

sificado, meramente declarativo y destinado ineluctablemente al fracaso. Como dice NIKLAS LUHMAN: "...visto políticamente se comprueba que poder "absoluto" se convierte en una ficción, porque el poder sólo puede ser construido en procesos de comunicación motivados recíprocamente, en referencia al intercambio. Quien quiere ganar poder debe abrirse a la influencia. La tentativa de estabilizar el sistema parcial político de la sociedad como dominio absoluto, exclusivamente mediante programas de objetivo, fracasó con el estado policial"³⁰.

Lo expuesto se refleja en el análisis crítico de la justicia criminal de la Junta Militar chilena. Su política criminal se basa en los conceptos de traición y seguridad del estado, terminología ya puesta en boga por el ideólogo penal nazi GEORG DAHM³¹, lo que necesariamente tiene como presupuesto: una justicia dependiente del brazo represivo absoluto del Estado, del terror, y la constitución de servicios especiales secretos de investigación y control de los disidentes, con poder decisorio superior al de la justicia dependiente, en cuanto representan directamente el terror de estado. El estado de derecho se cambia por estado de terror. Lo demás son consecuencias secundarias, una legislación adecuada, lugares especiales de ejecución, tortura, delación, etc. Un tal sistema penal, producto de esta política criminal es un mero remedo tragicómico de un derecho penal liberal. Cómico, por lo farfesco de la representación, trágico por las nefastas consecuencias que recaen sobre las personas.

Para terminar este breve esbozo sobre el estado de derecho y la justicia criminal en el Chile de hoy, y frente a la posible objeción de invadir campos que no son de mi competencia, hago más las certeras observaciones de MICHEL MIAILLE: "Si es verdad que el *capital* no es una suma de dinero, sino una *relación social*, esto significa que *el Estado es inherente a esa relación social* y no exterior: no se puede tratar al Estado como "alguna cosa" diferente y exterior al sistema capitalista. El es ese sistema. Es por eso que nuestra investigación no puede estar reducida a una vuelta al juridicismo clásico. Nuestra hipótesis es que *el Estado a causa de los juristas ha sido siempre pensado "más allá" del sistema social burgués: es necesario comprender hoy día que él es ese sistema*"³².

30. LUHMAN, NIKLAS: Zweckbegriff und Systemrationalität, pág. 105.

31. DAHM, GEORG: Verrat und Verbrechen, en ZStaatw. 95 págs., 283 sgts.

32. L'Etat du Droit, 1978, pág. 20.

LA DETENCION PREVENTIVA *

Dr. Hernando Londoño Jiménez

Hablar sobre la privación de la libertad del hombre por parte de los órganos competentes del Estado, es plantear ya mismo un profundo y apasionante tema de carácter filosófico, jurídico y humano. Esa es una de las facetas de mayor trascendencia en el estudio del Derecho Público, por cuanto es solo el hombre el protagonista del derecho penal y el destinatario exclusivo de sus normas. Pero dígame lo que se quiera, dentro de un auténtico Estado de Derecho, en el jurídico mundo civilizado de hoy, cuando el legislador busca proteger a la sociedad a través de la norma penal, esa misma norma de una manera intrínseca estará garantizando y tutelando los derechos del delincuente o presunto delincuente, así como también protege y defiende los bienes e intereses jurídicos de los particulares.

Tan cierto es lo anterior, que en la portada de los códigos penales y de procedimiento, lo mismo que en los Títulos sobre Derechos Civiles y Garantías Sociales de las Constituciones, no puede faltar la consagración del principio de reserva o de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser privado de su libertad mediante una condena, sino por un hecho que previamente haya estado definido en la ley como delito. Porque un código penal que quiera inspirarse en principios de una verdadera filosofía democrática y liberal, no puede dejar de inscribir dicho postulado dentro de su normatividad jurídica. El nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale, ha sido una de las grandes conquistas del Derecho, después de un duro y proceloso camino en donde la propia sangre del hombre le ha servido de bautismo jurídico.

Desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 10 de diciembre de 1948, se proclamó solemnemente que nadie podría ser arbitra-

* Conferencia pronunciada en Cali, ante el Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca. El Dr. Londoño Jiménez, es autor de varias obras, tales como "De la Captura a la Excarcelación", "El Homicidio ante el Jurado" y "Confesiones de un Penalista".

riamente detenido, y que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. Esta declaración fue incorporada a una ley del Congreso de Colombia, por lo cual nuestro legislador quedó obligado a introducir dichos principios en la Constitución y códigos penales y de procedimiento.

Posteriormente, en el año de 1966, en la ciudad de Nueva York, la misma Asamblea General de las Naciones Unidas le impartió su aprobación a los Pactos Internacionales de Derechos Políticos y Civiles, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pactos que se incorporaron a nuestro sistema jurídico, mediante la Ley 74 de 1968. Y entre sus principios fundamentales referidos al tema en estudio, está el de que nadie podrá ser detenido de una manera arbitraria, sino por causas previamente definidas en la ley y de acuerdo con el procedimiento indicado legalmente; que toda persona que haya sido ilegalmente detenida, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación por parte del Estado; que toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas, no debe ser la regla general.

Algunos de estos derroteros se han incorporado a nuestra Constitución Nacional, y otros, a los códigos penal y de procedimiento. De donde tenemos que la libertad individual se vería seriamente desprotegida, si el juez encargado de la instrucción o conocimiento del proceso penal, conculcara u olvidara dichos principios. Y son, como se ha visto, Pactos Internacionales, que si por serlos han obligado a nuestro país como signatario de ellos y a nuestro legislador, con muchísima mayor razón deben obligar al juez en su misión investigadora y juzgadora.

