

Napoleon Ignacio Suenz

LA DETENCION
PREVENTIVA
EN NUESTRO DERECHO PROCESAL

BOGOTA
Imp. del C. de Jesús
MCMXXVIII



F9E41

República de Colombia
Universidad Nacional — Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

LA DETENCION PREVENTIVA EN NUESTRO DERECHO PROCESAL



TESIS PRESENTADA POR
NAPOLEON IGNACIO SAENZ
PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

BOGOTA
Imp. del C. de Jesús
MCMXXVIII

(«La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores»).

*Artículo 2.º del Acuerdo del Consejo Directivo de la Facultad.
Agosto 14 de 1919.*

A mi madre

Teresa R. v. de Sáenz

RECTOR DE LA FACULTAD:

DOCTOR EDUARDO RESTREPO SAENZ

PRESIDENTE DE TESIS:

DOCTOR PEDRO MARIA CARREÑO

JURADO EXAMINADOR:

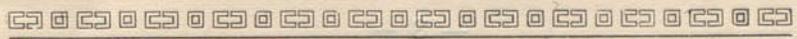
DOCTOR EDUARDO RESTREPO SAENZ

DOCTOR IGNACIO R. PIÑEROS

DOCTOR JUAN C. TRUJILLO ARROYO

Secretario de la Facultad:

DOCTOR RODRIGO JIMENEZ MEJIA



PRIMERA PARTE

PRELIMINARES

1. DE LOS CRITERIOS EMPIRICOS EN LA INTERPRETACION DE LAS LEYES En las prácticas judiciales se ven con frecuencia procedimientos que, por no obedecer a una doctrina que los dirija, son empíricos o rutinarios y tienen por causa principal el hecho, no muy raro, de que hay funcionarios cuya preparación no parece suficiente para que al estudiar las leyes puedan darles otra razón de ser, fuera de la existencia del texto legal o la tradición o la costumbre.

Si el objeto de la enseñanza universitaria se limitara a conocer los códigos, no podría elevarse a la dignidad de ciencia, ni habría a quién dejarle el campo de las investigaciones que dan criterio para interpretar lo que el legislador quiso decir al consagrar su pensamiento en una fórmula escrita, ordenada por la razón y promulgada para el bien común de quienes tienen el deber de obedecerla. La promulgación es, al decir de Portalis, la edición solemne de la ley, el medio de hacer que conste su existencia y de vincular el pueblo a su ejecución.

El criterio que se funda en reconocerle valor solamente a las palabras del artículo, no puede servir de norma en las actuaciones judiciales. La interpretación que se le puede dar al texto legal, en rigor, es natural cuando se complementa con las deducciones dirigidas por las reglas que ofrece la lógica y con la historia que dejó el establecimiento del principio consagrado en el momento legislativo; así es

como se conoce lo que el legislador estableció al emplear esas palabras sometidas al juicio del intérprete. Para aplicar siempre la ley en el sentido literal, se necesitaba que las normas penales se refirieran a todos los casos y, como estos son innumerables, es imposible esa exigencia; un código como el penal de Rusia, que ya fue abolido, por más que tuviera 1.711 artículos, mal podría enumerar todos los hechos detalladamente.

En otros casos las palabras falsean el concepto de la ley y entonces deben analizarse lógicamente, por suponer que lo ilógico no lo ha querido establecer el legislador, pues, él voluntariamente no se contradice. Con la lógica y la doctrina de principios verdaderos se logrará hacer una buena interpretación que es, como sostiene Windscheid, más que una ciencia que pueda enseñarse, un arte que debe aprenderse.

La interpretación de la ley fundada en la tradición o en la costumbre, consagradas en aforismos breves, v. gr., «donde la ley no distingue no es lícito distinguir». «La ignorancia de la ley no sirve de excusa», etc., etc. tienen la ventaja de convencer con pocas palabras a quienes por persuasión o condescendencia los aceptan, pero llevan la desventaja de crear un criterio de interpretación en una figura de autoridad cuya personería no todos reconocen: la autoridad de los creyentes no es suficiente para imprimir la convicción en el ánimo de los escépticos. El último aforismo citado como ejemplo, *ignorantia legis non excusat*, tiende a rectificarse en materia civil y en derecho penal hay que reconocerlo teóricamente como falso, si es que la imputabilidad resulta de un juicio práctico que presupone un hecho del hombre y una ley conocida. Sólo que en la práctica hay que darle valor para asegurar la eficacia de las leyes, sobre todo las que castigan los delitos llamados de derecho natural, cuyo carácter ilícito se conoce por el sentido moral que en todos existe, o por el *mínimum de sen-*

timientos de que habla Garófalo; de lo contrario las leyes penales estarían amenazadas por la excusa de la ignorancia que, en ese caso, siempre pudiera alegarse para conseguir la impunidad de los responsables. La ignorancia es carencia de ciencia y sería injusto decir que el acto ejecutado por una persona ignorante pero de plena buena fe y en la creencia de que era bueno, debe reputarse como delictuoso; por estas consideraciones los códigos modernos ya colocan la ignorancia de la ley entre las causas de no imputabilidad, tratándose de las contravenciones.

La aplicación ciega de la letra del artículo por una interpretación fundada en la tradición o en la costumbre, no puede aceptarse porque es incompleta y arbitraria. En verdad, muchos la prefieren porque la consideran, unas veces, como más apropiada para justificar la ausencia de razones, y otras, por creerla más práctica, por suponer que las redes de la realidad tienen mallas más tupidas que las de la dialéctica y que con ellas pueden hacer mejor presa que con las razones derivadas de la lógica sobre los principios jurídicos y generalizaciones de la filosofía.

Esa facultad de interpretar la ley tampoco debe considerarse fuera de los caminos que señala el raciocinio y que sostiene la justicia; Beccaria (1), uno de los más célebres filósofos reformadores, decía: nada es más peligroso que el común axioma de que es preciso consultar el espíritu de la ley; adoptar ese criterio, agrega, es romper los diques y abandonar las leyes al torrente de las opiniones; y sin embargo cree que esa es una verdad demostrada, aunque aparezca una paradoja a aquellos que se conmueven más fuertemente con un pequeño desorden actual que con las consecuencias lejanas de un principio falso establecido en una legislación.

Es cierto también que las verdades jurídicas escondidas

(1) Beccaria. Des délits, et des peines, pág. 18.

en un precepto de la ley, no siempre se dejan encontrar fácilmente; casos hay en que, el encargado de aplicar la ley, finge defender la verdad jurídica y busca en la letra del artículo el arma que habrá de emplear contra las verdades filosóficas; entonces la lucha entre las dos tendencias será desigual, porque, cualquiera que sea el criterio del juzgador, este tendrá en la mano el sello que le imprime carácter de rectitud a su conducta y de valor a su tendencia, por más que los argumentos que emplea no son para sostener su opinión sino para defender su causa: allí aparece la secta filosófica y no la doctrina jurídica.

En otras ocasiones la adhesión fanática a la letra de los artículos, tiene como origen la consideración que hace el juzgador en presencia del principio allí establecido, con el recuerdo de los obstáculos que se opusieron, por las preocupaciones populares, al establecimiento de ese precepto legal; las resistencias que encontró en medio de la sociedad donde actúa y la lucha desarrollada en su defensa; y, como toda tradición en su origen representa una rebelión contra otra antigua tendencia, continúa la campaña tradicional ante todo lo que a él le parece que contradice el texto de la ley. Los que siguen esa manera de pensar y miran solo la letra del derecho positivo, sin escuchar las voces de la razón, ni sentir las trepidaciones de la conciencia, niegan, en cierto modo, el Derecho Natural (1): «ciencia que estudia los deberes y derechos que emanan de las relaciones esenciales entre los hombres, conocidas por la razón», y caen en los absurdos de la escuela pragmática (2), para la cual el Estado, como origen de todos los derechos, goza de un poder infinito y así se llegaría a las más grandes exageraciones: lo que manda el Estado es lo bueno y lo justo, lo que prohíbe lo injusto y lo malo, sin reconocer

(1) Francisco Ginebra. Tomo III, pág. 64.

(2) Syllabus. Proposición 39.

más criterio, ni más fundamento del Derecho y la Justicia que la ley civil.

2. NECESIDAD DEL MINISTERIO DE JUSTICIA (1) * * * * * Si buscamos un correctivo para impedir que aumenten esos criterios que al pretender interpretar la voluntad del legislador la desconocen y contradicen, se debe establecer el Ministerio de Justicia, pero en verdad que sea un Ministerio como los que existen en la mayor parte de los Estados europeos y americanos, y no una jefatura de sección del Ministerio de Gobierno como aquí sucede, por cuyo motivo en nada puede, ni ha podido contribuir en las reformas penales, que por su misma naturaleza debe tener el encargo de esa misión; que estudie las bases para reglamentar el ejercicio de la judicatura y la profesión del abogado: vr. gr., clasificando en categorías a los titulados honorables y aquellos que por sus actuaciones delictuosas deben quedar impedidos para ejercer la profesión; los que han hecho estudios universitarios completos y los que no tienen ninguna base científica de Derecho y sí «son hábiles» en las encrucijadas del procedimiento. Que ese Ministerio tenga la facultad de conocer los delitos o culpas de los funcionarios del poder judicial para iniciar debidamente el respectivo juicio de responsabilidad; que supervigile los establecimientos penitenciarios y las cárceles de detenidos y enjuiciados, que estudie la organización y reforma de las facultades de Derecho

(1) El Ministerio de Justicia existió en Colombia y fue creado por la Ley 13 de 1890, reglamentada por el decreto número 774 de 24 de octubre de 1890. El Congreso de 1892 quiso derogar la ley de su creación pero, desechado su propósito, el ejecutivo reorganizó el Ministerio de Justicia por el decreto número 130 de 27 de octubre de 1892.

Finalmente, en 1894, por la Ley 11 dejó de existir y las funciones del Ministerio de Justicia quedaron bajo el control de un jefe de sección del Ministerio de Gobierno, sección 4.

que no deben depender del Ministerio de Educación, encargado hasta hoy a los médicos; que se establezca en forma definitiva la debida separación entre el poder judicial y el ejecutivo, como lo manda nuestra carta fundamental (1), y, finalmente, que se encargue de preparar las leyes ordinarias para limitar el recurso de las facultades extraordinarias ejercidas por otros poderes, en todo tiempo peligrosas, casi siempre ineficaces, aunque necesarias a veces, como sucede hoy en Colombia que, por la confianza depositada en el encargado del Poder Ejecutivo y por la manera original como se forma el personal de las cámaras legislativas, se hace indispensable el ejercicio extraordinario de una facultad que no es propia de un poder encargado de ejecutar la ley.

