

# CAPTURA, DETENCIÓN Y LIBERTAD EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DESDE UN PUNTO DE VISTA CRIMINOLÓGICO CRÍTICO \*

Dr. MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ \*\*

## INTRODUCCIÓN

Antes de los años sesentas habían entrado en crisis la mayoría de las ciencias sociales; entre estas, la criminología ha sido la última en padecer la ruptura epistemológica, que ocurre solo hacia los años sesentas. Se atribuye la reacción retardada de esta ciencia a la dependencia absoluta a que era sometida respecto del Derecho Penal, por obra del positivismo. Por aquella época nace entonces la criminología contemporánea, llamada también crítica, fundamentalmente como una crítica al derecho penal vigente.

Entre los postulados de esta criminología moderna podemos sintetizar:

1º) El delito no es un fenómeno patológico ni la simple infracción a una norma penal, sino un fenómeno eminentemente social.

2º) Reivindica su autonomía científica en la delimitación de su propio objeto respecto del sistema penal; rechaza por tanto un papel instrumental del derecho penal, y antes que legitimarlo se convierte en su principal cuestionador.

3º) Amplía y desplaza su objeto o campo de investigación: del delito y del delincuente se pasa al estudio de las instancias criminalizadoras, entre ellas el proceso penal y todos sus códigos; igualmente al estudio de la víctima, de las estructuras sociales criminógenas, etc. Es decir, se pasa de la biología a la sicología y de la sicología a la sociología.

4º) Siendo el delito un fenómeno social, considerado como delito solo por definición social y legal, cualquier análisis sobre él debe partir de la estructura social, económica y política en que el fenómeno se presenta.

\* Conferencia dictada en la Universidad de Medellín en marzo de 1987 dentro del Foro sobre el nuevo C. de P. P., programado por ASONAL.

\*\* Juez Penal de Bogotá, profesor de Derecho Penal y de Política Criminal; especializado en Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Roma.

*Nota:* Agradecemos al señor Oscar Laynez y demás directivos de ASONAL JUDICIAL de Antioquia, la autorización para publicar este trabajo correspondiente al Foro organizado por ellos. (*El coordinador*).

5º) Rechaza los postulados ideológicos que sirven de fundamento al derecho penal actual: la pena no cumple la función que se le asigna en los códigos, es decir, no previene, no resocializa, ni el derecho penal es igual para todos, etc.

6º) La lucha contra el delito por parte de los gobiernos y de otros sectores es hipócrita porque el delito es inherente al sistema mismo: a) la imposición de la pena refuerza la autoridad constituida; b) es el modo o forma de sostenimiento de sectores diferentes de los que cometen el delito: compañías aseguradoras, abogados, etc.

7º) La crisis de la justicia, en particular la penal, la aglomeración de procesos, la impunidad consecuente, son fruto del uso prioritario que el Estado hace del derecho penal: lo convierte en único remedio a la problemática social y el desbordamiento del poder, etc. Por esto para descongestionar los juzgados y las cárceles se propone la despenalización, la desprisonalización, la desjudicialización, etc.

8º) El derecho penal actual debe ser sustituido por un sistema de control social más efectivo e igualitario, menos marginalizador, etc.; mientras tanto el derecho penal actual debe ser utilizado solo como último recurso, es decir, solo después de que hayan fracasado otros instrumentos no penales y para proteger solo los intereses más valiosos de la sociedad que hagan posible la convivencia pluralista de sus miembros.

Hechas las anteriores precisiones, me propongo entonces contribuir a la elaboración de una visión crítica del Título V del nuevo C. de P. P. sobre *captura, medidas de aseguramiento y libertad para imputables*, conforme las siguientes proposiciones:

#### 1. EL NUEVO C. DE P. P., ES UNA EXPRESIÓN MÁS DEL PANPENALISMO DE QUE ADOLESCEN NUESTROS GOBIERNOS

Los gobiernos colombianos han carecido de una definida política criminal y el derecho penal ha sido el único instrumento con el cual han afrontado la criminalidad, porque a la vez les sirve para recortar los espacios democráticos, para ocultar sus desacertadas políticas sociales y para forzar el consenso de la población a cambio de lo que denominan con el positivismo, "seguridad ciudadana" o "defensa social". Desde algún tiempo atrás los penalistas demócratas han sostenido que la mejor política criminal radica en una acertada política social y que el derecho penal debe ser exclusivamente el límite de la política criminal. Es decir, que se debe actuar sobre las estructuras, en vía de profundas transformaciones sociales y económicas, dentro de una dimensión global de política social<sup>1</sup>, antes de seguir improvisando los ritos procesales con los que se responde a nuestros conflictos sociales y políticos. En términos del actual gobierno, no será posible erradicar la criminalidad mientras

<sup>1</sup> En este sentido EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1980, pág. 81.