No se trata entonces de propugnar al igual que Dorado Montero, por un derecho protector de los criminales o de que el código penal sea la Carta Magna del delincuente. Sin embargo, no se puede negar que tanto la ley sustancial como la de procedimiento, están sembradas de principios jurídicos que constituyen más concretas y rotundas garantías para toda persona a quien se le imputa la comisión de un hecho presuntamente delictuoso.

Existe también otro catálogo de garantías que si no están expresamente reseñados en un código, deben suponerse dentro de un lógico ordenamiento legal, o desprenderse consecuentemente del contexto general de sus normas, como son los principios rectores de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los que en una u otra forma están garantizando y protegiendo la libertad individual.

En este orden de ideas, se violarían los principios que tutelan la libertad individual, si se privara de ella a una persona imputándosele la comisión

de un delito determinado, si su conducta no se subsume de una manera plena dentro del correspondiente tipo penal. En la misma forma se atentaría contra esa libertad, si se privare de ella sin haberse establecido satisfactoriamente que se ha lesionado o puesto en peligro un bien o interés jurídico, bien del Estado o de los particulares, porque si así ocurriera, se estaría violando el principio de la antijuridicidad, el cual establece que para que una conducta sea punible, se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la norma penal. Y de la misma manera, se quebrantaría el derecho a la libertad, si se privare de ella a una persona sindicándosele de la comisión de un delito, si no estuviere establecida su culpabilidad, es decir, el haber obrado con dolo, culpa o preterintención.

Otro principio universal que nunca debe olvidarse en estas materias, es el de presunción de inocencia, el cual debiera operar en todas las etapas del proceso, aún desde el mismo momento en que se deba resolver si se ordena o no la captura de una persona.

De otra parte, la duda que tanto aflora en el proceso penal, siempre debe resolverse en favor del destinatario de la norma penal, en cualquiera de las etapas procesales, aún desde el momento en que se deba resolver sobre si se captura o no, si se va o no a recibir indagatoria al capturado, cuando se va a resolver situación jurídica, calificar el mérito del sumario o dictar sentencia. En todas esas etapas que tienen que ver directamente con la libertad individual, el principio del favor rei, el de la duda, debe resolverse en la forma indicada, por cuanto es a todas luces preferible dejar por fuera de la acción de la justicia a un presunto culpable, que privar de la libertad a un presunto inocente. Siempre estará más tranquila la conciencia del juez al saber, a posteriori, que dejó en libertad mediante auto o sentencia, a un culpable, y no que privó injustamente de la libertad a un inocente. Es que realmente, al detener a una persona mediante auto privativo de su libertad, de cierta manera se está violando el principio de la presunción de inocencia para invertirlo por el de presunción de culpabilidad.

LOS EXCESOS DE LA CAPTURA

Muchas veces sería preferible una breve y discreta detención que una captura espectacular. No tiene sentido, entre otras cosas, el que generalmente se prefiera el sistema de la orden de captura a la simple citación de la persona que deba rendir declaración indagatoria.

Está muy bien la captura de las personas sorprendidas en estado de flagrancia o cuasiflagrancia, por cuanto en dichas eventualidades sería desmoralizador ante la opinión pública el que la autoridad tuviera que permanecer a manera de convidada de piedra ante el agresor de un derecho, ante el violador de las normas penales. Pero cuando no sea esa la situación, creemos que en la generalidad de los casos, con un buen criterio selectivo, el juez

puede y debe preferir la citación a la captura. A no ser que se trate de verdaderos delincuentes que ya declararon su total y abierta rebeldía contra la sociedad y contra el orden jurídico reinante. De no ser este el caso, la mayoría de los sindicados que fueren citados judicialmente, seguramente atenderían de inmediato el llamado de la justicia.

Sería ciertamente muy excepcional el caso de quien requerido judicialmente a través de una citación, en lugar de comparecer a salir de la incertidumbre y empezar inmediatamente su defensa, abandonar su trabajo, su familia, sus negocios, sus amistades, con el fin de huír y evitar así equivocadamente el alcance de las autoridades. El que huye no se defiende, sino que por muchos aspectos estará perjudicando su propia causa, por la cual no podrá existir ningún profesional del derecho que pueda llegar al extremo de aconsejar tan perjudicial medida.

Es absolutamente cierto que este mal de la captura está incrustado primordialmente en la Policía Judicial. Esta nunca cita a una persona a quien se le ha imputado la comisión de un hecho delictivo. El verbo citar lo desconocen. Casi sin excepción, de toda denuncia penal que conocen, proceden de inmediato a la captura del presunto responsable. Y si esto fuera poco, siempre que se verifica una captura, proceden a recibir "la versión espontánea" del capturado, sin la presencia de un apoderado, y frecuentemente, bajo coacciones físicas y morales, o por procedimientos irregulares.

Esas capturas, muchas de ellas sin fundamento, constituyen un tremendo baldón dentro de nuestro sistema penal, como queda evidenciado posteriormente, cuando ni siquiera se le recibe indagatoria al capturado, por falta de mérito para ello, o al tomarle la injurada se le deja en libertad por la misma razón, o cuando se dicta por el juez el auto inhibitorio que ordena no abrir investigación por no existir transgresión alguna a la ley penal, o cuando al resolver la situación jurídica, el juez se abstiene de proferir auto de detención preventiva, bien porque no ha existido delito que merezca la imputación penal, o porque existiendo, el sindicado no lo ha cometido, o no existe el acervo probatorio suficiente en su contra.