Sin embargo, basta considerar las prácticas electorales y la escogencia del personal legislativo, para justificar el uso de facultades extraordinarias por el Ejecutivo; no es rarísimo el caso de que un representante haya gestionado la suspensión o rehabilitación de sus derechos políticos en los preludios de una campaña electoral, ni de que los mismos empleados inferiores de la Secretaría de las Cámaras, suplentes anacrónicos, hayan saltado la barandilla que los separaba de los congresistas para entrar en el recinto y ocupar puesto como representantes del pueblo, con derecho a legislar y regir sus destinos.

Como consecuencia de esas usurpaciones vienen las incapacidades legislativas, y el poder de legisladores tienen que cederlo bajo la forma de facultades extraordinarias a un poder que, en ocasiones, ha servido de elemento moderador para evitar que el pueblo reivindique la investidura de sus ficticios representantes y que estos consiguieron,

(1) Montesquieu decía: es imposible que haya libertad donde los poderes no son rigurosamente distintos; cuanto mayor sea la distinción tanto más la libertad estará garantizada.

unas veces, merced al fraude y otras por medio del prevaricato, casi siempre impunes.

Bien hace el ejecutivo, consciente de sus deberes y responsabilidades, en ejercitar esas facultades en tutela de los intereses sociales que, vendrían a quedar supeditados o desconocidos, si aguardase en el parlamento el triunfo de los auténticos voceros del pueblo, o que los demás se repongan de su impotencia legislativa. Acaso el gobierno puede permanecer neutral e impasible ante la irrupción de las doctrinas disolventes que socavan los cimientos de nuestra organización nacional? Si las tolerara sí sería responsable; él tiene el deber de proteger la vida, la honra y los bienes de los asociados, y en primer lugar la de los factores que constituyen la fuerza principal de la sociedad, combatidos por los enemigos de la libertad en el orden. La misma Constitución Nacional en el artículo 28, «no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer la perturbación del orden público, sean aprehendidas de orden del gobierno y previo dictamen de los ministros, las personas contra quienes haya graves indicios que atenten contra la paz pública». Pero ese principio constitucional debe desarrollarse en la ley en la forma ordinaria, o, si no puede hacer, fuerza es que venga la facultad extraordinaria del ejecutivo, a quien el partido dominante debe facilitarle los medios de que cumpla las graves obligaciones de gobernante, con principios derivados de la ley, o apoyarlo en el desarrollo del canon fundamental.

Por consiguiente, la responsabilidad de los daños o males que se pueden causar en uso de las facultades extraordinarias, deben buscarlas, nó en el mandatario o ejecutor de sus órdenes, sino en el círculo de sus obligaciones. Ellos son los responsables de los peligros que amenazan la destrucción social y el desobedecimiento de los regímenes que nos gobiernan y juraron defender cuando hicieron valer su credencial de representantes; que con nuevas

leyes no pretendan hacer ineficaz la acción del ejecutivo, si con la reforma no dan el remedio, en armonía con los principios constitucionales que no pueden ser contradichos por el legislador, porque entonces no serían obligatorios. Que dicten normas saludables, aunque las muchas leyes con que pretenden curar los males causados, a más de tener el defecto que anotaba el historiador romano, *corruptissima re-publica plurimae legis*, más que remedios de las enfermedades sociales, son pruebas ciertas de las debilidades del parlamento, como lo anotaba Richelieu en su testamento político.

Laurent, el sabio jurisconsulto belga decía, refiriéndose a la más alta de las funciones sociales: «si se necesitan especialistas para enseñar y aplicar las leyes, con mayor razón se deben necesitar para prepararlas». El mismo pensamiento consagra Stuar Mill en uno de sus escritos: «Hacer leyes es una obra que requiere, más que ninguna otra, no solamente espíritus prácticos y dotados de experiencia, sino también hombres formados para ese oficio por medio de largos y laboriosos estudios».

Que expidan buenas leyes u otorguen facultades extraordinarias al ejecutivo: ese también es un acto de soberanía ejercido en nombre del pueblo por el parlamento, si es que este quiere conservar su prestigio tan robusto en otros países que Herbert Spencer (1) en la obra «El Individuo contra el Estado» decía: «la gran superstición de otras épocas era el poder divino de los reyes: la gran superstición política de hoy es el poder divino de los parlamentos. Parece como si el óleo de la unción se hubiera deslizado de una sola cabeza sobre las de un gran número de individuos para consagrarlos a ellos y a sus decretos».

En consecuencia, sólo estudiando los principios y conociendo la realidad, investigando las teorías y apreciando la

(1) Página 161.

razón de ser de las prácticas seguidas sobre normas doctrinarias, es como se puede conseguir un criterio integral, directivo y necesario para ordenar cualesquiera actividades. Hay que tener presente que las instituciones son organismos que manifiestan cómo el Derecho tiene vida y que su desarrollo en la historia o en la legislación ha sido siempre el resultado de las ideas que nacen al impulso de las necesidades de la época y de la observación atenta de los fenómenos que presiden ese movimiento. Es que los preceptos legales no se pueden estudiar prescindiendo de los conocimientos que los imponen y los motivos que los justifican; la hermenéutica jurídica es la que nos enseña el verdadero concepto de la ley y de los actos lícitos o ilícitos, en armonía con aquella gran verdad escrita por el jurisconsulto Celso (1): *Scire leges non hoc est verba eorum tenere sed vim ac potestatem*, que vertida en buen romance dice: conocer las leyes no es retener sus textos o palabras sino penetrar en su alcance y poderío.

3. DEL ESTADO INDIVIDUAL Y EL ESTADO SOCIAL * * * Al estudiar el derecho constitucional se ve cómo las doctrinas que establece sobre sufragio, la separación de los poderes públicos, la división de las cámaras, etc. etc., tienen por fundamento el reconocimiento de un principio que preside el gobierno de los pueblos donde rigen sistemas republicanos y según el cual la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación. Entiéndese por ésta la sociedad de hombres sometidos a una autoridad común y bajo el imperio de unas mismas leyes. Esa asociación política que personifica la unión de los individuos que realizan por su cooperación orgánica una vida común es el Estado social. (2)

(2) Dig. 1 de legibus L. 17.

(3) Abadía Méndez. Conferencias. D. Cnal.

Los individuos que forman la Nación tienen la personalidad del ser que realiza un fin en la vida de un modo libre y consciente, si tienen: actividad, es decir, un principio vital aplicado a la satisfacción de sus necesidades; libertad para obligarse como agente jurídico y para ejecutar actos que toda obligación supone; y, finalmente, capacidad, más o menos adecuada para la naturaleza peculiar de sus necesidades. En este sentido puede decirse que toda persona, en cuanto realiza una función jurídica, tiene su Estado, no en el sentido histórico ni político, sino como dice Giner, en el de órgano de elaboración del Derecho.

Frente al Estado que recibe poder de la Sociedad para que regle los negocios y los administre en la consecución del fin social, existe lo que llamamos Estado Individual que tiene derechos, en el orden lógico y cronológico, anteriores a los Estados, cuyo uso libre se reserva, porque ejercidos libremente por el individuo y guiados por su propia inteligencia producen mayor bien que sometidos a un régimen común; si derechos y deberes son correlativos, y aquellos radican en el individuo, le corresponde al Estado respetarlos. Esos derechos, afirma Prisco, «constituyen el patrimonio particular del hombre, y la autoridad social y civil no se puede arrogar la facultad de alterar su esencia ni su fundamento, tiene solamente la potestad y el deber de garantizarlos, de reglamentar su ejercicio en orden al bien común, y dentro de los límites de la verdadera necesidad natural consiguiente a ese fin». Las leyes sobre los derechos individuales no son limitaciones a esas facultades o derechos del individuo, porque la esfera de estos derechos termina donde empieza la de los ajenos; lo que hace la ley es prohibir lo que no puede conservarse sin ofender el derecho de los demás.

El deslinde o separación de los poderes que le corresponden al Estado y los que son de competencia puramente individual y la inviolabilidad que estos tienen, como todo

otro derecho, se consagran en las cartas fundamentales, porque si la ley regula el ejercicio de las facultades del individuo sometidas al régimen social, es necesario poner fuera del alcance de la ley aquellos derechos y libertades, sin los cuales el ciudadano perdería su Estado Individual, y los asociados su calidad de pueblo libre.

La importancia de estos principios se obtuvo en la reacción contra los derechos ilimitados del Estado, según los entendieron los griegos y romanos; con la igualdad esencial de los hombres proclamada por el cristianismo, a la vez que con la aceptación del principio de que la fuente de los derechos individuales no puede hallarse sino en el hombre mismo, que, como dicen los escolásticos, tiene un fin moral y racional que cumplir, al propio tiempo que el de vivir en sociedad; y por último, con la proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano que consiguieron los revolucionarios franceses del 89, como fruto de la propaganda científica de los filósofos reformadores, Montesquieu, Beccaria, Ramagnosi, Bentham y Rossi, quienes desde mediados del siglo XVIII difundieron en reivindicación de los derechos primordiales y en contra de las instituciones opresoras de la humanidad. Esos postulados hoy tienen una consagración definitiva en nuestros principios jurídicos y tienden a garantizar lo que ha llamado el constituyente «derechos individuales y garantías sociales».

El Estado tiene por fin, como lo dice el eminente autor alemán Feuerbach, la conservación del bienestar humano y el mantenimiento de la coasociación de los hombres mediante las leyes del derecho; el delincuente con sus actos viola el derecho y esa violación contradice los fines que el Estado se propone, luego este debe tener los medios necesarios para cumplir su fin. La reunión de personas que forman la Sociedad Civil o el Estado no es obra exclusiva de sus voluntades, pues, siguiendo el concepto de Halleux, profesor de la universidad de Lovaina, la naturaleza

engendra instintos o necesidades en los hombres, bajo cuyo imperio se organizan en sociedad.

De estos conceptos nacen importantes consecuencias, porque si el hombre tiene por naturaleza el derecho de vivir en sociedad, ésta tiene el deber correlativo que se funda también en la naturaleza: el poder de realizar su obra y desempeñar su misión; luégo, si encuentra obstáculos para ejercer esos derechos tiene el deber de emplear los medios necesarios para hacer imposibles esas violaciones y para sancionarlas, sin que el individuo encuentre otro fundamento cuando quiera saber por qué se le castiga. En eso consiste precisamente el Derecho Penal.