ÁNGEL DE SOLÁ DUEÑAS, *Socialismo y delincuencia*, Barcelona, 1979, pág. 56.

FRANCO BRICOLA, "Política criminal e política penale del ordine pubblico", en *La Questione Criminale*, núm. 2, 1975, pág. 222.

no se erradique la pobreza absoluta y relativa y no se controle, con instrumentos distintos de los penales, a los usufructuarios de la riqueza absoluta y relativa.

Ejemplificando en el caso del narcotráfico, será imposible erradicarlo mientras no se garanticen tierras y cultivos fructíferos a los campesinos que han recurrido al cultivo de coca y no se controle rigurosamente a las entidades financieras que se alimentan de dineros de desconocida procedencia. Solo después de medidas como estas la criminología moderna acepta la intervención penal; de lo contrario, una medida como la del gobierno actual de prohibir la venta de motocicletas de determinado cilindraje, resulta simplemente ridícula (decreto 3669/87). Eso es lo que la criminología moderna denomina utilizar el derecho penal como último recurso, porque como primero y único ha demostrado su ineficiencia y ha dejado a la sociedad completamente desprotegida.

Desde los tiempos del ministro Lara Bonilla la comisión asesora para la reforma integral de la justicia penal planteó:

"Basta mirar la realidad nacional para concluir la necesidad de modificaciones de fondo y no meramente formales, pues las medidas tradicionales solas, enseñan su inocuidad y fracaso. La historia del país indica que la instrumentación utilizada, ningún producto radical ha producido (sic). Así ocurre con la penalización, la criminalización y en últimas con la congestión punitiva represiva"<sup>2</sup>.

Y proponía como medidas alternativas la descriminalización, la despenalización, la desprisonalización, la desjudicialización, etc.; han pasado tres ministros desde entonces pero nada se ha hecho diferente de cambiar los ritos formales del proceso de criminalización. Muchos muertos ha ofrendado la administración de justicia en el cumplimiento de las "equivocaciones" del ejecutivo y del legislativo, porque para eso se creó desde la Revolución Francesa la "Cenicenta" del poder público: para que aparezca como parte del poder, para que no disfrute del poder y para que afronte sola las desviaciones sociales que produce el goce minoritario de ese poder.

#### 2. EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS ACTUALES NORMAS SOBRE CAPTURA, LIBERTAD Y DETENCIÓN, COMO EN GENERAL TODAS LAS DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, ES ANTIDEMOCRÁTICO Y VIOLATORIO DE LAS ASPIRACIONES DE LA CRIMINOLOGÍA MODERNA DE INTEGRAR INTERDISCIPLINARIAMENTE EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

a) Es antidemocrático porque representa la negación del principio de un Estado de Derecho, según el cual las leyes deben formarse, previa discusión en las instancias organizativas que se dan los pueblos, en los parlamentos conformados por elección popular. Muchas leyes en nuestro medio se han expedido en virtud del estado de sitio mediante el tratamiento de la criminalidad como problema de orden público<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, *La reforma integral de la justicia penal*, Bogotá, 1983, pág. 21.

<sup>3</sup> FRANCO BRICOLA, ob. cit., pág. 225; EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, 1985, pág. 17.

desplazando al Congreso y trasladando las facultades al ejecutivo. Este Código es, entonces, la continuación de una política que se viene practicando desde el Frente Nacional: la creación de normas se ha convertido en un problema de "técnicos", de "comisiones especializadas"; así se han expedido el Código Penitenciario de 1964, el C. de P. P. de 1971, el C. P. de 1980, los decretos 1853/85 y 056/86, y ahora el nuevo C. de P. P.

Los procesos de criminalización, en los cuales debe incluirse la intervención mediante los ritos procesales penales, son parte integrante del control social (instituciones y sistemas normativos con los cuales se busca la aceptación y el mantenimiento del orden social vigente y sus valores) y como tales deben ser fruto de la convergencia de las distintas concepciones y valores que se den en una sociedad. La creación de "comisiones de especialistas" cumple el papel de ocultar la función política de sus integrantes, haciendo creer a la ciudadanía que el control de la criminalidad no le incumbe.

b) El proceso de creación del nuevo C. de P. P. no se apoyó en ninguna investigación criminológica para dar fundamento empírico a sus pretensiones. Después de la ruptura entre derecho penal y criminología como consecuencia de la lucha de esta disciplina por darse su propio objeto, se tiende en el derecho penal moderno a una integración mediante la utilización de la investigación social que logre insertar la vieja técnica jurídica en una visión científica de la realidad social y con base en ella orientar sus opciones politicocriminales. En nuestro país no se hizo ninguna investigación criminológica que auxiliara a los comisionados, y así elaboraron gratuitamente los conceptos de alarma social, dañinidad social, peligrosidad, tratamiento penitenciario, rehabilitación, resocialización, etc., permitiendo que nuestro derecho penal siga apartado de las ciencias sociales, porque estas a través de la historia han desmascarado el papel ideológico que ese instrumento cumple. Así nació el tecnicismo jurídico<sup>4</sup> como reacción a las tendencias sociológicas que se presentaban dentro del positivismo hacia los años treinta, y así fue transplantado a nuestro continente. Tampoco se utilizaron las ya existentes en Latinoamérica, porque ellas se contraponen a los intereses de las clases dominantes; los "especialistas" jugaron una vez más el papel de neutralizar las contradicciones entre los centros decisorios de la política criminal oficial y la investigación criminológica<sup>5</sup>.

