

7. CONCLUSIONES

Dentro de nuestra legislación, se estableció doce casos de libertad provisional. Al terminar de hacer un amplio estudio y análisis del tema: "DE LA LIBERTAD PROVISIONAL", comprendemos, que "ninguna ley procesal que se diga respetuosa de las libertades humanas, podría elaborar sus principios rectores sin antes señalar 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 simple beneficio o facultad otorgada por el juez respectivo, o como un derecho subjetivo del procesado".

Después de otorgar estos derechos, quizás, recortarlos, para algunos casos que anteriormente, fueron condonados. En el derecho antiguo, ya se establecía este principio de libertad provisional, bastaría citar solamente la Ley de las XII Tablas, en donde se dijo: "Si el acusado presenta alguno que responda por él, dejadlo libre (Mittito); que un hombre rico preste caución por un hombre rico, pero todo hombre pobre puede prestarla por un ciudadano pobre". Se cumplieron con los deberes impuestos al excarcelario, que entre ellos era el de no volver a delinquir.

En nuestra Legislación Colombiana, la libertad provisional más que un beneficio en sí, es un derecho plasmado por el legislador, dentro

del Código de Procedimiento Penal y Penal Colombiano, que ningún juez debe, ni puede negarlo, cuando se den las circunstancias establecidas en las normas jurídicas, ya analizadas, so pena de ser sancionados, ya sea con la suspensión del cargo o la pérdida del mismo. De ese principio de inocencia de donde deriva el derecho a la excarcelación, no obstante la presunción de culpabilidad que existe. Dentro de nuestra legislación, se estableció doce casos de libertad provisional, en el artículo 453 del C. de P.P., fuera de otros casos especiales, como la detención parcial en el lugar del trabajo, la suspensión de la detención preventiva, la libertad vigilada, la libertad provisional de funcionarios públicos. Los doce numerales del Artículo 453 antes citado, quedaron analizados en este texto, como un catálogo de derechos que podría hacer valer el sindicado frente al juez, para impetrar la libertad provisional.

hecho que se investiga.

Pero, el Legislador, después de otorgar estos derechos, quiso, recortarlos, para algunos sindicados que anteriormente, fueron condenados, o estuvieron sindicados por tres o más delitos; en las tentativas y delitos frustrados, y aquellas personas que se hallaren gozando del beneficio por un delito anterior. Así de esta manera se quiso limitar ese derecho a las personas que habiendo tenido la oportunidad de rehabilitarse, desafortunadamente siguieron delinquir, y no cumplieron con los deberes impuestos al excarcelarlo, que entre ellos era el de no volver a delinquir.

Al terminar este trabajo, queda con la satisfacción de haber concluido. El derecho de excarcelación se fundamenta en los principios del De-

recho Universal de la presunción de no culpabilidad hasta tanto una sentencia condenatoria en firme declare lo contrario. Vélez Mariconde enuncia el siguiente postulado: "El imputado es inocente durante la sustanciación del proceso", de lo cual dijo Rubianes: "Es justamente de ese principio de inocencia de donde deriva el derecho a la excarcelación, no obstante la presunción de culpabilidad que importa la prisión preventiva".

En la introducción de este trabajo, expuse, como ciertamente se había invertido estos principios de inocencia del sindicado, cuando el legislador en el artículo 439 del C. de P. Penal, estableció los presupuestos para dictar auto de detención, y señaló, que bastaba una declaración de un testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable penalmente del hecho que se investiga.

Pero al introducir en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, este derecho, de excarcelación, se ha redimido en parte la situación del sindicado, para que desde el momento, en que se den las circunstancias que la ley exige, pueda este gozar del beneficio, mientras dure la investigación, pero teniendo en cuenta eso sí, que tendrá que comparecer eventualmente al proceso y a la sentencia si hubiere lugar a ella.

Al terminar este trabajo, quedo con la satisfacción de entregar este material de estudio, para los estudiantes de la carrera de Dere-

cho, para los Abogados, y aún para los sindicatos que en un momento dado se encuentren en las situaciones aquí contempladas.

BIBLIOGRAFIA

ARISTOS. Diccionario ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa, S.A. Barcelona, España.

CARBANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. IV-J-D 12a, edición, revisada, actualizada y ampliada por Luis Atento Zadora y Castillo; editorial Vianorte. 1739, Buenos Aires, República de Argentina.

CAMARGO DE RODRIGUEZ, Ana Luisa. Terminología y redacción jurídica. Conferencias Universidad de Iquitos, 1.971-72.

CASTRO, José Félix. Constitución Política de Colombia; Biblioteca de Actualidad Jurídica. Bogotá, 1.978.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal Colombiano. República de Colombia, Fondo Notariorio, 1.977. Bogotá, D.C.

LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. De la Cárcera a la Excarcelación. Editorial Teoría, Bogotá, 1.974.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Teoría Bogotá, 1.975. Decimacuarta edición actualizada.

BIBLIOGRAFIA

_____. Código Penal. (Decreto 100 de 1.960). Editorial

ARISTOS. Diccionario ilustrado de la Lengua Española, Editorial Sopena, S.A. Barcelona, España.

PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal, parte general y espe-

CARBANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

IV-J-O 12a, edición, revisada, actualizada y ampliada por Luis

Alcala Zamora y Castillo; editorial Viamonte. 1739, Buenos Aires, República de Argentina.

CAMARGO DE RODRIGUEZ, Ana Luisa. Terminología y redacción jurídica. Conferencias Universidad de Naríño, 1.971-72.

CASTRO, José Félix. Constitución Política de Colombia; Biblioteca de Actualidad Jurídica. Bogotá, 1.978.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Anteproyecto del Código de Procedimiento Penal Colombiano. República de Colombia, Fondo Rotatorio, 1.977. Bogotá, D.E.

VALENCIA ZEA, Arturo. Curso de Derecho Civil Colombiano. Parte Gene-

LONDOÑO JIMENEZ, Hernando. De la Captura a la Excarcelación. Editorial Temis, Bogotá. 1.974.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal y de Procedimiento Penal. Editorial Temis Bogotá, 1.975. Decimacuarta edición actualizada.

_____. Código Penal. (Decreto 100 de 1.980). Editorial Temis, Bogotá 1.980.

PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal, parte general y especial. Tercera edición. Editorial Temis, Bogotá.

QUINTERO OSPINA, Tiberio. Práctica Forense Penal. Tomo I. Investigación Criminal. Editorial ABC. Bogotá, 1.974. Segunda edición.

_____. Práctica Forense Penal. Tomo II. Sumario y Juicio. Segunda edición. 1979.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Jurisprudencia y Doctrina. Legis Editores. 1.980. Auto de julio 8 de 1.980.

SOTO, José Vicente. Guía de Procedimiento Penal. Formulario para la aplicación del Código de Procedimiento Penal Colombiano, con todas sus reformas. Primera edición. Librería Mundial.

VALENCIA ZEA, Arturo. Curso de Derecho Civil Colombiano. Parte Gene-

ral, Tomo I Introducción al Derecho Civil. Librería Siglo XX.
Bogotá, Medellín. 1.945.