Ese derecho de castigar que tiene el Estado considerado en abstracto, el *jus puniendi*, es anterior a la ejecución de cualquier acto delictuoso o violatorio de la ley; el *jus penale* o derecho de castigar determinado acto, necesita la existencia, la ejecución de un hecho punible, de donde nace la acción pública que se ejercita en nombre de la Sociedad. Magin, en el tratado «De la acción pública», se refiere a los perjudicados por el delito, quienes no pueden ejercitar la acción pública, porque esas facultades corresponden a los funcionarios que la misma ley designa y es independiente de todo interés privado; esa verdad, agrega, es una de las bases de nuestra justicia penal, pues, la ley no permite que la venganza privada se introduzca en la justicia, y entrega la persecución en manos de funcionarios especiales, a fin de que los caracteres de imparcialidad se garanticen por la misma ley de que son órganos.

Así considerada la esencia del Derecho Penal, quedan comprendidas en él las acciones civiles y criminales, sin entrar a considerar si la diferencia entre los dos ilícitos, civiles y penales, es cuantitativa o cualitativa.

4. FUNDAMENTO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA * * * * Establecido el límite que separa los derechos del Estado y los que apellidamos Estado Individual, y sabido que el Derecho Penal consiste en la facultad que tiene el Estado para impedir o sancionar las violaciones del derecho, se pregunta cuál es el fundamento de la detención preventiva, o cuál es la razón jurídica o filosófica que justifica el hecho de privar a un individuo de su libertad, aun que sea preventivamente, por sospechas que sobre él recaen, mientras se establece por medio de un juicio la naturaleza del motivo para imponerle la obligación de permanecer a órdenes de la justicia.

Detención «es el acto por el cual una persona autorizada para ello por la ley, priva a otra, de un modo provisional y por corto tiempo de su libertad de locomoción, en ciertos casos marcados por la misma ley, a fin de asegurar la acción de la justicia» (1). En esta definición entran los elementos de una detención legal; si falta alguno de ellos no existirá el uso sino el abuso, la detención arbitraria que se castiga penalmente, y que viene a desvirtuar lo que el legislador ha querido establecer como una necesidad de la justicia y una exigencia social. La aparente dulzura de los términos con que se autoriza esa privación de la libertad, en la práctica tiene una dolorosa realidad cuando se mira la ley y se conoce la calidad de los encargados de decretarla, el lugar a donde es conducido el detenido provisionalmente, el régimen a que tiene que sujetarse y las dificultades que ofrece el procedimiento para recuperar la libertad; todavía más, causa repugnancia la lectura de una providencia en que se concluye que no hay mérito para proceder contra el detenido, o cuando llega la sentencia contra el enjuiciado que, después de haber permanecido varios

(1) Enciclopedia Universal tomo XVIII. p. 680.

años en una cárcel, por estar sindicado de un delito que no admite excarcelación, oye decir fríamente: no está demostrada la culpabilidad, y, si lo estuviera, ya está cumplido el tiempo de su condena con la detención preventiva.

Los funcionarios que decretan las detenciones preventivas o prisiones provisionales deben unir a la moral jurídica los preceptos inmutables de la ética: «no debemos medir a los demás con una vara distinta de aquella con que exigimos que a nosotros mismos se nos mida», y recordar que el valor de esos principios, fundamentales en la Filosofía y en el Derecho, no es solamente teórico, sino que es preciso practicarlos. En justicia, el Estado tiene el deber de indemnizar por los perjuicios morales y materiales a su víctima, a quien sólo le impone obligaciones y no le reconoce derechos; no basta que la ley penal o procedimental trate de suavizar su rigor: la justicia es, usando la fórmula del jurisconsulto Ulpiano, *constans et perpetua voluntas jus sum cuique tribuendi*.

No entramos a considerar la evolución que ha sufrido esa facultad ejercida por el Estado en los encargados de la investigación de los delitos a través de la historia, por considerar que, como hecho relativo a la libertad individual, habrá recorrido la misma trayectoria, siendo menoscabada o reconocida, según la importancia o la manera como el Estado haya mirado al hombre con relación a sus derechos individuales, en orden a su Estado Individual. Blackstone (1) refiriéndose a Inglaterra, cuna de las libertades, habla así de los derechos del pueblo inglés: «Como están fundados en la naturaleza y la razón, son de la misma naturaleza coetáneos de nuestra forma de gobierno, aunque sujetos a veces a fluctuaciones y cambios, como todo lo establecido por los hombres. A veces los hemos visto oprimidos por

(1) Comentarios. Cap. 1, lib. 1.

príncipes imperiosos y tiránicos, y otras extendidos con tal lujo que aún tendía su extensión a la anarquía, estado peor que la tiranía» (1). Entre nosotros nada más exacto en materia de libertades que lo expresado por un gran patriota y comprobado con hechos repetidos en nuestra vida de pueblo libre: «Libertad, palabra mágica, cuyo significado es el imperio absoluto de la seguridad, basada en la leyes claras y fijas, con un imperio bienhechor que se sienta desde la choza del labriego hasta el palacio del poderoso. Has sido profanada por labios tan impuros, servido de pasaporte a hombres tan bajos y tan viles que cuando oímos que alguno te invoca, nos empinamos naturalmente para columbrar la dictadura que viene en pos del pregonero con su cortejo inevitable de crímenes, violencias y calamidades. En esta Nación valiente y orgullosa, tan fácil es pasar del destierro al solio, como del solio a la barra del senado».

No hacemos, pues, la relación de la detención preventiva en todos los tiempos pasados, porque el intervalo que corre entre el establecimiento del principio y aquel en que se pueden conocer sus resultados, es muy largo y de caracteres tan complejos que no permiten seguir un acertado encadenamiento de los hechos; sólo nos referimos dentro de la época presente, a nuestra legislación, limitándonos a estudiar los principios que establece la Constitución y desarrolla la ley.

Algunos autores para buscar el fundamento de la detención preventiva, se remontan a la consideración del fin del Estado que es, siguiendo el pensamiento de Feuerbach, la conservación del bienestar humano y el mantenimiento de la coasociación de los hombres mediante las leyes del derecho, y según la manera como entienden la fórmula «bienestar humano», de ella derivan su fundamento. Los parti-

(1) Literatura preceptiva. Discurso de don Julio Arboleda, pág. no 129.

darios de Benthan, quien parte del principio de la utilidad, dirán que ella se establece para procurarle el mayor bien al mayor número; otros con Kant le darán principio en «la ley de la coexistencia con la libertad», pero nosotros creemos que sólo puede atribuírsele ese origen por obra del carácter mudable de las opiniones, pues, el fundamento de las facultades del Estado en la consecución del fin social, pertenece al derecho natural y, el que tiene por base la regulación de los derechos, es obra del derecho positivo de los pueblos, y no es lógico asignarles un mismo origen.

Otros lo buscan en los derechos de conservación y defensa del Estado, ante los cuales debe ceder el Estado Individual, pero tampoco juzgamos que tenga ese fundamento, porque no hay razón para que se obligue al individuo a sacrificar uno de sus más importantes derechos por la utilidad de los demás: todos los hombres tienen derecho a que se les considere inocentes mientras no se les pruebe que son culpables; entretanto, su derecho a la libertad es perfecto y no puede el Estado penetrar en la esfera del ejercicio de las libertades individuales para hacer presunciones. Otra cosa sucede cuando viene la prueba para enjuiciar, pero para ordenar la detención siempre se parte de prejuicios, porque solamente cuando aparece la consumación del hecho violatorio de la ley se puede decretar, y el autor de un hecho prohibido por la ley no es el autor de un delito, si además de ser su causa física no es su causa moral. El Estado no puede autorizar que se juzgue la moralidad de una acción para derivar su presunta existencia punible, ni justificar preventivamente el derecho de quitarle al hombre, aunque sea provisionalmente, su libertad física, para hacer recaer sobre él sospechas en su reputación, pérdidas en su fortuna y daños de diversa índole en su persona.

También hay quienes opinan que la detención preventiva se funda en el principio de utilidad para instruir los sumarios, por creer que con ella se logra impedir que se

sobornen los testigos, se aduzcan pruebas falsas y entren en juego todas las astucias para impedir la prueba de los hechos que se investigan o de la culpabilidad de los sindicados. Como se ve claramente, le dan a la detención preventiva como fundamento lo que apenas es un fin, el de utilidad, que debe existir en la ley, que, al establecerla como base para fundar derechos, habría que aceptar el principio de Stuar Mill: «la utilidad es el principio que regula las acciones humanas», e ir hasta aceptar la idea de sacrificio, llamado por él «el placer más delicado». Los argumentos que aducen los que le dan ese origen se pueden combatir con las razones que asisten para sostener la abolición de los sistemas inquisitoriales en la instrucción de los sumarios.

Yo no asignaré a la detención preventiva, dice Ortolán (1), más que un motivo capital: impedir que el sindicado se sustraiga a la acción de la justicia. La detención preventiva es una necesidad fatal para los individuos, para la sociedad y para la justicia; pues que hiere, inocente o culpable, al hombre que todavía no está juzgado. En otra parte agrega el autor citado, que la detención preventiva es una malhadada necesidad del procedimiento penal, y que el legislador debe adherirse, en cuanto sea posible, a disminuir su duración y el número de casos a que se pueda aplicar y suavizar su rigor que jamás debe tener el carácter de una pena. En nuestra legislación penal, las más importantes reformas en los últimos tiempos se han referido a la detención preventiva, pero sin obrar de acuerdo con un criterio estable ni científico, por lo cual se ha incurrido en esta materia en las más grandes contradicciones: la ley 83 de 1915, llamada Ley Abadía, por ser él su autor, reaccionó contra los principios establecidos en la ley 105 de 1890, para consagrar el reconocimiento de los dere-

(1) Derecho Penal. Pág. 227.

chos individuales, en tal extremo que dicha ley mereció el nombre de *Habeas Corpus*, en recuerdo del acta que, en Inglaterra, antes de la proclamación del Bill de Derechos, entregado por Lores y Comunes al Príncipe y Princesa de Orange el 13 de febrero de 1668, llevó ese título entre las instituciones inglesas que en tiempo de Carlos II garantizaron las libertades de ese pueblo. Vino después la ley 52 de 1918 que contrarió completamente el sentido de la anterior, con el falso concepto de que aquella era causa del aumento de la criminalidad, sin que valiese mostrar la estadística para desvirtuar ese argumento; por último la ley 104 de 1922 extremó su rigor, en término de no conceder el beneficio de excarcelación por los delitos que enumera la ley 52 del 18, cualquiera que sea la pena que tales delitos merezcan; con todo, dicha ley ofrece buenas garantías para los detenidos, y principios que moderan el ejercicio de una facultad que sólo se puede tolerar por la necesidad de no dejar burlada la justicia en la persecución de los delincuentes.