Por eso, criterios como el de "alarma social" son elaborados arbitrariamente para seleccionar los comportamientos y darles un tratamiento diferenciado. Uno de los comisionados que participaron en la elaboración del proyecto del actual C. de P. P. sostenía:

"Parece aconsejable que los delitos de menor entidad pero que cualitativamente son los más numerosos y por tanto causan mayor alarma social por afectar a mayor número de personas, sean juzgados por un procedimiento más ágil..."<sup>6</sup>

<sup>4</sup> ETTORRE GALLO, *Una crociata per la giustizia*, Roma, 1980, pág. 33.

<sup>5</sup> ALESSANDRO BARATTA, "Criminologia e dogmatica penale", en *La Questione Criminale*, núm. 2, 1979, pág. 166.

<sup>6</sup> HERNANDO LONDOÑO J., "La nueva legislación sobre justicia penal", en *Tribuna Penal*, núm. 4, 1985, págs. 29 y ss.

De esta consideración se deduce que el concepto de "alarma social" no lo determina la condición del titular del bien jurídico afectado sino el radio de ofensa de tales comportamientos; de tal manera que solo intereses de clase determinaron el tratamiento dado a delitos como la extorsión o el secuestro extorsivo, que no son "los más numerosos" sino los que suscitan mayor escándalo publicitario por la ubicación social de las víctimas de tales comportamientos. No hay otra razón para que en nuestro medio delitos como el de secuestro o extorsión produzcan la misma alarma social (con el concepto del comisionado citado) que los delitos contra el patrimonio económico. Del cuadro estadístico elaborado por la Policía Nacional sobre las cifras de la criminalidad entre 1958 y 1982 se desprende que mientras se han cometido 2.000.000 de delitos contra el patrimonio económico, entre los cuales la extorsión no ocupa ni el 1%, contra la libertad individual oficialmente solo se han contado 30.000, de los cuales solo 600 secuestros entre 1970 y 1981.

### 3. LAS NORMAS SOBRE CAPTURA, LIBERTAD Y DETENCIÓN SON LAS QUE MÁS SE HAN IMPROVISADO DESDE LA EXPEDICIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1971, PORQUE SON LAS QUE MÁS SE PRESTAN PARA MANIPULAR LA OPINIÓN PÚBLICA, CONSTITUYÉNDOLAS EN MECANISMO DE IMPACTO SOCIAL

Así lo demuestra el cambio de criterios para la expedición de la ley 2ª de 1984 y de los decretos 1853 de 1985 y 056 de 1986. Recordemos cómo al ambiente de indignación que vivía el país por los sucesos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, el gobierno ofrece "seguridad" mediante el decreto 056 expedido dos meses después de aquellos acontecimientos y con el cual se negaban prácticamente los principios inspiradores del decreto 1853 al obligar a detener preventivamente y negarles la libertad provisional a quienes fueran sorprendidos en flagrancia. Este decreto representó una concesión del gobierno a quienes con tanto escándalo se opusieron al principio de libertad consagrado en el 1853; iba dirigido obviamente a los comportamientos típicos de los sectores populares que son los expuestos a ser sorprendidos en flagrancia, pues para descubrir y adecuar típicamente el comportamiento de un banquero se requiere un lapso de tiempo más o menos prolongado; o como sostenía SUTHERLAND "la escasa longitud de las piernas sería entonces una variable significativa para definir el tipo criminal, porque el ladrón de piernas largas corre más fuerte y no es apresado por la policía"<sup>7</sup>.

Las normas sobre encarcelamiento juegan un papel político muy importante, máxime en nuestro medio en el que la encarcelación preventiva se ha convertido en el instrumento de sanción principal y con él los gobiernos ofrecen "seguridad ciudadana", porque:

<sup>7</sup> Citado por LOLA ANIYAR DE CASTRO, *La realidad contra los mitos*, Maracaibo, 1983, pág. 17.

Un análisis sobre el decreto 56: MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *Prontuario de legislación de instrucción criminal*, Bogotá, 1986, pág. 80.

“Actúa como elemento de integración del cuerpo social produciendo sentimientos de unidad en todos aquellos que son solamente espectadores, logrando de tal modo la consolidación de las relaciones de poder existentes”<sup>8</sup>.