Por esto resulta bien preocupante el que en la mayoría de las veces quede a juicio de un agente de policía o de un detective, resolver sobre la captura de una persona, hacer la evaluación si determinada conducta es o no constitutiva de delito. Ellos no tienen la preparación jurídica necesaria para tomar determinaciones de tanta importancia. Ellos desconocen si determinada infracción por la que se acusa, tiene fijada una pena de arresto, de prisión o de presidio, para saber en el primer caso, que por tener pena de arresto, no debe proceder la captura, por prohibirlo así las normas de procedimiento, o porque teniendo una pena de prisión, al no ser grave el delito y presumirse con alguna razón que el acusado no eludirá la acción de la justicia, podría ser suficiente para una simple citación.

Fuera de todo esto, se somete al capturado en dichas dependencias, muchas veces sin necesidad, a una incomunicación prolongada, sin permitirle a los familiares tener noticia de su aprehensión. Y lo que es peor todavía, sin facilitarle la asesoría de un abogado. Para la "versión espontánea" ante dichas oficinas de la Policía Judicial, lo que generalmente acontece es que hacen comparecer al capturado ante la oficina respectiva, y sin ponerlo en conocimiento de los derechos que tiene, practican con él la citada diligencia, casi nunca por la propia iniciativa del inculcado, sino por la decisión de la autoridad policiva. Lo que constituye un claro abuso de poder, y por lo tanto, una arbitrariedad, por cuanto si del contexto de las normas procesales resulta imperativo y evidente de que no se puede practicar con el capturado ninguna diligencia sin la presencia de un apoderado, mal podría la Policía Judicial recibir esa primera diligencia sin la presencia del representante legal del acusado, ya que en el fondo es una especie de indagatoria. Y si ante el juez que es el único competente para recibir la injurada, se requiere indispensablemente la presencia del apoderado, no se entiende que ante la policía judicial no lo necesite legalmente.

De todas maneras, el espíritu de la norma que consagra el derecho a la "versión espontánea", no puede ser otro distinto al de que la determinación para dicha diligencia debe resultar de la propia y espontánea iniciativa del capturado y no por la decisión misma de la Policía Judicial. Y lo cierto del caso es que muy excepcionalmente se presenta lo primero y sí casi generalmente lo segundo.

EXCESOS DE LA DETENCION

El segundo momento procesal en que frecuentemente se deja privada de la libertad a una persona capturada, es una vez recibida la declaración indagatoria. Con esta diligencia ya vertida al proceso, el juez puede advertir una de estas situaciones: O el delito no se ha cometido, o el indagado no fue el autor, o pudiendo serlo, no hay la suficiente prueba de incriminación en su contra, o siendo el autor y existir prueba para privarlo de su libertad, tuviere derecho a la excarcelación. En todas estas situaciones procesales, no sería justo el que sin necesidad alguna se mantuviere capturada a la persona después de la indagatoria hasta esperar el momento en que se le deba resolver favorablemente su situación jurídica. En todos esos casos bastaría una simple conminación para que el sindicado se presentara al juzgado el día en que presuntamente se le deba dictar la providencia respectiva resolviendo su situación jurídica, bien absteniéndose de detenerlo, o mediante un auto privativo de su libertad pero con beneficio de excarcelación, o bien sin este último beneficio, en el evento de que la situación jurídica varíe desfavorablemente al llegar el momento de la decisión judicial. Si el derecho a la libertad o excarcelación quedó claro desde la recepción de la indagatoria, ¿por qué no recono-

erlo desde ese mismo instante y no diferirlo varios días hasta el momento en que se deba resolver la respectiva situación jurídica?

La tercera oportunidad procesal en que el juez debe reflexionar muy bien con respecto a la privación de la libertad de un sindicado, es al momento de resolverle la situación jurídica. Es aquí cuando se debería tener la mayor precaución en la decisión a tomar, por cuanto ese breve tiempo de detención transcurrido hasta ese momento, no ha alcanzado tal vez a tener serias y graves repercusiones en la vida del acusado, como serían los traumas económicos, la pérdida de su empleo, el perjuicio en sus negocios, su desprestigio ante la sociedad, el impacto moral en toda su familia. Hasta ese instante, probablemente la unidad familiar todavía está intacta, aún no ha transcurrido el tiempo laboral que le haría legalmente perder el oficio que tiene en la empresa privada o pública, las economías familiares todavía alcanzan para proveer a los gastos más urgentes, aún el ritmo normal de sus negocios no ha sufrido ninguna alteración sensible, por todo lo cual esa breve detención pudiera no significar un serio impacto al reingresar en estado de libertad al seno familiar, de la sociedad y de sus actividades de todo orden. Fuera de que por haber sido tan breve aquella privación de la libertad, podría haber pasado socialmente inadvertida, en cuyo caso podría librarse del entredicho y las sospechas con que generalmente la opinión pública sigue adjudicándole al excarcelado.

Todo esto tiene que hacer pensar seriamente en la urgencia y en la necesidad de modificar sustancialmente nuestro sistema de detención preventiva y del régimen de la excarcelación. Para el primer caso, debieran exigirse mayores requisitos, o trasladarse la detención a una etapa más avanzada del proceso, etapa en la cual se pueda ya con un mejor acervo probatorio emitir un juicio sobre la muy probable culpabilidad del autor de los hechos. Y para el segundo caso, hacer más extensivas las causales de excarcelación, mediante cauciones que permitan mantener al sindicado vinculado a la investigación.

Es que no se ha reparado lo suficiente por el legislador al crear la ley, ni por el juez al aplicarla, sobre las deplorables consecuencias que traen para la sociedad, para la familia y para el mismo sindicado, la privación de su libertad, perjuicios que indudablemente resultan ser muy superiores a los beneficios que pueda reportarle a la misma sociedad, al Estado, a la propia administración de justicia, manteniendo privado de su libertad al hombre que está amparado por el principio de la presunción de inocencia. Piénsese no más en la aberrante injusticia que representaría mantener privado de su libertad a un hombre por espacio de uno o varios años, al cabo de los cuales resulta ser amparado por un sobreseimiento definitivo, una cesación de procedimiento o una sentencia absolutoria, porque el Estado a través de sus órganos competentes encontró que no había cometido delito alguno, o que el hecho imputado no constituía violación a la ley penal, o que obró con su conducta dentro de una causal de exclusión del injusto o de la culpabilidad.