Por lo dicho puede verse que, aun cuando no hay acuerdo en el origen de la detención preventiva, en general, el principio no se discute y todos reconocen el derecho de usar esa medida como una exigencia de la justicia penal; las divergencias comienzan al establecer el procedimiento para llevarla a cabo, porque, como facultad que engendra peligros, debe estar determinada con toda claridad y señalar con precisión los casos en que puede aplicarse, la duración y efectos, complementando los preceptos establecidos con sanciones eficaces para los funcionarios que decreten la detención o la prisión provisional de un modo arbitrario, pues, si ella se refiere a los más altos intereses individuales, necesita salvaguardias que garanticen la libertad, el honor, la fortuna y la misma tranquilidad pública y privada de los ciudadanos, en cuyo nombre se permite el uso de esa facultad que puede convertirla un funcionario en abuso de sus atribuciones.

SEGUNDA PARTE

COMENTARIO AL PRECEPTO LEGAL QUE AUTORIZA LA DETENCION

ARTICULO 340 DE LA LEY 105 DE 1890.

Cuando se proceda por delito o culpa que tenga señalada pena de presidio o reclusión, el sindicado será arrestado o detenido si resultare contra él, por lo menos, una declaración de testigo hábil, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es autor, cómplice, auxiliar o encubridor del hecho que criminoso se averigua, o que el funcionario que decreta la detención o el arresto le haya visto cometer el hecho, o que sea hallado *in fraganti* delito.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES * * * * Como un medio de asegurar la acción de la justicia, se establece en este artículo de la ley procedimental un principio que parece estar en pugna de lo que consagra el art. 20 de la Constitución Nacional, según el cual «los particulares no son responsables sino por infracción de la constitución o de las leyes», que equivale a este otro principio aceptado por todas las legislaciones: todo individuo es inocente mientras no se le pruebe lo contrario. Con todo, el artículo que comentamos desarrolla el mandato del Constituyente, impuesto en una forma negativa en el 23 de la misma Constitución, cuando dice: *nadie podrá ser molestado en su persona, ni reducido a prisión, ni detenido, sino a virtud de mandamiento escrito, de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes.* Luego, solo la au-

toridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes, puede decretar la detención, siempre que lo haga de la manera prescrita.

Los particulares también están autorizados para aprehender a los reos sorprendidos *in fraganti* en la consumación de un delito y a los malhechores públicamente conocidos como tales, lo que no es una excepción al principio anterior, relativo a las autoridades, aunque al permitirlo se reconoce el mismo fundamento.

Cuando la detención preventiva o la prisión provisional no reúna las condiciones anotadas, el funcionario que la ordena contradice la voluntad del Constituyente, viola la ley y se hace acreedor a la sanción penal que se impone por decretar una detención o una prisión arbitraria.

El art. 1553 del código de enjuiciamiento en negocios criminales añade que a nadie se podrá arrestar o detener sino por orden del funcionario de instrucción; el art. 64 de la ley 169 de 1896 enumera cuáles son los funcionarios de instrucción, y el 340 de la ley 105 de 1890 señala las causas por las cuales se puede proceder a la detención, y establece la prueba que debe existir cuando el investigador la decreta.

Tratándose de los funcionarios de instrucción que investigan lo relativo a los fraudes contra determinadas rentas, nos abstenemos de estudiar en este trabajo la legitimidad de sus atribuciones, cuya legalidad puede discutirse por las clases de penas que se suelen aplicar y por ser materia de otros estudios que se refieren a lo establecido en la ley, ordenanzas y acuerdos, según que dichas rentas sean nacionales, departamentales o municipales.

Desgraciadamente los funcionarios, en la gran mayoría de los casos, sólo ven en la facultad de ordenar las detenciones una atribución que sólo sirve para robustecer su propia autoridad, como un relámpago de los poderes despoticos y absolutos que en la Edad Media se usurparon

los señores feudales, con lo cual conculcaron los derechos individuales; olvidan que las autoridades de la República están instituídas para mantener el orden y que, como dice Santo Tomás, *regnum nos est propter regem, sed rex propter regnum*: no se detienen a analizar la legalidad de los principios, ni les interesa conocer los fundamentos legítimos o racionales de la detención, sino que proceden a decretarla cuando se presenta la ocasión de poner de manifiesto la gran autoridad que hallan en el empleo, que bien o mal desempeñan.

6. DEL REGIMEN DE DERECHO Al regular las libertades,
Y EL REGIMEN DE POLICIA * el desconocimiento de los principios que informan la

materia y la consiguiente confusión en que de ordinario se incurre entre lo que se denomina régimen de derecho y régimen de policía, sobre cuyas bases debe descansar el sistema que armonice los derechos del individuo con los de la sociedad, son la causa principal de los grandes abusos que se cometen, más que todo, por los encargados de poner en ejercicio el régimen de policía.

Conforme al régimen de derecho, predicado por Kant y su escuela, el Estado sólo tiene una facultad *a posteriori*, es decir, que no puede intervenir para restringir los derechos ajenos sino después de la ejecución del hecho delictuoso; sostiene que la detención preventiva no se justifica y que es un atentado contra los derechos individuales. Este sistema para regular los derechos es absurdo, si se considera aisladamente, e impropio para garantizar la libertad que se pretende inmunizar.

Con el régimen de policía el derecho del Estado es *a priori* y *a posteriori*, porque previene los delitos y castiga las infracciones. El deber de la policía es preventivo, de *prae*, delante, y *venire*, venir, según la etimología latina que trae el diccionario de Monlau.

En general, el régimen que regule las facultades indivi-

duales debe ser de derecho, pero, complementado por el de policía; así lo estatuye nuestra Constitución Nacional en el canon 19. El artículo que comentamos puede tenerse como un desarrollo del principio que estableció el Constituyente, en cuanto por él se conoce cuál es el deber de las autoridades de la República; pero, al señalar en el art. 340 de la ley 105 las autoridades que deben poner en ejercicio el régimen de derecho, escogió, a más de las del poder judicial, las del poder administrativo para ordenar las detenciones de los sindicados.

El legislador al enumerar en el art. 64 de la ley 169 de 1896 los funcionarios de instrucción, entre los cuales figuran las autoridades de policía, les otorgó, al facultarles el decreto o la orden de detención, atribuciones que no son de la policía, o que en propiedad no pertenecen a ese régimen; es anómalo que la policía administrativa intervenga con poderes propios después de la ejecución del acto que violó una ley que no es de policía, sino de un hecho que merece una pena de presidio o de reclusión; también lo es que el poder judicial obre a *priori* en la persecución del presunto responsable, sin existir más que las pruebas deficientes que aparecen en un informativo iniciado y sin estar probado el cuerpo del delito, base única del juicio criminal y punto de partida indispensable para que las autoridades jurisdiccionales puedan proceder contra el infractor.

Por lo dicho, en el art. 340 se autoriza un procedimiento *sui generis* que no pertenece ni al régimen de derecho, ni al régimen de policía, ni a un sistema complementario o mixto, sino a facultades dislocadas que pueden ejercitar los funcionarios de instrucción al decretar detenciones preventivas.

Esa autorización legal no es conferida para que la empleen de una manera irrestricta y tratándose de todos los delitos o contravenciones de que conozcan, como la policía lo entiende y lo aplica peor, sino sólo tratándose de los casos claros, precisos y definidos en las prescripciones de

la ley, en virtud de la cual se puede ordenar la detención: cuando se proceda por delitos o culpas que merecen penas de presidio o de reclusión, siempre que aparezca la prueba de que habla el art. 340, ley 105 de 1890. A ella casi siempre le parece suficiente el denuncia del agredido o la declaración del agente de su dependencia, sin analizar el valor de estos testimonios que consideran infalibles e irrecusables, sin tener en cuenta los antecedentes de los declarantes, para saber si existe o puede existir de algún modo falta de probidad en la persona o de imparcialidad en sus dichos, y si con relación a sus declaraciones se encuentra veracidad en sus acertos. Es contrario a los principios científicos de derecho, en materia de probanzas, el dejar al arbitrio de los funcionarios equiparar los testigos inhábiles a los hábiles e intachables, en concepto de la más alta corporación judicial, consignado en el informe que rindió al congreso de 1924. El doctor Concha, hablando del régimen de policía y refiriéndose también a la detención preventiva, dice que nada ha de ser arbitrario, ni quedar sujeto a la simple voluntad de la policía, que no debe tener acción alguna sino por disposición expresa de la ley.

Tanto la detención preventiva como la manera de llevarla a cabo, son recursos fatales pero necesidades irremediables del procedimiento y de los cuales no se puede prescindir, porque se tienen como auxiliares inseparables de la justicia penal.

7. DIFERENCIA ENTRE LA DETENCIÓN, LA PRISION PROVISIONAL Y EL ARRESTO * * Otro error en que se incurre frecuentemente es en el de usar como sinónimos la detención preventiva y la prisión provisional, y no es extraño que el funcionario investigador hable del auto de prisión contra el sindicato. El no puede dictar un auto de prisión, porque no hay disposición legal que lo autorice; el derecho de decretar la pri-

sión provisional sólo le corresponde al juez de la causa como resultado del auto en que se declara que hay lugar a seguimiento de causa contra el sindicado, que en ese caso será ya enjuiciado. La detención preventiva es sólo por un tiempo fijo señalado en las leyes; la prisión es indefinida y en ella puede permanecer el enjuiciado hasta la sentencia definitiva, cuando se procede por delitos que no admiten excarcelación, porque para las culpas siempre existe ese beneficio. También existe diferencia entre las dos por el lugar a donde cada cual es conducido: el sindicado a la cárcel de detenidos y el enjuiciado a la cárcel de sumariados. Ambas terminan con la excarcelación; la primera ordenada por el funcionario de instrucción o por el Juez de la causa que conoce de la apelación; la segunda por el Juez del juicio.