La historia del decreto 1853 de 1985, que sirvió como antecedente al capítulo que aquí se analiza, es sintomática de la utilización mal intencionada que se da a normas como las de captura, detención y libertad. En efecto, contra el mencionado decreto, que ha representado uno de los máximos avances para nuestro país en esta materia, se improvisaron “penalistas” de todos los estilos, desde directores de periódicos hasta representantes de los grandes monopolios económicos del país, que tal vez nunca han leído un texto de criminología. Los enemigos de dicho decreto idearon tres mecanismos:

a) *La utilización morbosa del delito con fines publicitarios y económicos.* aa) El director del diario “El Tiempo”, sostuvo:

“Fácil es comprender cómo los apartamenteros, atracadores, raponeros y toda esa plaga que hoy constituye una amenaza para la tranquilidad pública, no solo podrán seguir ejerciendo su profesión con cierta seguridad, sino que tan pronto regresen a la calle incrementarán con todas las consecuencias fáciles de prever”<sup>9</sup>.

¿Por qué no se preocupa más bien “El Tiempo” por ayudar a rehabilitar a los que salen de las cárceles antes de pedir que regresen a ellas?

ab) “El Espacio” vendió la noticia sobre el mencionado decreto con una mentira escandalosa: “El raponazo, un delito que se quedó sin cárcel”, tituló este vespertino<sup>10</sup>.

b) *El ofrecimiento de seguridad como parte de las promesas electorales.* ba) Uno de los candidatos presidenciales derrotados sostuvo en varias oportunidades en la plaza pública:

“En el momento en que el delincuente sabe que solo por delitos muy graves va a ser detenido... nos va a crear un clima tal que va a aumentar la inseguridad y creo que este va a ser el mayor dolor del pueblo en los próximos años... (por eso) ese grito de anhelo que se escucha (es) justicia, justicia, justicia<sup>11</sup> ...el problema habría podido solucionarse de otra manera, por ejemplo construyendo más cárceles...”<sup>12</sup>.

Y remataba responsabilizando a los jueces de la falta de funcionamiento de la justicia para proponer “elección popular” de jueces y magistrados<sup>13</sup>.

bb) De la misma manera Joaquín Zárate Galeano, diplomático de profesión, responsabilizó de la ola de inseguridad a Enrique Parejo González, porque según

<sup>8</sup> ALESSANDRO BARATTA, *Introduzione a la sociologia giuridico-penale*, Boloña, 1980, pág. 207.

<sup>9</sup> LONDOÑO J., ob. cit., pág. 48.

<sup>10</sup> *El Espacio*, Bogotá, 29, I, 1986, 3.

<sup>11</sup> *El Siglo*, Bogotá, 16 VII, 1986, I.

<sup>12</sup> *El Siglo*, Bogotá, 19, VII, 1986, I.

<sup>13</sup> *El Tiempo*, 13, V, 1986, Ult. E.

el analista “El decreto 1853 dejó vigente en la práctica solo 38 artículos de los 374 que tiene el C. P.; los restantes 336 quedaron cubiertos por el mando de la impunidad, por eso si el nuevo C. de P. P. incluye la ley 2ª y el decreto 1853, el próximo Congreso tendrá que derogarlo”<sup>14</sup>.

c) La tesis aparentemente técnica de los penalistas que por su prestigio en el litigio o ejercicio de cargo, se presentan como “neutrales” ideológicamente, cumpliendo en la práctica el papel de legitimadores del instrumento penal. Contra el decreto 1853 se pronunciaron los doctores BARRERA DOMÍNGUEZ, GÓMEZ ARISTIZÁBAL, ESTRADA VÉLEZ, OLIVAR BONILLA, CÓRDOBA POVEDA, CASTILLO CORREDOR, HERIBERTO VELÁSQUEZ, etc.

Una de las tesis que más agitaban en foros y corrillos fue la de que Colombia es un país atrasado, subdesarrollado, que no puede darse el lujo de consagrar la libertad como principio general. Son las mismas tesis usadas en la práctica política por los enemigos de la democracia, según las cuales el pluralismo, el Estado de derecho, es un lujo para los países desarrollados y los estados de excepción y las dictaduras se hicieron para nosotros los subdesarrollados. La versión para el derecho penal es que la descriminalización, la despenalización, la desprisonalización, son tesis europeas; pero se olvidan de que lo contrario de esas medidas, es decir la pena, la cárcel, la detención preventiva, etc., fueron importadas desde Europa.

Esa misma tesis viene siendo sostenida por el Dr. ÁLVARO CERÓN en nombre del ministro de Justicia en las charlas de presentación del nuevo C. de P. P.; ha dicho varias veces el doctor Cerón que este es un Código modesto pero que es muy nuestro; que nos acordemos que estamos en Cundinamarca y no en Dinamarca.