No es entonces constructiva política criminal hacer severo el régimen de la detención preventiva. Por el contrario creemos que ésta en muchas ocasiones hace proliferar la delincuencia, la engendra, por así decirlo. Ahí está, por ejemplo, el terrible drama del hombre con su hogar bien constituido, merced a la posición económica que ostenta debida exclusivamente a su trabajo. Al detenerse por un tiempo considerable, aquella situación económica se ve sensiblemente afectada por la pérdida del empleo o la cesación de su trabajo. Y como consecuencia de esto, los hijos al no resistir más la dramática situación, pueden quedar frente al peligro de ser absorbidos por la delincuencia y la prostitución. Fuera de que en la cárcel el hombre vive en el inminente peligro de ser víctima o victimario, por la alarmante inseguridad en esos centros de reclusión. Sin contar con la injusticia de la sociedad, que cuando el hombre sale en libertad, absuelto o sobreseído, le vuelve la espalda al excarcelado, le hace el vacío, le cierra las puertas del trabajo, le coloca el inri de quien tuvo que ver con la justicia, por todo lo cual se puede sentir acosado y constreñido para poder velar por su propia subsistencia y la de los suyos, no quedándole otro camino que el de la delincuencia.

En parte para evitar estas deplorables consecuencias, pero también con las miras de que el hombre no pierda su adaptación al trabajo y pueda seguir velando por su familia, sin perder su empleo ni alterar el normal funcionamiento de sus actividades laborales, el actual código de procedimiento penal tiene una innovación de trascendental importancia, cual es la de la detención parcial en el propio lugar de trabajo.

Creemos que ni la justicia, ni el Estado, ni la sociedad han tenido hasta ahora motivos para lamentarse de esta institución jurídica tan humanizada, de tan alta política criminal y por lo tanto, de tanta conveniencia para la sociedad misma y para la institución familiar. Creemos por lo tanto que sería muy excepcional el caso insólito y equivocado de quien estando disfrutando de tan provechoso beneficio de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, aprovechara dicha situación para fugarse.

Causa sí verdadera y justificada extrañeza ver cómo muchos jueces se rebuscan los argumentos más especiosos y extrafalarios para negar aquél beneficio, como cuando para hacerlo argumentan la solvencia económica del sindicado, o cuando por tratarse de un delito que lo permite, según el máximo de la pena, niegan el beneficio por tratarse de un concurso material, por ejemplo, en el homicidio culposo.

Teniendo entonces en cuenta los inmensos beneficios que en los distintos órdenes anotados ha traído esta institución, debe pensarse en su ampliación en la reforma que vaya a hacerse, extendiendo el beneficio a un mayor número de casos y sindicados.

Fíjese entonces el Juez, en todas las funestas consecuencias que puede

ocasionarle a un detenido, a su familia, a la sociedad, al Estado, a la misma justicia, cuando sin razón le niega este derecho a un sindicado.

Las ideas que hasta ahora he venido exponiendo, han tenido y tendrán indudablemente muchos opositores, pero que no son la mayoría, porque el pensamiento jurídico volcado hacia el procedimiento penal moderno, está inspirado en estos mismos principios de respeto máximo a la libertad individual y de no privar de ella sino en casos urgentes y de verdadera necesidad. Por eso, FRANCISCO CARRARA, quien en nuestro concepto, hasta este momento de la historia del derecho penal es la figura que más sabias enseñanzas nos ha legado en todas estas materias, decía que "la excesiva precipitación para encarcelar antes de la condena definitiva y el afán tan grande de hacerlo, por simples sospechas de faltas a veces levísimas, son una poderosa causa de desmoralización del pueblo... La custodia preventiva desmoraliza a los inocentes que por desgracia son víctimas de ella, y desmoraliza por naturaleza propia, y más todavía, por la forma como es preciso efectuarla, pues deprime y abate el sentimiento de la dignidad personal en el individuo...". Y concluye el Miguel Angel del Derecho Penal, haciendo estas dos observaciones: "1º) Disminuir y abreviar en cuanto sea posible los encarcelamientos preventivos; 2º) Una vez reducidos a los límites de la más estricta necesidad, reglamentarlos de modo que no sigan siendo escuelas prácticas de perversiones morales".

Por todo esto, los jueces antes de detener a una persona a quien se le ha imputado la comisión de un delito, debieran reflexionar sobre los diferentes perjuicios que ello puede atraerle al sindicado. Porque ya éste privado de su libertad, en la práctica le está condenando bajo muchos aspectos, bien una condena indirecta contra su propia existencia, contra su salud, contra su patrimonio, contra su dignidad. Es así como muchos hombres han perdido su propia vida dentro de los establecimientos carcelarios, como consecuencia misma de estar allí en calidad de reclusos; o han perdido todo su patrimonio económico por la misma causa, cuando no es que el concepto de hombre de bien con que siempre ha gozado dentro de la sociedad, ha quedado por tierra, avasallado por el prejuicio social contra quien ha estado en una cárcel, así haya probado de una manera plena y absoluta su inocencia o una causal de justificación del hecho.