El arresto y la detención preventiva ya tienen más semejanza; éste propiamente es de horas y su carácter más benigno, aunque se decreta por los mismos motivos de la detención, y que puede concluir con la libertad incondicional del sindicado, oídos los descargos y conocidas otras piezas que vengan al expediente; es como una detención previa. Creemos que también puede tener lugar el arresto cuando el sindicado o enjuiciado goza del beneficio de excarcelación y su presencia es necesaria para la práctica de nuevas diligencias, de las cuales puede resultar la prueba de la existencia de un delito que no admite ese beneficio y es suficiente para revocar el auto de excarcelación.

Como mayor garantía para los detenidos o encausados, los funcionarios de instrucción y los jueces deben tener la obligación de hacerles saber que tienen derecho a la libertad provisional, cuando los delitos porque se procede admiten ese beneficio, porque suele ocurrir que muchos perseguidos por la justicia ignoran sus derechos que tampoco hacen valer sus apoderados o defensores, más cuando son

nombrados de oficio quienes no saben cumplir honradamente sus deberes.

La detención preventiva no es una pena, o al menos así se dice teóricamente, aunque en la práctica nadie que la esté sufriendo dirá lo mismo, dado que las casas para detenidos son excepcionales y, donde las hay, parecen semejantes a las de los enjuiciados o sentenciados, donde se encierra por igual a unos y a otros para someterlos a un régimen casi igual. El legislador enumera en las escalas penales el arresto y la prisión, pero antes de la sentencia definitiva la prisión y el arresto son medidas coercitivas, distintas de la prisión y el arresto como penas, que sólo se autorizan después del juicio respectivo y en virtud de una sentencia definitiva y ejecutoriada.

El art. 3.º de la ley 52 de 1918 prohíbe de manera expresa la detención de los sindicados por delitos que no merezcan penas de presidio ni de reclusión, y ordena que a los sindicados y enjuiciados por esos delitos, cuando se necesiten para prácticas de diligencias se les llame mediante órdenes de comparendo. El párrafo del mismo artículo confiere a los investigadores o jueces autorizaciones para los casos de desobediencia a esa orden, en cuyo caso pueden hacerlos conducir presos para ponerlos a disposición de la justicia; naturalmente esa prisión es de efectos transitorios y no dice relación a la detención preventiva de que hablamos.

8. RELACION DEL ARTICULO 340, LEY 105 DE 1890 CON EL DEL CODIGO PENAL * * * * * Considerando que el delito es condición necesaria de la justicia penal, para justificar el hecho de que se proceda contra un individuo, es preciso saber qué se entiende por delito, cuál es su verdadera naturaleza y qué condiciones deben concurrir para su existencia; sólo de ese estudio puede resultar el verdadero conocimiento de los términos que emplea el legislador al decir en el artículo que

comentamos: *cuando se proceda por delito o culpa que tenga señalada pena de presidio o de reclusión*, etc. etc. Parece que la expresión *delito o culpa*, analizando su sentido gramatical, hace sinónimas esas dos palabras de la disposición legal, pero hemos creído que lógicamente la emplea el legislador, no porque sean de significado semejante y que se puedan usar indistintamente, sino por suplir una deficiencia que dejó en la definición dada por él mismo en el artículo 1.º del Código Penal. «Es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en una pena». En la segunda parte del mismo artículo 1.º, viendo que en la definición no quedaban comprendidas las culpas, amplía el concepto y dice que la palabra delito comprende las culpas en un sentido lato; y considerando las culpas graves, que merecían penas de reclusión, de importancia bastante para que cuando existieran se pudiera ordenar una detención contra el culpable, agregó a la noción del delito la de la culpa en el art. 340 de la ley 105. En consecuencia no usó esas dos palabras como sinónimas, ni estimó suficiente haber dicho ya que la palabra delito comprendía la culpa.

Al analizar la definición debemos recordar lo que decía el doctor José Vicente Concha refiriéndose al código vigente, hace diez y seis años en la exposición de motivos que acompañó a su proyecto: «está inspirado en los principios del siglo XIX, época en que apenas se iniciaba la reforma penal, por cuyo motivo mal podía introducir en el Código Penal, formado para ese tiempo, principios filosóficos y humanitarios que la ciencia tenía ya consagrados en los comienzos del siglo XX».

Cuando el doctor Demetrio Porras sometió al estudio del Consejo de Estado su proyecto de Código Penal, aquella corporación juzgó que era preferible «una refundición y mejora de leyes unificadas», obra que llevó a cabo don Juan Pablo Restrepo, aprobada por la ley 19 de 1890. El Consejo Nacional, decía don Miguel Antonio Caro, obligado a

echar las bases de la unidad legislativa, a fin de que la Constitución por él expedida principiase a tener en parte tan sustancial el debido cumplimiento, y no habiendo de improvisar códigos, eligió entre los preexistentes, generales o seccionales, los que mejor se adaptaban a la nueva situación de la República. (1)

El Código Penal que regía en Colombia era el del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858 adoptado para toda la República en virtud de la ley 57 de 1887, cuando se verificó la unidad de legislaciones civiles y penales.

El Código del Estado de Cundinamarca fue una reproducción del de Nueva Granada de 1837, sacado del modelo francés de 1810. Antes de aquel año y después de nuestra independencia rigieron las antiguas leyes españolas, reformadas por las leyes de 1825 y 1833.

Ese es el origen de nuestro Código Penal que en su art. 1.º define lo que se entiende por delito en la noción legal.

Desde que los filósofos reformadores del siglo XVIII iniciaron el movimiento político y filosófico en la evolución científica de los principios legislativos, en reivindicación de los derechos individuales, se creyó necesario establecer, a más de los preceptos constitucionales, un reconocimiento expreso consagrado en la ley, como limitación a las facultades del poder público; era conveniente conocer por medio de una declaración concreta la manera como el legislador apreciaba el mérito de las acciones, para impedir una vez más el sometimiento a un poder arbitrario que pudiera poner en peligro los derechos de los asociados en la denominación del delito. Hoy el temor al implantamiento de los poderes absolutos que puedan eliminar el ejercicio de los derechos individuales ha desaparecido, no sólo entre los miembros de determinada sociedad sino de la conciencia huma-

(1) Libertad de imprenta. Bogotá, 1888.

na, y el Derecho Penal está fundado en un sentimiento instintivo de justicia, en un principio inmutable y eterno: la razón misma del derecho de las sanciones, el *jus puniendi* que se manifiesta cuando aparece el hecho ilícito y que tiene por objeto la infracción de la ley y por sujeto al hombre que la viola.

Si se considera que ese temor ha desaparecido, y en él se basaba la necesidad de dar definición del delito en los códigos penales, no hay para qué decir expresamente en el código de un pueblo qué es lo que se denomina generalmente como delito.

Por otra parte, en la elaboración de los códigos modernos hay una marcada tendencia a prescindir de las definiciones, por las dificultades con que se tropieza al formularlas con exactitud, como por los inconvenientes que ofrecen en la práctica judicial.

La ley penal es privativa del Estado y constituye una garantía para todos los asociados; por ella saben los delincuentes qué sanción recibirán por los actos u omisiones que ejecuten en violación de los principios determinados por la ley, y los que no delinquen conocen previamente qué deben omitir o qué pueden hacer, para no hacerse acreedores de la sanción penal; de otro lado, quedan garantizados sus derechos porque, aun cuando delincan, no se puede proceder contra ellos sino de acuerdo con las prescripciones legales.

Tampoco basta que se viole la ley para principiar la persecución contra el violador, es necesario que ella se inicie conforme a las normas establecidas y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Relacionado el art. 340 con la definición que trae nuestro código en el art. 1.º, concordado con el 2.º, para tener en cuenta la presunción legal que en él se establece, preguntamos: ¿cuando se procede por delito o culpa que tenga señalada una pena de presidio o de reclusión, se puede

ordenar la detención, si aparece la prueba deficiente de que habla el art. 340, sin atender a la voluntad y la malicia que se presume en toda violación de la ley? De acuerdo con el criterio de la escuela positivista, habrá que responder necesariamente en una forma afirmativa, porque para ella la penalidad y los medios de defensa social son iguales; la escuela positivista dirá: se violó la ley, proclamamos su defensa luego procedamos contra el infractor. Oigamos lo que sostiene la escuela de antropología criminal: «Si el loco puede matar y puede destruir y el delincuente mata y destruye, no tenemos ninguna razón para distinguir al loco del delincuente, más con una fórmula única, proclamamos la defensa sin diferenciar quién produce el mal, de modo que sin tanta preocupación matamos al perro rabioso» (1). Para la escuela positivista el derecho penal no tiene en cuenta los hechos del hombre en cuanto inmorales, sino que se dirige su acción a los hechos antisociales y busca la peligrosidad como criterio para apreciar la calidad de los delitos.

Conforme a los principios de la escuela clásica hay necesidad de distinguir: no, se responderá categóricamente, si se quiere derivar la detención preventiva del concepto verdadero del delito, de la apreciación de sus elementos sustanciales, sin los cuales no puede existir: la fuerza física y la fuerza moral, el alma y el cuerpo de que hablan los expositores.

Ahora, esos elementos cómo puede conocerlos el investigador en el momento en que se sorprende el nacimiento del delito, cuya paternidad se va a averiguar y no se cuenta con ninguna otra base que un denuncia casi siempre exagerado y redactado en forma vaga y sólo con la prueba simple que exige, *por lo menos*, el art. 340? Cómo puede creerse que el legislador le hubiera conferido a los funcio-

(1) Cita de Alimena. Derecho Penal.

narios enumerados en el art. 64 de la ley 169 del 96, desde el simple inspector de policía, la facultad de quitarle la libertad a quienes no son responsables sino por infracción de la constitución o de las leyes, con una presunción que no tiene ningún fundamento racional, ni base científica, ni precedente lógico en los sistemas de investigación en ninguno de los países? Si el Constituyente dice en la carta fundamental que a nadie se le puede juzgar *sin observar la plenitud de las formas propias de cada juicio*, también quedó comprendida la prohibición de prejuzgar la existencia de un delito cuyas características no se pueden delinear con esas débiles lentes que suministran las diligencias de un simple informativo, fabricado ordinariamente por los empleados de las ínfimas jerarquías judiciales o administrativas.

Si el legislador lo que quiso decir con la fórmula, *cuan-do se proceda por delito o culpa*, fue que siempre que se viole la ley penal etc., se ordenará la detención, entonces habrá que responder afirmativamente, porque en ese caso el legislador no pretendió exigir un principio de prueba de la responsabilidad, que más tarde puede aparecer, sino la base para imputarle un hecho que se sanciona penalmente, y entonces sí se hace tolerable la detención preventiva, con el fin de que no se burle la investigación y se asegure la acción de la justicia.