¿Acaso no saben los defensores de estas tesis que la teoría de que la pena previene el delito por coacción psicológica sobre las personas fue ideada por ANSELM VON FEUERBACH, por ENMANUEL KANT, que no tenían nada de latinoamericanos? ¿Acaso no saben que la institución carcelaria que se aplica en Colombia proviene de las casas de corrección usadas en el medioevo europeo para disciplinar a los mendigos, vagabundos y demás marginados al nuevo sistema de producción económica naciente? ¿Acaso no saben que la tripartición del delito en tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad es de construcción alemana?

Tal vez lo saben, pero lo callan porque son especialistas en copiar las modas en desuso en otras latitudes, como lo ha sostenido en nuestro medio FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

4. LA OLA DE CRIMINALIDAD QUE HA VIVIDO EL PAÍS DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 2ª DE 1984 Y DE LOS DECRETOS 1853 DE 1985 Y 56 DE 1986, CONTRIBUYE A CONFIRMAR LA TESIS DEFENDIDA POR LA CRIMINOLOGÍA MODERNA, SEGÚN LA CUAL EL ÍNDICE DE CRIMINALIDAD AUMENTA O DISMINUYE INDEPENDIENTEMENTE DE LAS LEYES PENALES

Esta tesis fue muy bien sustentada hacia los años treinta por G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER mediante investigaciones realizadas en varios países europeos,

<sup>14</sup> *El Tiempo*, 15, V, 1986, 6A.

en las que se demostró que la benignidad de la pena no aumenta el número de delitos ni la severidad los disminuye, sino que las cifras de la criminalidad son proporcionales a las crisis económicas, políticas y morales<sup>15</sup>.

Con las cifras de la criminalidad en Colombia que a continuación relaciono, pretendo demostrar a los enemigos de los principios del 1853 que dicho decreto no causó aumento en la criminalidad como ellos con escándalo sostenían; ni con el 56, que acabó con los principios del decreto 1853, la criminalidad disminuyó, y que lo mismo podemos presagiar con el nuevo C. de P. P.: nada tendrá que ver con el aumento o disminución del número de delitos. Esto se había demostrado también con el C. P. de 1980. En efecto, siendo una de las características de dicho Código el aumento punitivo, se esperaba que disminuyera la criminalidad; sin embargo, en el año de 1980, en el cual se aplicaba todavía el C. P. de 1936, se cometieron 228.184 delitos, mientras que en 1981, cuando comienza a aplicarse el nuevo estatuto, se cometieron 229.487, es decir, cerca de 4.000 delitos más<sup>16</sup>.

Las cifras oficiales que a continuación se relacionan, demuestran nuestra tesis:

<sup>15</sup> G. RUSCHE y O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 239 y ss.

<sup>16</sup> ALFONSO REYES E., *Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pág. 204.

CUADRO N° 1

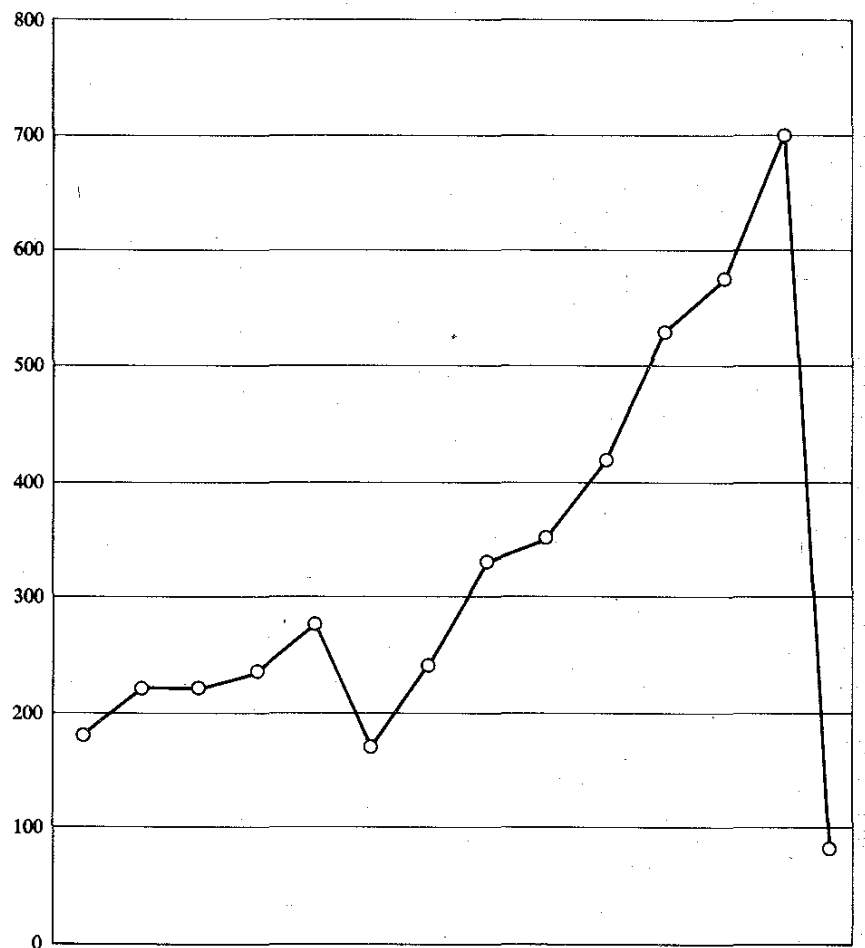
DELITO	Ley 2ª: II Semestre 1984	Dec. 1853: II Semestre 1985	Dec. 056: I Semestre 1986
Terrorismo	204	256	235
Especulación	2	17	12
Secuestro extorsivo	134	150	94
Hurto simple	21.059	8.575	16.896
Hurto calificado (incluido el raponazo)	13.153	13.275	17.403
TOTAL delitos cometidos por semestre	107.567	98.389	96.333
TOTAL delitos cometidos por año	209.508	195.500	204.678
Teniendo en cuenta únicamente el mes de diciembre	1984	1985	1986
Hurto simple	3.437	3.038	3.822
Hurto calificado	2.078	2.322	2.155
Secuestro extorsivo	8	25	15