Con la detención preventiva también se deja sentir una especie de condena contra la salud del sindicado. Basta pensar en lo que representa una ración diaria de dieciseis o dieciocho pesos para cada detenido, para concluir sin peligro de poder ser seriamente refutados, que con esa ración de hambre y de miseria, nuestros presos están soportando muchísima hambre en las cárceles del país. En la desvitaminizada y cicatera alimentación que reciben, no solo se desmejora la calidad, sino que se disminuye la cantidad, a plena conciencia de los propios directores de esos establecimientos, sino también de

sus ecónomos, para así recibir gratificaciones de sus proveedores. ¡¡Conocemos a individuos inescrupulosos que se enriquecieron en esos cargos mediante un crimen nefando, el crimen de haberse enriquecido a costa del hambre de los presos!!

Pero en donde resulta ser más dramática la situación de los detenidos, es en el constante e inminente peligro a que quedan sometidos de recibir contagios de enfermedades y de no poder recibir oportuna y adecuadamente los servicios y tratamientos indispensables cuando están enfermos. Es evidente el precario servicio médico, hospitalario y asistencial de nuestros centros de reclusión. La tuberculosis y la sífilis están diezmando a la población carcelaria del país, sin que sus directores hayan hecho esfuerzo alguno para atender y solucionar tan gravísimo problema. Además de la alarmante insensibilidad del Estado ante esta afrentosa situación de indiferencia, hay escasez de médicos, de psiquiatras, de psicólogos y de drogas en las cárceles colombianas. La denuncia ha sido pública con respecto a uno de esos centros carcelarios: "Actualmente en la Cárcel Modelo hay 15 médicos de nómina y solo dos atienden a los detenidos, por falta especialmente de drogas". Y agrega la información que "uno de los reclusos afectados por la tuberculosis es propietario de un restaurante en uno de los patios en donde hay alrededor de mil presos y dicho tuberculoso es quien le suministra a sus compañeros de patio el respectivo alimento".

Entonces, como se ve, también hay una condena contra la salud del detenido, cuya situación se empeora por otros factores, como el del hacinamiento en celdas con ocho, diez o más reclusos, cuando la capacidad de la misma es solo para dos o cuatro como máximo. Además carecen de la suficiente ventilación y de los adecuados y necesarios servicios sanitarios, higiénicos, de campos de deporte, de posibilidades de trabajo, de seguridad, cuando no es que arbitrariamente son las víctimas del garrote de los guardianes o del cepo humillante. Es decir, el más oprobioso atentado contra la dignidad humana.

Toda esta filosofía, lo sabemos de sobra, no suena muy bien a los oídos de quienes pugnan todos los días por hacer más represivo el derecho penal, por recortar las garantías individuales dentro del proceso, y que con retrógrado y retributivo concepto de la detención preventiva y de la pena, quieren que el delincuente o presunto transgresor de la ley, sufra en las cárceles y presidios. Contra ellos es nuestra lucha por estos principios, lo mismo que contra quienes ahora con crudo desenfado publicitario se declaran partidarios de revivir el concepto positivista de la peligrosidad como fundamento de la pena, en lugar de la concepción espiritualista de la culpabilidad como fundamento de la misma. Contra ellos y contra quienes escandalosamente ahora mismo predicán a todos los vientos que se debe invertir el principio de presunción de inocencia por el de presunción de culpabilidad, nosotros

nos quedamos con el pensamiento luminoso y humanizado de quienes han defendido todo lo contrario: con Carrara, Beccaria, Roeder, Quintiliano Saldaña, Montesinos, Dorado Montero, Carnelutti, Concepción Arenal, porque con ellos aspiramos a que se haga conciencia universal el pensamiento de que quien entra en una cárcel o presidio es el hombre y no el delincuente, y que hay que matar al criminal que hay en el hombre, pero no matar al hombre. Haciéndolo así, estaremos espiritualizando hermosamente el derecho penal, la detención preventiva, el fundamento y los fines de la pena.

En contraste con tan elevados propósitos y jerarquizados principios, ahora mismo se abre campo una represión penal que desborda los cauces propios de la juridicidad, por cuanto mediante decreto de estado de sitio, como el número 70 de 1978, se creó una bárbara causal de justificación para todo comportamiento de las Fuerzas Armadas cuando traten de prevenir o reprimir determinado tipo de delincuencia. Y tenemos también el Estatuto de Seguridad, sobre el cual no vamos a hablar ahora. Simplemente recordemos que allí, en un acto si se quiere de refinada crueldad legislativa, para ciertos sindicados y condenados, se prohibió la suspensión de la detención preventiva y de la condena, cuando el sindicado o condenado estuvieren aquejados de alguna grave enfermedad o algún pariente cercano estuviere en inminente peligro de muerte, o cuando la mujer estuviere para dar a luz o hubieren transcurrido unos meses después del alumbramiento. Fue tan inhumano, tan drástico, tan cruel, tan despiadado, tan ofensivo de la dignidad humana, que la propia Corte lo declaró inexecutable.

En otras épocas se ha querido abolir los subrogados penales y restringir las causales de excarcelación, todo ello con franco detrimento de la libertad individual y en abierta oposición a los altos postulados de una sana y conveniente política criminal.

DETENCIONES ARBITRARIAS

No vamos a referirnos al tradicional y típico caso de detención arbitraria, sino a otras formas más disimuladas pero no por ello menos graves de atentar contra la libertad individual, ya que el fenómeno se puede presentar en todas las instancias del proceso penal, desde el instante de la captura hasta el último día de cumplimiento de la condena.

Piénsese a este respecto, en la situación del detenido o condenado, en que al primero, teniendo derecho a ello, no se le concede oficiosamente la excarcelación, y en que al segundo tampoco se le da su libertad de oficio, la condicional a que tiene pleno derecho, por llevar ya en detención preventiva las dos terceras partes o las tres cuartas partes de la condena. Cuando no es que abusivamente se niega el subrogado de la libertad condicional, con los más especiosos y extravagantes argumentos, como el de que esa larga perma-

nencia de varios años en presidio observando una conducta intachable, no fue más que la maliciosa y deliberada argucia de preconstituír una prueba en su favor para conseguir más tarde su libertad, o el monstruoso e inhumano argumento de que son precisamente los más peligrosos y empedernidos criminales quienes observan el mejor comportamiento en los centros de reclusión.