Sucedió pues, que el legislador en la redacción de este artículo usó términos o palabras que no son apropiados al caso, que no expresan su pensamiento de un modo completo; en el art. 340 no debe hablarse de delito, pues este exige la concurrencia de los elementos que lo constituyen y dicen relación a una responsabilidad, imposible de establecer sin observar la plenitud de las formas propias del juicio criminal correspondiente. Juzgar que el legislador ha querido establecer lo contrario es sentar como base en los juicios los prejuicios, echar por tierra aquel principio de jurisprudencia universal de que nadie puede ser condenado sin ha-

ber sido oído y vencido en juicio. En las diligencias sumarias que son las que se tienen en cuenta en el momento en que se dicta orden de detención, el investigador sólo tiene la facultad de apreciar la alteración del orden jurídico producida con el acto ejecutado, y no el delito que puede resultar de ese acto, porque el que ha violado la ley puede no ser responsable.

En consecuencia, el art. 340 de la ley 105 de 1890, al referirse al delito que define nuestro Código Penal, es impracticable, porque no podría autorizarse ninguna detención sino cuando apareciera probada la responsabilidad, cuando existiera la prueba requerida para sentenciar, y en ese caso la detención preventiva pierde su objeto.

Aparte de que el concepto legal del delito, enunciado en la definición que da nuestro Código Penal, es incompleto porque no comprende todos los elementos constitutivos del delito, deja por fuera muchos delitos como los de omisión, los homicidios involuntarios etc. etc., que están sancionados penalmente y con todo no están comprendidos en la definición, tiene el inconveniente de que, al hablar de delito el artículo que autoriza la detención preventiva, habría que tener en cuenta también en esos la casos *voluntad y la malicia*.

Si en vez de la definición se dijera: «No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituye, a menos que la ley disponga otra cosa como consecuencia de su acción u omisión», ese acto de querer el hecho no tendría para qué apreciarse al resolver sobre la detención, porque no existiría el artículo que ordenara que para la detención preventiva se debieran tener en cuenta esos elementos éticos.

9. LA IMPUTABILIDAD Y LA DETENCION PREVENTIVA * * Explicamos más nuestro concepto. ¿De qué clase de imputabilidad se trata para ordenar una detención? Necesariamente habrá que convenir que de la imputabilidad en general, es decir, del juicio que

hacemos de un hecho futuro, que prevemos únicamente como posible, porque el juicio por el cual se imputa penalmente una acción u omisión a un individuo, en virtud de la declaración de la imputabilidad penal, es el resultado de tres juicios: se encuentra que el sindicado es causa material; que lo ha ejecutado voluntariamente, y que el hecho estaba prohibido por la ley. Sólo como resultado de esas consideraciones aparece la responsabilidad penal, la existencia de un hecho delictuoso. Por eso en el ánimo del legislador es absurdo suponer que le hubiera dejado a los funcionarios de instrucción la facultad de formar su criterio antes de conocer las bases para formar los juicios que se deben al hacer derivar la imputación del hecho al sindicado.

El delito no depende del hecho material, ni de la prohibición legal, sino del estado de contradicción entre el acto y la norma jurídica violada, y esa relación no puede hallarse con el denunciado del hecho y una declaración del testigo hábil o un indicio por grave que se le suponga. De este estado de contradicción entre el hecho del hombre y el derecho violado resultan, dice el profesor Francisco Carrara, el concurso de dos fuerzas que se consideran indispensables para que un hecho imputable a un hombre sea un delito: la fuerza física y la fuerza moral. Por nuestra parte, agrega, no admitiremos la responsabilidad penal, si no encontramos el concurso de las fuerzas que constituyen el delito. En las diligencias informativas mal se puede hablar de delito si no se conocen los factores del hecho, ni la relación con el acto ejecutado.

El profesor Carrara define el delito: *Infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, proveniente de un hecho positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente peligroso.*

Francisco Silvela: *Violación o quebrantamiento de la ley por los actos de la libre voluntad.*

Ramagnossi: *El hecho ejecutado por persona inteligente y libre, que es injusto y nocivo para los demás.*

Audot: *Acción contraria a la ley moral y a la justicia.*

El legislador al establecer la detención preventiva tuvo presente la consideración de que el derecho social de castigar se funda en la justicia que tiene por objeto el restablecimiento del orden jurídico violado por el delito, pero no le dio el mismo fundamento sino uno anterior, que puede servirle a la escuela positivista como criterio principal de su sistema penal: asegurar la acción de la justicia para defender a la sociedad de los hechos delictuosos, sin tener en cuenta, para ese solo caso, si el acto es inmoral o no, si lo ejecutó un normal o un anormal; basta saber que son violaciones del derecho, por lo cual se hace acreedor a una pena el que las infringió. Por eso el mismo legislador establece que esa tolerable restricción de la libertad, practicada por la detención preventiva, debe ser de tal naturaleza que, antes de deducirle responsabilidad al sindicado, se mantenga el equilibrio entre el Estado individual y el Estado social (1).

10. DE LA IMPUTABILIDAD PENAL Hemos dicho que la detención preventiva se refiere a la imputabilidad en general, no a la imputabilidad penal; ahora se dirá: ¿cuál es el fundamento de la imputabilidad penal?, y nosotros responderemos sin vacilar: la imputabilidad moral. El hombre es un ser racional, moral por naturaleza; los únicos actos que pueden ser objeto de sanción penal son los actos morales, porque sólo ellos son

(1) En Italia como una de las reformas legislativas del régimen fascista, el Ministro de Justicia, señor Rocco, le presentó a Mussolini un proyecto de Código Penal, fundado en principios de la escuela clásica, como una reacción contra el proyecto de 1921 elaborado por la Comisión italiana, presidida por Enrique Ferri. (*Il Popolo d' Italia*, agosto 23 de 1927).

actos humanos, y la imputabilidad moral de un hecho no puede predicarse sino de un hombre moralmente libre. La aptitud de los actos humanos para estar de acuerdo con una norma o discrepar de ella, trae, como lo afirma Cathrein, aparejadas las consecuencias de mérito o de demérito.

Por su parte la escuela positivista no aprecia de la misma manera esos conceptos; a los clásicos que consideran el libre albedrío como eje del derecho penal, que «existe y, si no existiese, sería necesario inventarlo», les contestan los positivistas que, «no existe y si existiese sería necesario abolirlo», para justificar el Derecho Penal. Para que la imputabilidad Penal pudiera fundarse en la imputabilidad moral, dicen los positivistas, era necesario encontrar una volición no determinada por causas eficientes, «lo que es un absurdo teórico», o que tales causas eficientes deberían volver a ser las mismas causas discriminadoras o excusantes, «lo que es un absurdo práctico», porque todo delito tendría una excusa. A lo dicho por ellos se puede responder que si es absurdo teórico suponer una volición no determinada por causas eficientes, es igual absurdo considerar una facultad sin atributos: los anteojos de largo alcance no son motivo para que no se crea o se acabe con el órgano de la vista.

No hemos querido criticar en manera alguna a la escuela positivista, ni ese es el objeto de nuestro estudio; sin embargo, hemos adelantado algún concepto, llevados por la tentación que inspira la revolución de ideas importadas a nuestra patria, principalmente por los estudiantes que llegan de Italia, cuyas teorías bien pueden violar los principios cardinales de la ciencia legislativa o estar en pugna abierta con las ideas reinantes en la totalidad de la nación. Por lo dicho, nos basta exponer el concepto del doctor Antonio José Cadavid, relativo a estas materias: «Cuando hablamos de progreso de la ciencia penal, no entendemos referirnos precisamente a lo que, juzgando de oídas, suelen llamarse

las ideas modernas, entendiendo que estas no son más que las enseñanzas en nombre de un materialismo que lo mismo puede llamarse positivismo o antropología criminal. Dentro de la escuela espiritualista y netamente cristiana, que suele denominarse clásica, aunque algunos piensan que el nombre sea significativo de atraso, se han realizado grandes avances, de todo punto conformes con las doctrinas de la libertad humana, de la responsabilidad y la imputabilidad, de la necesidad del castigo y del derecho social natural de castigar, fundado en los principios eternos de justicia, en defensa del organismo social y también en la corrección y mejora de los delincuentes que son, en su orden, los fines de la penalidad.

«Suele creerse que cuando se habla de escuela espiritualista, de libertad del hombre, de expiación, de derecho penal y de otras cosas semejantes, ha de entenderse que se trata de pregonar la excelencia de sistemas de rigor y de excesiva dureza, rayanos en crueldad y violencia irritante contra la naturaleza humana. Es precisamente la doctrina que enseña que el hombre es un sér libre y responsable, la más compatible de todas con una benevolencia y tolerancia que deben fundarse en la limitación humana y en las pasiones y flaquezas de los hombres, que suelen mermarle aquella libertad, y es esa misma escuela la más calificada de todas para penetrar en la psicología del alma humana y en las profundidades de la conciencia, la que tendrá más en cuenta las desigualdades individuales de los hombres, no incompatibles con su unidad específica, y la que aplicará con mayor lógica el sabio principio atribuído a la escuela positivista, de que no es racional y justo juzgar a los hombres de un mismo modo y por unas mismas acciones, si las circunstancias subjetivas y objetivas, señaladamente las primeras, son diversas. Dígase si se quiere, en nombre de la escuela positivista, que no hay enfermedades sino enfermos, que no hay crímenes sino criminales, es decir, que el problema es más de orden subjetivo que objetivo, puede de-

cirse con más propiedad y con mayor lógica en nombre de la escuela espiritualista y cristiana». La opinión de ese gran maestro constituye para nosotros una doctrina de la cual no podemos apartarnos sin contrariar los principios racionales y lógicos de una filosofía fundamental en los estudios del Derecho que, según el jurisconsulto Ulpiano, quien reproduce el pensamiento de Celso, es el arte del bien y de la equidad, *ars boni et aequi*.

La libertad, en sentido estricto, es una propiedad exclusiva de la voluntad racional y designa la inmunidad no sólo de extrínseca necesidad, sino también de interior necesidad hacia un determinado querer. Los motivos pueden influir en la voluntad y según la fuerza con que la atraen o repelen se decidirá, sin que eso quiera decir que ellos le quiten a la voluntad la prerrogativa de querer o no: somos libres para abrazar tal o cual carrera o profesión y los inconvenientes o ventajas que unas u otras ofrecen son los que nos determinan para elegir ésta o aquella, pero bien se puede o se ha podido elegir otra.