Fuente: Estadística de criminalidad. Policía Nacional, marzo 1986. Ministerio de Justicia, marzo 1987.

CUADRO N° 2

MES DE COMISIÓN DE LOS DELITOS REGISTRADOS  
EN EL TOTAL DE CIUDADES Y ÁREAS 1985

DELITOS



Nov. Dic. Ene. Feb. Mar. Abr. May. Jun. Jul. Ago. Sep. Oct. Nov. Dic.\*

1984

1985

\* Diciembre del 85 se considera incompleto

FTE: CUADRO 9

El cuadro N° 1 corresponde a las cifras de la criminalidad aparente, es decir, aquellas que muestran las instancias oficiales para hacer creer que los comportamientos “delictivos” son una proporción reducida y producto de una “minoría mala”, tesis que es combatida por la moderna criminología<sup>17</sup>, la cual ha demostrado al respecto que los delitos son comportamientos que se presentan en todas las clases sociales y que las cifras oficiales son el producto de un proceso de selección clasista. El cuadro N° 2 fue elaborado por el DANE con los resultados de una investigación reciente sobre la “criminalidad real” entre 1985 y 1986, mediante contacto directo con algunas de las víctimas<sup>18</sup>. De ambos cuadros podemos extraer algunas conclusiones:

a) La mayoría de delitos que fueron tratados con mayor rigor mediante el 1853, como la especulación, habrían aumentado.

b) Otros delitos que fueron favorecidos por el mismo decreto, con medida de aseguramiento diferente a la de encarcelamiento, como el hurto simple, habrían disminuido.

c) Un delito como el de “raponazo”, con el que tanto especularon y mintieron, habría mantenido relativamente la misma cifra tanto con la ley 2ª como con el decreto 1853, aumentado sensiblemente durante la vigencia del decreto 56 a pesar de haber sido expedido prácticamente contra delitos como este, por ser de los que permiten la flagrancia, negando la excarcelación para sus autores.

d) Con el decreto 56, con el cual se pretendió morigerar la “benevolencia” del decreto 1853, no habría disminuido la cifra de criminalidad; por el contrario, en algunos casos, aumentaría vertiginosamente.

e) Teniendo en cuenta solamente los datos del DANE sobre “criminalidad real”, el aumento de esta no se presenta con el decreto 1853, porque el ascenso que muestra el gráfico se inicia desde abril de 1985, período de la ley 2ª, continuando el mismo ritmo en julio del mismo año, fecha en que según los utópicos comenzó la “inhibición” o el “estímulo” para los “delincuentes” por la vigencia del decreto 1853.

5. LAS NUEVAS NORMAS SOBRE CAPTURA RECOGEN LOS POSTULADOS DEL DECRETO 1853, SUPERÁNDOLO EN MUCHOS ASPECTOS Y POR TANTO REPRESENTAN UNO DE LOS MAYORES AVANCES PARA EL DERECHO PROCESAL COLOMBIANO

a) Eliminan el concepto de cuasiflagrancia, que se prestaba para muchas arbitrariedades por su fácil confusión con la flagrancia.

b) Consagran el derecho para el capturado en flagrancia de ser puesto de inmediato a órdenes de un juez, con lo cual se evita el tratamiento clandestino que le daban las autoridades de policía.

c) Prohíben la captura para indagatoria en la mayoría de los delitos, y consagran la captura facultativa solo para aquellos delitos expresamente previstos.

<sup>17</sup> FRANCO BASAGLIA, *La maggioranza deviante*, Boloña, 1978.

<sup>18</sup> DANE, División de Estudios Sociales, Bogotá, 1986.