Y con estas falacias judiciales, a un hombre condenado a veinte años de presidio, que lleve quince dedicados a su trabajo, observando una buena disciplina, con una conducta intachable en todo sentido, se le pueden negar cinco años de libertad de una manera muy injusta y arbitraria. Piénsese en la extraordinaria gravedad que reviste el hecho de que por una simple apreciación subjetiva del juez, —como aquella de que los antecedentes del condenado no le permiten presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso para la sociedad y que por lo tanto no volvería a delinquir— se le pueda negar a un hombre cinco o más años de libertad. Aplicar un determinismo tan crudo a una situación de estas, es no solo atentar contra el derecho, sino contra los más elementales postulados de justicia.

O el caso insólito de que un simple sindicado teniendo derecho a la excarcelación (delitos culposos) si en caso de condena fuere merecedor de la suspensión condicional de la misma, se le niega esa libertad con el argumento de que no está probado aún en el proceso de que no tenga antecedentes judiciales, como si la sola ausencia de éstos dentro de la investigación no fuera ya un hecho rotundo y relevante en favor de la situación jurídica del sindicado.

Negar esa excarcelación con argumentos tan exóticos y arbitrarios, es prácticamente colocar al sindicado ante una desventajosa prueba diabólica, porque para demostrar que no se tiene antecedentes judiciales, se necesitaría exhortar a los miles de juzgados en todo el país. Entonces ocurriría que mientras se allega la prueba negativa de dichos antecedentes, el inculcado habría estado injusta e innecesariamente privado ese tiempo más de su libertad. En cambio, si se le excarcela sobre la base de que hasta ese momento no le figura ninguna clase de antecedentes, mañana se le volverá a detener en el caso de que esos antecedentes le lleguen al proceso, en cuyo caso se le deberá revocar la excarcelación concedida.

Por todo esto creemos que si en la actualidad se pudiera hacer una revisión a los miles de procesos penales que están en curso en todo el país, se encontraría que aproximadamente en una mitad de los mismos, los respectivos sindicados y condenados tendrían hoy derecho a la libertad, a la excarcelación, por una u otra razón. Y no lo han conseguido hasta ahora, porque arbitraria e injustamente se les ha negado, o porque no conocen sus derechos para reclamarlos, o porque existe censurable negligencia en sus abogados para velar oportunamente por su suerte. Fuera de que una buena parte de ellos son gente pobre, son "los de abajo" que no tienen abogado que tutele sus dere-

chos y los haga valer ante la justicia, o que teniendo sus apoderados o defensores de oficio, éstos no cumplen a cabalidad el sagrado ministerio, como debieran de hacerlo, con tremenda angustia, porque en sus manos está la suerte de un hombre que ha perdido desgraciadamente su libertad.

Hay otros casos de abuso contra la libertad individual, como es el fenómeno que se presenta con mucha frecuencia en algunas cárceles del país, principalmente en las de capital del departamento, cuando las boletas de libertad llegan a dichos establecimientos en determinados días y a determinadas horas, víspera de los fines de semana o de los famosos "puentes". Cuando ello ocurre, ya han salido a sus breves vacaciones los empleados de reseña, sin la cual no se puede permitir la libertad. Por lo cual un hombre que podía salir en libertad desde un viernes por la tarde, no puede hacerlo hasta el próximo lunes o martes, arrebátandosele así unos preciosos días de libertad, pero que para el Estado insensible, esto no inquieta ni preocupa a sus indiferentes funcionarios públicos.

R E F O R M A S

Pensamos por todo lo dicho hasta ahora, que en la legislación del mañana se debieran introducir convenientes y benéficas reformas que procuren ante todo rodear de amplias garantías la libertad individual y hacer que los derechos del sindicado estén plenamente protegidos y custodiados en todo el ordenamiento jurídico. Algunas de esas inquietudes apenas las enuncio, sin entrar a fondo en su análisis y defensa, lo que podría hacerse en otra oportunidad:

a) Entre nosotros, al igual de como está legislado en muchos países de avanzada cultura jurídica, se debiera introducir en nuestro ordenamiento legal o constitucional, la institución de la indemnización de perjuicios por parte del Estado, cuando una persona ha sido privada de su libertad o condenada de una manera abiertamente ilegal e injusta. Así como el Estado a través de su legislación obliga al delincuente a indemnizar por concepto de perjuicios morales y materiales a la víctima del delito o sus herederos, del mismo modo y con mayor razón ese mismo Estado debiera quedar obligado a ese mismo resarcimiento de perjuicios en favor de la víctima de sus errores, de sus negligencias o de sus abusos, al privar de la libertad a un inocente. Si legalmente está consagrada esa indemnización para el caso de las contravenciones, con igual o mayor razón cuando se trata de la injusta detención por la imputación de un delito;

b) Elevar a canon constitucional la prohibición de que salvo en caso de guerra, la justicia militar pueda conocer de los delitos cometidos por los particulares. Aunque siempre hemos defendido el concepto de que dicha prohibición surge muy claramente de nuestro ordenamiento constitucional, ante

las a nuestro juicio equivocadas interpretaciones que casi siempre le ha dado la Corte Suprema de Justicia, la nueva norma al respecto debe ser tan perentoria, tan rotunda y tan clara, que en lo sucesivo no se pueda prestar a confusas y variadas interpretaciones;