Los autores alemanes V. Liszt y Seuffert dicen: «El criminal es un hombre absoluto e ilimitadamente no-libre; su crimen es el producto de las condiciones que lo han rodeado. Para el Derecho Penal no se da otro fundamento que el determinismo». En una revista alemana de Psicología Criminal leímos un concepto de Aschaffenburg, colaborador de Liszt en la formación del Código Penal para Alemania, y el cual era una observación contra las teorías positivistas que, según el autor citado, no han logrado ejercer su influjo duradero en el terreno de la práctica, de la moral y del derecho, contra los principios de libertad moral, libre albedrío y culpa, inseparables desde hace miles de años de la cultura humana.

El proyecto de Código Penal presentado por el doctor Concha en la legislatura de 1912 trae el siguiente principio sobre la imputabilidad penal: «Artículo 39. Para imponer

una pena por hecho u omisión criminosos que la ley define y castiga como tales, es menester que en el agente haya habido *voluntad determinada* de ejecutar ese hecho, a menos que la ley disponga expresamente otra cosa, o que haga imputable el hecho u omisión a su autor como responsable del acto u omisión de los cuales resultó la infracción. Tratándose de hechos u omisiones que la ley califique como contravenciones, hay responsabilidad por el acto u omisión, aunque no se demuestre que se tuvo la voluntad deliberada de violar la ley». Este mismo principio fue acogido por el legislador de 1922, en la Ley 109, artículo 40. Tal disposición pareció inconveniente y tendía a establecer un principio contrario al contenido en el Código Penal vigente que presume la voluntad y la malicia en todo acto violatorio de la ley, mientras no se pruebe o resulte lo contrario, al paso que en aquel había necesidad de probarle al reo, no sólo que ejecutó el hecho, sino que obró con el propósito de violar la ley. Además, se le notó el defecto de exigir una *voluntad determinada* que, en la gran mayoría de los casos, era difícil y hasta imposible establecer, con lo cual se facilitaba a los delincuentes quedar impunes, por el sin número de absoluciones que vendrían a imponerse por no encontrar la prueba de ese elemento.

La Ley 109 de 1922 quedó suspendida por virtud de la 81 de 1923 que creó también una comisión revisora del Código Penal adoptado por aquella ley. Dicha comisión acogió el siguiente principio: Artículo 9.º «No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituye, a menos que la ley disponga otra cosa como consecuencia de su acción u omisión. En las contravenciones se responde de la propia acción u omisión, aunque no se demuestre que se quiso cometer un hecho contrario a la ley». Este artículo que en el fondo viene a ser el mismo del Código Penal italiano, artículo 45, nos parece que es científico en los principios que establece o considera, pero lo hallamos ambiguo en la forma

en que está redactado; pues, aunque la expresión «si no se ha querido» es suficiente para deducir que la imputabilidad penal se funda en la imputabilidad moral, que implica conocimiento intelectual y voluntad en el agente, debe indicarlo con otra expresión más concreta para evitar posteriores discusiones e interpretaciones que, las más de las veces, irán a extremos opuestos y a cometer graves errores judiciales. Además, si se estudian los trabajos preparatorios realizados por la Comisión Revisora se verá que esa es una fórmula transaccional entre las dos tendencias que se determinaron entre los miembros de la Comisión; en consecuencia, en esas discusiones no se encuentra ningún criterio concreto que sirva para conocer el alcance de lo que puede ser una ley y qué debe ser una base para interpretarla. Al contrario, en esos trabajos se encuentran conceptos que tienden a dejarle a las opiniones y a las tendencias la formación de una doctrina, pues dicen que todas las escuelas aceptan *el querer* en la ejecución del acto previsto por la ley penal; que la discrepancia de opiniones principia cuando una escuela sostiene que *ese querer* se refiere a la voluntad y proviene de la inteligencia de un ser que obra libremente; la otra escuela dirá que la fórmula *si no se ha querido* dice relación a la voluntad; pero que la voluntad está *determinada* a obrar en el sentido que lo indiquen los factores psicológicos, físicos, sociales, etc. etc. que, según su criterio, quitan la libertad en el obrar.

Aun así establecida la noción legal del delito, el artículo 340 bien pudiera tener aplicación, pero si se relaciona con el artículo 1.º del Código Penal vigente, al decir *cuando se proceda por delito, etc.*, mal puede dársele una aplicación científica si no se tiene en cuenta la voluntad y la malicia que comprende la definición. Otra cosa ocurriría si se aceptara el artículo propuesto, porque ese *si no se ha querido*, no habría por qué tenerlo que considerar al decretar una detención preventiva.

Creemos, pues, que aclarando el principio de la imputabilidad penal, fundado en la imputabilidad moral, el artículo propuesto por la Comisión Revisora es aceptable, pero que no es lógico dejar a los comentadores la tarea de darle a la fórmula «si no se ha querido el hecho» las interpretaciones doctrinarias más acordes con sus opiniones y tendencias, como lo sostiene la Comisión; eso no se opone a que de modo expreso se diga por el legislador qué es lo que ha querido decir o cuál es el criterio que informa ese principio.

El legislador tiene el deber de formarse ideas claras sobre las materias que quiere fijar como preceptos obligatorios, tanto más cuando tiene la tendencia de darle nuevos fundamentos al derecho penal, opuestos al común sentir del pueblo, y tiene obligación imperiosa de darnos cuenta y razón de los puntos de vista que pretende establecer; de lo contrario está incapacitado para hablar de normas penales que no conoce ni explica y que en cambio serían unas leyes que tendrían que cumplirse. La interpretación legislativa le corresponde al legislador: *ejus est interpretari cuius est legem condenare*, decían los romanos.

La misión Italiana lo dice claramente en el art. 17 de su proyecto: «No es punible el que en el momento del hecho, por carecer de la conciencia o de la libertad moral de sus actos, no haya podido comprender la criminalidad de aquel o dirigir sus acciones».

Si se adopta la fórmula propuesta por la Comisión Revisora que está calcada del art. 45 del Código italiano redactada por Zanardelli, sin aclarar la frase «si no se ha querido», de seguro que al interpretarla para darle aplicación se dirá que no se trata de la libertad moral sino de la libertad de acción, a la posibilidad de obrar en este u otro sentido; es decir, aducirán los mismos argumentos que inclinaron a los tribunales italianos para sentar como doctrina que la expresión «libertad de sus propios actos», que contiene el art. 46 del Código Penal italiano, se refie-

re a la libertad de acción y no a la libertad moral; tanto más cuanto se conoce el deseo de establecer lo que nos llegue de Italia con todas sus marcas de fábrica.

El Código Penal alemán art. 51, dice: No existe delito si cuando al ejecutar la acción estaba privado de conocimiento el agente, o en estado de enajenación mental, que le impedía el «libre ejercicio de su voluntad».

En la exposición de motivos presentada con el proyecto para la Confederación del Norte de Alemania, se encuentra el siguiente concepto: «El Estado no sólo debe adoptar contra el criminal medidas de seguridad, sino de castigo, y ese principio descansa sobre la general persuasión de que el individuo adulto que goza del uso de sus facultades tiene *suficiente fuerza de voluntad* para resistir a los impulsos criminales y obrar de conformidad con la conciencia jurídica general». Lo dicho indica que se trata de la libertad moral, no de la libertad física.

Es mayor la necesidad de dar a la fórmula una forma inequívoca, teniendo presente la opinión de los miembros de la Comisión de Revisión que los estudios penales se han solido descuidar en las Facultades de Derecho y que en la escogencia del personal llamado para ejercer la judicatura, no se distingue entre los competentes para otras especialidades, pero que en materias penales no tienen la preparación suficiente para la interpretación y aplicación de los principios, a fin de que desaparezcan los peligros que debe evitar en lo posible una sana legislación penal.

Que se discuta el principio para establecerlo, y no que se establezca para discutirlo, porque si a la fórmula de la imputabilidad moral le objetan que dificulta la labor del juez que, como dice Alimena, debiera encontrar el punto en que venga a engastarse el hilo del libre arbitrio, en la gran tela de las condiciones de la vida, mayores obstáculos encontrará si además de estudiar los factores morales tiene que mirar los físicos, sociológicos, antropológicos etc. etc.,

que pudieran determinar la voluntad del «pobre delincuente». Si combaten el principio de la imputabilidad moral porque objetan que favorece la impunidad y se presta para arrancarle a los jueces de hecho muchas absoluciones, con la prueba de que el enjuiciado estaba perturbado por la pasión etc. etc., mayores facilidades tendrá un defensor para influir en el ánimo de los jurados con argumentos que puede concebir la fantasía sobre todos los fenómenos que en la vida, directa o indirectamente, pueden influir en la ejecución de un hecho (1).

Muchas dificultades encontrará un juzgador a quien le presentan la lista de las causas que influyen en la imputabilidad, y los factores que *determinan* la voluntad; de un lado el tablero con los cinco cuadros en que quieren clasificar los delincuentes, donde serán colocados como fichas de ajedrez, y del otro la obligación de practicar el análisis psicológico al sometido a su laboratorio.

(1) En los grandes crímenes que han producido una alarma mundial, como el llamado «de los niños americanos», ocurrido en Chicago en 1924; el de Edward William Hickman en la persona de Marion Paker, suceso verificado en los Angeles a principios del presente año, y en otros muchos, los defensores no han ido a probar que existían en sus defendidos las causas de no imputabilidad que tiene en cuenta la escuela clásica, sino la presencia de lo que los positivistas llaman «factores determinantes que lanzan el individuo al delito». Nos parece concluyente la observación de Alimena de que entre los delincuentes abundan los degenerados y entre los degenerados abundan los delincuentes, y con él negamos que todos los degenerados sean delincuentes, o que todos los delincuentes sean degenerados; que el delincuente degenerado tenga los caracteres físicos que lo distinguen de cualquier otro degenerado que no sea delincuente. Porque en el estado actual de la anatomía y de la fisiología del sistema nervioso, es lícito suponer que una diversa orientación de las células de nuestro tegido nervioso, puede producir diversas tendencias, sin que ellas se revelen en la forma del pabellón de la oreja o en la configuración de las mandíbulas.

Es evidente la necesidad de una fórmula que aclare el concepto que sostiene la Comisión Revisora o se adopte el principio propuesto por la Misión Italiana, y que el legislador fije su criterio respecto a lo que es el delito o el hecho punible merecedor de una sanción penal; así se cumplirá el pensamiento de Beccaría: para que un castigo no sea un acto de violencia, de uno sólo o de varios, contra un ciudadano, debe ser público, pronto, necesario, lo menos rigurosamente posible, proporcionado al delito y fijado por las leyes.