¿Cómo orientar al juez para ejercer la facultad discrecional de capturar? Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia desenmascarar los argumentos de contenido ideológico que incitan al funcionario a capturar por motivo de “seguridad ciudadana” y educarlo en el sentido de expedir órdenes de captura por estricta necesidad de garantizar la comparecencia del sindicado.

6. LA CONSAGRACIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DIFERENTES A LA DE ENCARCELACIÓN PARA RESOLVER LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PROCESADO, REIVINDICA EL AVANCE LOGRADO EN ESTA MATERIA POR EL DECRETO 1853 Y, POR TANTO, DEBE SER DEFENDIDA POR LAS CORRIENTES DEMOCRÁTICAS DEL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

Esta innovación para nuestro sistema procesal penal representa, al menos en parte, el respeto a la presunción de inocencia y al derecho del sindicado a no ser encarcelado mientras no sea declarado culpable mediante sentencia, principios que han sido ratificados por Colombia con la suscripción de varios tratados internacionales. Decimos que al menos en parte porque, en teoría, de acuerdo con el nuevo Código, la situación jurídica deberá resolverse de la siguiente manera: con *conminación*, 44 tipos penales; con *caución* 137 y con *detención*, 178. Sin embargo, teniendo en cuenta las estadísticas oficiales, en la práctica la mayor parte de los delitos en nuestro país tendrán *detención preventiva*. En efecto, los delitos de mayor ocurrencia son contra el patrimonio económico y contra la vida e integridad personal, entre los cuales el hurto calificado, el hurto agravado, el homicidio y las lesiones, para los cuales se consagra detención obligatoria, representan más del 55%.

Por otra parte, la selección de los tipos penales para asignarles una u otra medida de aseguramiento, se hizo partiendo del sistema punitivo consagrado en el actual Código sustantivo, y por tanto el nuevo C. de P. P. traslada para sí el clasismo y la desigualdad de que adolece aquel estatuto, que estableció sanciones severas para los comportamientos típicos de las clases populares como el abuso de confianza y el fraude mediante cheque y penas irrisorias para los comportamientos típicos de los detentadores del poder económico y político, como el tráfico de influencias o la violación de medidas sanitarias<sup>19</sup>.

7. EL NUEVO CÓDIGO CONSAGRA LA DETENCIÓN PREVENTIVA PARA LA MAYOR PARTE DE LOS COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS PORQUE EN NUESTRO PAÍS, DADA LA INFLACIÓN PENAL QUE GENERA PARÁLISIS EN LA JUSTICIA, EL CUMPLIMIENTO DE PENA IMPUESTA HA SIDO SUSTITUIDA POR LA ANTICIPACIÓN DE LA PENA

El nuevo Código no señala cuál es la función de la detención preventiva, y si los comisionados han creído que es aquella señalada tradicionalmente por doctrina y jurisprudencia, es decir, la necesidad de asegurar la disponibilidad del sindicado e impedir que estando libre enturbie la investigación, debe ser la personalidad del

<sup>19</sup> ÁLVARO PÉREZ P., *Criminología y nuevo Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 26 y ss.

sindicado la que determine la necesidad de esta medida y no la clase de delito cometido, como se consagra en el nuevo Código. Este tratamiento de la detención preventiva obligatoria se explica diciendo que ella cumple las mismas funciones no declaradas de la pena privativa de la libertad, con la agravante de que se anticipan sin haber sido declarado culpable el procesado, principalmente en un país como el nuestro, en el que de 25.000 encarcelados registrados en diciembre de 1986, 15.000 eran simplemente sindicados y solo 10.000 condenados. O sea que con la detención preventiva se busca, aunque no se declare, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Instrumentalizar al encarcelado para que con su exclusión de la sociedad esta se sienta protegida por el gobierno, creando la falsa sensación de “seguridad ciudadana”.
- b) Segregar y estigmatizar las clases marginadas.
- c) Seleccionar chivos expiatorios de las clases dominantes para mostrarlos como ejemplos de “igualdad” del derecho penal.
- d) Servir como un regulador más del mercado libre de trabajo.
- e) Reforzar los principios del sistema vigente.

8. EL NUEVO CÓDIGO NO CONSAGRA NINGUNA DE LAS MEDIDAS PROPUESTAS POR LA POLÍTICA CRIMINAL MODERNA PARA SUSTITUIR EL ENCERRAMIENTO PARASITARIO EN QUE SE HA CONVERTIDO EL ENCARCELAMIENTO

Como hemos dicho anteriormente, en nuestro país se sostiene que somos aún muy subdesarrollados como para permitirnos “privilegiar” con la libertad controlada a los sindicados; sin embargo, quienes así piensan no tienen en cuenta que nuestro subdesarrollo no nos da para gastar parte de nuestra fuerza de trabajo aislando seres como parásitos improductivos y consumiendo parte de nuestro miserable presupuesto en su supervivencia. Las propuestas de la política criminal moderna como la del arresto de fin de semana, los sistemas de semilibertad, las medidas de control social comunitario, el trabajo obligatorio a favor de la comunidad, el arresto domiciliario, etc., fueron completamente desatendidas, a pesar de que comisionados como el doctor LONDOÑO JIMÉNEZ propusieron la detención parcial en domicilio o lugar de trabajo o estudio para las siguientes eventualidades: a) cuando se procede por un hecho punible cuya pena máxima sea de seis años, y b) en los casos en que el sindicado no haya podido ser excarcelado por expresa prohibición de las normas sobre excarcelación<sup>20</sup>.