c) Sólomente se debe autorizar a la Policía Judicial para la captura en estados de flagrancia y cuasiflagrancia. En los demás casos será solo el Juez de Instrucción o de conocimiento quien pueda expedir órdenes de captura, para lo cual deberá hacer una previa evaluación de las pruebas o indicios que puedan pesar contra alguna persona como presunta autora de un delito;

d) Darle un vuelco total al régimen de la detención preventiva, para limitarla al máximo posible y para casos verdaderamente extremos y necesarios. Se debe por lo tanto sustituir con cauciones que garanticen la presencia, cada que se necesita, del acusado en proceso, buscando así otras más benéficas reacciones jurídicas. Con medidas de esta naturaleza podrían ser más que suficientes, en primer lugar, para que no entrase el normal desenvolvimiento de la investigación, y en segundo lugar, para que el sindicado esté siempre obligado y dispuesto al llamado de la justicia. En el Proyecto Alternativo Alemán se tiene propuesta la abolición de la pena privativa de la libertad de corto tiempo, para sustituirla por la imposición de penas pecuniarias, con la ventaja de que quienes no puedan pagarla, pueden hacerlo con trabajos en instituciones de utilidad común. Otro tanto ocurrirá con el nuevo Código Penal Colombiano;

e) El régimen sobre la excarcelación debe ser ampliado y extendido considerablemente, teniendo en cuenta de que para muchos delitos por no ser de entidad jurídicamente muy grave, y para muchos sindicados con quienes en nada se beneficiaría la administración de justicia y la sociedad manteniéndolos encarcelados, resultaría de muchísima mejor política criminal permitir la libertad;

f) La suspensión condicional de la pena y la libertad condicional por pena cumplida parcialmente, también se debe extender a un mayor número de casos y de sujetos activos del delito. En la sistematización de dichos subrogados penales, hay que acercarlos a un verdadero y auténtico derecho del condenado, para que no sea posible, como ya lo hemos anotado, el abuso que se hace frecuentemente de estas instituciones en contra del procesado;

g) En el mismo sentido del numeral anterior se debe proveer en el caso de la detención parcial en el propio lugar de trabajo, facilitando, como ya fue previsto acertadamente en el anteproyecto de Código de Procedimiento Penal, que los sindicados que derivan su subsistencia de las faenas agropecuarias, puedan también ser beneficiados con dicha institución, con el compromiso de presentarse periódicamente, cada ocho o quince días, podría ser, al respectivo establecimiento carcelario;

h) Se debe prohibir la *reformatio in pejus*, prohibición que fue derogada por una ley reciente, ya que si el procesado se conforma con la decisión del *a quo*, debe ser respetado en ese auténtico derecho de defensa, para impedir así que el *ad quem* agrave su situación jurídica cuando conoce del proceso por causa distinta a la de la apelación y de la consulta;

i) Se debe permitir que un sindicado o condenado declarado en contumacia pueda defenderse otorgando un poder debidamente autenticado. Actualmente al reo ausente se le estorba legalmente el derecho de defensa, obligándolo a tener que admitir un apoderado o defensor de oficio, tal vez incompetente, irresponsable, que bien poca cosa haría en su favor. ¿Cuál es, nos preguntamos, el beneficio que reportaría la administración de justicia, no permitiéndole al contumaz su defensa a través de un abogado de su confianza, competente? ¿Por qué habría de preferir la administración de justicia al apoderado o defensor de oficio? Un poder autenticado dentro o fuera del país, siempre debiera ser recibido por las autoridades judiciales, en acatamiento a elementales principios de justicia. Un hombre declarado reo ausente, no siempre lo será porque quiera eludir la acción de la justicia. Puede ser por muchísimas otras causas: Enfermedad suya o de sus familiares, un tratamiento médico, falta de medios económicos para su defensa, dejar arreglado el estado de sus negocios, ausencia del país para una delicada intervención quirúrgica, etc., etc. No tiene entonces razón que el Estado ejerza esa especie de venganza contra un acusado ausente, prohibiéndole su defensa a través de un abogado de su confianza. La norma debiera ser entonces derogada, ¡¡por deshumanizada!!

j) La norma actual que permite la excarcelación al momento de la calificación del sumario, en consideración a que de ser condenado tendría derecho al subrogado de la suspensión condicional de la pena, se debe reformar en el sentido de que lo mismo pueda hacerse mejor al momento de resolver la situación jurídica y hubiere mérito para detener. Así no se hace ilusorio el beneficio, ya que la calificación muy excepcionalmente se hace antes de los seis meses. De donde se concluye que tal como está autorizada la excarcelación en este momento, casi ningún sindicado se puede beneficiar de ella, por cuanto conseguirla al cabo de los seis meses, ya su libertad sería en la mayoría de las veces, por pena cumplida, es decir, por el subrogado de la libertad condicional y no por el de la suspensión condicional de la pena.

Estos son substitutivos penales justos y de sana política criminal, ya que por tratarse de penas cortas, es más el daño que se le ocasionaría al reo obligándolo a pagar la pena. El daño sería moral, físico, espiritual, psíquico, daño económico. Se debe inclusive ampliar a los delitos que tienen fijada pena de presidio, ya que en la actualidad es solo para los que tienen pena de prisión. Así hoy, unas lesiones personales que traigan como consecuencia un trastorno funcional transitorio, por tener pena de presidio, no quedarían

amparadas por la condena condicional. Además, el límite de dos años se debe ampliar. En la Argentina, por ejemplo, el mismo subrogado penal opera para los delitos que tienen una pena máxima de seis años. Y en Alemania, un Proyecto sobre el particular, considera que si el procesado así beneficiado observa intachable conducta en el período de prueba, se considera como no dictada la sentencia condenatoria;