Sin embargo la propuesta fue rechazada por los mismos motivos de “inconveniencia” que suelen inventar para ocultar la motivación ideológica, como sucedió en la última Comisión, que suprimió la exigencia de la querrela para iniciar el proceso tal como se contemplaba en el Anteproyecto, y que hiciera decir al delegado de

<sup>20</sup> Acta del 20, II, 1985, Minjusticia, Bogotá.

la Corte que "las bases del proyecto se van sustancialmente abajo y quedamos otra vez en el Código de 1938"<sup>21</sup>.

Además no se contemplaron los principios rectores mínimos del sistema detentivo que proponía la Procuraduría General de la Nación<sup>22</sup>: ejercicio del derecho de reunión, sufragio, remuneración justa en igualdad de condiciones al no detenido, derecho a recibir información sobre la vida del país, etc.

#### 9. LA LIBERTAD PROVISIONAL TAMBIÉN FUE REGULADA TENIENDO COMO BASE EL SISTEMA PUNITIVO CLASISTA CONSAGRADO EN EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO

En esta materia de la libertad provisional debemos resaltar:

a) Mantiene en términos generales las causales que se venían utilizando desde la ley 2<sup>a</sup>, en particular la innovación introducida de conceder la libertad cuando se den los requisitos que sustentan el subrogado de la condena condicional.

b) Se consagra la excarcelación como un derecho y no como un beneficio, lo cual limita más al juez para negarla.

c) Al prohibirse la excarcelación para los delitos cuyo mínimo sea de tres años de privación de la libertad queda anclado al sistema punitivo clasista consagrado en el Código sustantivo como lo anotamos anteriormente, y la lista de delitos que a estos se agrega, independiente de su pena, fueron escogidos arbitrariamente según la concepción de los comisionados de "gravedad del hecho" y "alarma social"<sup>23</sup>. Esta prohibición va dirigida especialmente a encerrar definitivamente a "raponeros" y "apartamenteros", para los que se consagra de hecho la imposibilidad de su rehabilitación, porque la cárcel fue hecha para una población a la cual hay que combatir y destruir antes que reeducar o resocializar.

d) Sin ningún criterio de política criminal, se prohíbe la libertad provisional por no otorgar la caución impuesta, o por incumplir las obligaciones, o por tener en otro proceso medida de aseguramiento vigente: es clara la expresión del peligrosismo que dicen haber eliminado.

En conclusión, con el capítulo que analizamos del nuevo Código, si bien de una parte se ratificó el avance logrado con el decreto 1853 de 1985, de otra se desaprovechó la oportunidad para hacer una reforma profunda y democrática; en consecuencia, la cárcel anticipada, en un país como el nuestro, seguirá siendo un mecanismo violento más para contener los conflictos generados por la miseria y excepcionalmente para reacomodar las relaciones de propiedad y de poder. Seguiremos pues con la esperanza de conquistar las medidas de control social más eficaces y acordes con nuestro subdesarrollo y de tener una verdadera *seguridad* cuando haya más *justicia social* y menos *derecho penal*.

<sup>21</sup> Posición asumida por el magistrado EDGAR SAAVEDRA, según acta núm. 3 de nov. de 1986. El Dr. GARCÍA VALENCIA se pronunció contra la exigencia de la querrela porque, en "el momento actual que vive el país es inconveniente, etc...".

<sup>22</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Comentarios al Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, 1986, pág. 12.

<sup>23</sup> L. HULSMAN y otros, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Barcelona, 1984, pág. 90, a propósito de la relatividad del concepto "gravedad" del delito.

## SECCIÓN DE FORO ESTUDIANTIL \*

\* Un viejo anhelo del estudiantado de Derecho, en el plano nacional, de tener su propia tribuna en nuestra Revista, se torna hoy realidad con la aparición de esta sección. Invitamos a las nuevas generaciones de estudiosos que aún visitan la Universidad a enviar sus colaboraciones en el ámbito de las ciencias penales, con el único requisito de que los trabajos reúnan seriedad académica, sin restricciones ideológicas o políticas de ninguna índole, dentro de la concepción pluralista que siempre nos ha caracterizado. (Fernando Velásquez V., *Coordinador*).