k) Debería existir una mejor reglamentación del artículo 28 de la Constitución Nacional sobre retención de las personas que el gobierno considere como sospechosas de estar participando en actos subversivos, o como dice la Carta, "contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública". La mejor reglamentación de dicha norma sería en el sentido de que dicha determinación en ningún caso pueda tomarla sino el Presidente de la República con el concepto favorable de todos sus Ministros, y no como hoy ocurre muy frecuentemente por las autoridades militares y por su propia iniciativa;

l) Se hace imperativa una norma que consagre la obligatoriedad de revisión permanente de los procesos penales por parte de los jueces, a fin de que oficiosamente puedan ir concediendo la excarcelación a quienes vayan teniendo derecho a ella, como con gran acierto lo tiene actualmente previsto la legislación italiana;

m) El Estado debiera proveer de una manera eficaz a la defensa de los pobres, de todas aquellas personas que apremiadas por una imputación penal ante la administración de justicia, carecen de los medios económicos para cubrir los honorarios profesionales para su defensa. Si el interés de un verdadero y auténtico Estado de Derecho es el de realizar la Justicia, ninguna mejor manera para hacerlo, que colocando al lado de sus acusadores, al lado de sus Fiscales, igual cuerpo de Defensores, en el mismo plano de igualdad y con la misma jerarquía;

n) Dentro de nuevas causales de excarcelación se debieran introducir las de libertad automática, mediante caución, si transcurrido determinado tiempo, no mayor de los seis meses de estar privado de la libertad, no se hubiere calificado el mérito del sumario, y si a partir de este momento y en igual tiempo, no se hubiere verificado la correspondiente audiencia pública. No es justo que repercutan en contra de la libertad del procesado las demoras que por cualquier razón tenga la administración de justicia para tramitar oportunamente una causa penal.

Estas reformas, en nuestro concepto, debieran de hacerse, con la seguridad de que sin desproteger los intereses de la sociedad, sin causarle ningún traumatismo a la administración de justicia, dejando a salvo completamente las pretensiones de las víctimas del delito, estaríamos con ello haciendo la mejor política criminal, como sería la de no privar de la libertad a los sindicados de

algún delito, sino en casos de estricta necesidad, los cuales enumeraría la ley. Y de todas maneras, ampliando para efectos de la libertad individual, todas las instituciones y principios que la reglamenten.

No puedo terminar esta conferencia sin expresar ante vosotros un grande anhelo: El que sigamos concibiendo la alegoría sobre la justicia, con los platillos de la balanza en perfecto equilibrio, para significar con ello la equidad en sus decisiones; la diosa Temis, con la estética realeza de sus formas, para expresar así su mensaje sobre la armonía que debe reinar como supremo ideal entre los hombres; grave y adusto el semblante, pero alejado de él todo gesto de venganza; la frente amplia y despejada, como para que sirva de limpio pedestal a la majestad de sus más altos sueños por el orden universal; sin venda en los ojos, para que no vaya a equivocarse su camino, para que así trate de penetrar mejor en el misterioso universo del hombre que delinque y para que no le vaya a arrebatar el derecho a quien lo tiene; tal vez mejor que la espada, una pluma en sus manos con un vibrante mensaje de justicia a todos los hombres, dándoles la seguridad de que sus fallos habrán de caer sobre el verdadero culpable y no sobre el presunto inocente; tal vez fruncido el seño, denotando así la angustia por darle a cada uno lo suyo, como se ha dicho desde El Digesto; los códigos a su lado, abiertos y cerrados, para enseñar que el Derecho y la Justicia deben ir siempre unidos, pero que el día en que haya algún enfrentamiento entre los dos, la justicia debe ser la brújula en las decisiones del juez. Y si faltare aún la espada, que sea en reposo, no como una amenaza, sino como una advertencia, porque para decirlo del Derecho que resulta ser su aliado, el Derecho sin la espada sería la impunidad, pero la espada sin el Derecho, sería la arbitrariedad. Que no sea esto último en Colombia ni en el mundo, tiene que ser el más alto ideal, el más grandioso anhelo de una orden que como la nuestra de los abogados, quiere transitar solo por los caminos de la paz, del orden, de la equidad, del derecho, de la justicia.

ESTUPEFACIENTES Y PRUEBAS TECNICAS

(MARIHUANA Y COCAINA)

Dr. César Augusto Giraldo G.

Instituto Seccional de Medicina Legal, Medellín.

Profesor Facultad de Medicina Universidad de Antioquia.

El Decreto Ley 1188 de junio de 1974 estructuró en una codificación lo atinente a las sustancias que inducen farmacodependencia, y encomendó a los médicos legistas la peritación de la dosis personal, teniendo en cuenta la calidad y cantidad de la sustancia, y la historia y situación clínica del sindicado; el dictamen es trascendente, pues, cuando de una manera fundamentada, expresa que determinada cantidad de un producto excede una dosis personal, la sanción será de presidio y multa considerable; si por el contrario esa cantidad fuere compatible con una dosis personal, la sanción será solo de arresto y multa de menor cuantía (1).

La fundamentación del dictamen no es más que un requisito exigido por el actual Código de Procedimiento Penal para que la prueba pericial tenga validez.

Desde que se empezaron a rendir estos dictámenes, parece haber dos concepciones: la una del funcionario judicial que piensa muchas veces que el dictamen es lacónico, dogmático y no expresivo, y de otra parte del perito, que persiste en sus dictámenes cortos.

En lo que se refiere a dosis personal, la fundamentación del dictamen reside en tres parámetros que claramente establece la ley; el primero, la definición de la dosis personal, que en el artículo 6º se circunscribe a la cantidad de fármaco que una persona ingiere *de una sola vez* (1); el segundo es la cantidad y calidad de la sustancia, y el tercero, en los antecedentes clínicos del