II LA DETENCION PREVENTIVA Y LAS CULPAS * * * * *
Decíamos en el aparte anterior que la expresión *cuando se proceda por delito*, contenida en el artículo que comentamos, es impropia y autoriza los prejuicios al decretar una detención preventiva, si se considera la definición que da nuestro Código Penal, y que debe sustituirse por otra más exacta que se refiera a las infracciones de la ley, por las cuales se incurre en una pena de presidio o de reclusión; que, si en vez de definir lo que es delito, se adopta el principio en la forma que lo establece la ley 109 de 1922, o en la propuesta por la Misión Italiana o por la Comisión Revisora, el art. 340 de la ley 105 puede subsistir lógicamente y no bajo el imperio de la actual ley penal que impone la presunción de los elementos éticos voluntad y malicia, para la existencia del delito; elementos que no siempre se presentan en las violaciones de la ley.

Agregábamos también que el legislador se vió casi obligado a usar como sinónimas las palabras de *delito y culpa* en el artículo 340, porque comprendió que, si sólo se refiriera al delito, no podría ordenarse la detención preventiva en los casos de culpas graves, no comprendidos en la definición del delito, y que por excepción merecen la pena de reclusión y en ningún caso la de presidio.

Si en el artículo 340 hubiera dicho, cuando se proceda por violaciones o infracciones de la ley penal que merezcan

tal o cual pena, puede ordenarse la detención preventiva, se evitaría la dificultad grave de permitirle a los investigadores la arbitrariedad de apreciar los elementos que forman la culpa, su diferencia del dolo, y el peligro que trae la detención por hechos que en la mayor parte de los casos no se saben distinguir, apreciar, ni calificar. ¿Podrá un inspector de policía distinguir, al iniciar una investigación entre la culpa premeditada (*dolus*) y el descuido (*culpa en sentido estricto*), o entre la acción y la omisión culpable y entre la imputabilidad de las consecuencias del hecho o la no imputabilidad de las tentativas? Indudablemente habrá funcionarios que sí pueden distinguirlos con entera claridad, pero eso no es lo ordinario y las leyes no se dictan para los casos de excepción.

Culpa en materia criminal, es el elemento subjetivo del delito que consiste en la falta de diligencia o cuidado que cada cual debe tener en la ejecución de sus actos, a fin de evitar aquellos resultados dañosos que vienen a perjudicar la seguridad social, no queridos por el agente que no previó los resultados de su acto u omisión, que debió preverlos o estar en capacidad de preverlos. En la culpa el fin que se propone el agente no es el resultado dañoso o las consecuencias que del acto se derivan; quiere el hecho pero no los resultados.

En concepto de la escuela clásica la culpa es punible: *el que es causa de las causas es causa de lo causado*, dicen los éticos y metafísicos. La razón de ser de esa responsabilidad la explican por el mismo principio de la culpa; porque el modo de obrar un individuo descuidado o desatento, dice Carrara, da mal ejemplo e infunde temor e intranquilidad y perturba la seguridad social, de ahí que la sociedad le exija una responsabilidad penal y no simplemente una indemnización pecuniaria, como opinan algunos autores.

Para que exista la culpa se exige que haya en el agente la capacidad de prever, pues, ella puede producirse por

un defecto de su inteligencia o de la voluntad, o de la inteligencia y voluntad conjuntamente, según opiniones de los mismos autores de la escuela clásica. Estopato, profesor de la universidad de Bolonia admite que la capacidad de prever en la culpa es el límite suficiente y el límite necesario: lo primero, porque si a la capacidad de prever se le agrega más, aparecería el dolo; lo segundo, porque si ella no existe habría un caso fortuito, en que no se quiere el hecho ni los resultados que de él dependen. El autor citado le objeta a la teoría de la capacidad de prever de la escuela clásica que el individuo no siempre está en capacidad de prever los resultados de sus actos, que pueden ser efectos desconocidos de leyes naturales conocidas y entonces sólo exige para que haya culpa que sólo conozca esas leyes, aunque no haya podido prever las consecuencias de su acto, y expone la teoría, según la cual, basta la voluntaria causalidad eficiente en el agente para producir el evento dañoso, mediante el empleo de medios antijurídicos.

La escuela positivista admite como criterio la capacidad de prever en el agente los resultados de sus actos y como para ella el Derecho penal tiene por fin la defensa social, por eso debe reprimirse penalmente la culpa.

Al considerar la cantidad de la culpa, esta se divide en grave, leve y levísima; atendiendo a la calidad, en culpas de acción y en culpas de omisión. En cuanto a la manera de determinarla hay varios criterios: unos como el del código francés sigue unas veces el de la negligencia, y otras el de la falta de cumplimiento de los deberes, o inobservancia de los reglamentos a que está sujeto el funcionario por razón de su empleo o cargo. El Código alemán adopta el de la negligencia; el italiano y el nuestro consagran varios criterios: el de impericia, descuido o falta de acuciosidad (art. 294 C. P.); el de negligencia y descuido (art. 322 C. P.) etc., etc. El Código Penal vigente no sólo no castiga la culpa en todo caso, sino que en el art. 29 considera excusable

a la persona que, con motivo de acciones u omisiones lícitas, poniendo en ellas la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin que razonablemente pudiera preverse de antemano; en casos especiales se castiga con penas de reclusión, y no encontramos ningún caso en que se deba castigar una culpa con presidio, como lo considera posible el art. 340.

Los expositores de derecho al hablar de la responsabilidad penal, muestran cómo puede principiar en una ligera imprudencia y acabar con la voluntad maliciosa de violar la ley. El profesor Enrique Ferri, en escritos publicados en las revistas italianas, habla de cómo hasta en el campo vasto y multiforme del deporte, también se arraiga la mala planta de la delincuencia que, según su autorizada opinión, es como la sombra del cuerpo social que sigue sus transformaciones. Refiriéndose a los *chauffeurs* que, queriendo satisfacer su *moderna manía de la velocidad*, preven el caso de causar el daño por el exceso de una velocidad que no disminuyen, confiados en la bondad de vehículo, en la buena suerte o en su propia habilidad, y el accidente se produce dando muerte a una persona. En esas condiciones se pregunta: qué clase de homicidio se cometió? No puede decirse que sea voluntario, porque no ha sido intencionalmente querido; ni que sea involuntario completamente, porque ha sido previsto como posible, y, a pesar de todo, se ha continuado en la carrera que causó el daño. En este caso opina que la responsabilidad penal sea más grave que la de simple culpa, para quien ha entrado en la posibilidad o la probabilidad de causar daño a terceros; y, después de otras consideraciones, concluye que a la teoría tradicional por la cual se castigan las dos formas de delitos dolosos y culpables, se deben agregar otras distinciones que la complementen.

Hechas estas consideraciones, ¿el legislador tendría el ánimo de dejar al arbitrio de los funcionarios de investigación criminal la interpretación y aplicación del art. 340, para

que les sea suficiente la declaración del testigo hábil o el indicio, mirar el Código Penal, que muchos ni siquiera conocen, y decir *a priori*: se cometió un delito o una culpa, el Código Penal le señala tal pena, luego debe detenerse el individuo que ejecutó el acto? Es claro que, aplicando un criterio empírico, así se hará, y se hace ordinariamente, pero si conoce que el proceso penal, es un proceso técnico de conocimientos, ya verán cuanto respeto merece la libertad individual, y que, examinado el principio, en el fondo hallarán que lo que quiso el legislador fue garantizar los fueros de la justicia, los de la sociedad y los mismos del sindicato, contra los funcionarios que temerariamente atropellan o quieren conculcar sus derechos.

El legislador, al mismo tiempo que estableció el principio en bien de la justicia, tuvo en cuenta el derecho de los asociados y por eso castiga penalmente las detenciones arbitrarias; sólo que al escoger la fórmula usó la que más peligros engendra, puesto que permite a los investigadores juzgar *a priori* o prejuzgar hechos que pueden llevar a la cárcel a muchos inocentes. Exigir que, en caso de una detención arbitraria o en la absolución de un sindicato, pagaran indemnizaciones los funcionarios que las decretaron, no sería demasiado, dados los frecuentes abusos que se cometen, especialmente en los hechos que no admiten excarcelación por ser mayor el perjuicio causado a sus víctimas; sólo que también hay que considerarlos humanos y falibles y que en muchas ocasiones no tienen la intención de causar el daño con esas providencias.

Hemos presenciado casos en que se da un denuncia, v. gr., por hurto de ganado mayor; la declaración del agredido o perjudicado la consideran como de testigo hábil y ordenan la detención del sindicato, quien demuestra la propiedad sobre los bienes materia del denuncia y desvirtúa el fundamento de la investigación; estas pruebas no las tienen en cuenta, pide el sindicato la excarcelación y el

investigador la niega porque en la carátula de las diligencias informativas dice: Sumario contra N. N. por hurto de ganado mayor; porque miró las leyes sobre excarcelación y encontró el art. 2.º de la ley 52 de 1918 y el 38 de la 104 de 1922 y concluyó: el delito de hurto de ganado mayor está exceptuado de ese beneficio. Llega el auto de proceder, y después de mucho tiempo de prisión al sindicato dice el Tribunal: no hay fundamento para un juicio criminal, se trata de un asunto civil y, en consecuencia, sobresee. Habrá argumento fundado en la justicia y en la lógica que impida la indemnización que se debe dar a ese sindicato o enjuiciado por los perjuicios morales y materiales sufridos en una persecución injusta? No hay quien pueda sostener racionalmente lo contrario, sólo se presentan dificultades en cuanto a las ejecuciones de las leyes que reconocieran ese derecho en el individuo e impusieran el deber de indemnizar por parte del Estado, responsable en cierto modo de los abusos o mala preparación de sus empleados.

Finalmente, repetimos que la fórmula *cuando se proceda por delito o culpa* se debe cambiar por otra que se refiera en general a las violaciones o infracciones de la ley penal, cuando merezcan penas claramente señaladas, aunque se autorice para este solo caso el criterio empírico de apreciar la gravedad de los delitos por la gravedad de las penas. Es preferible que el que viola la ley sepa que contra él se dictará inexorablemente un auto de detención, cuando la pena aplicable al hecho sea de las más graves que señala el Código en las escalas penales, y no que el funcionario diga impropriamente: se cumplieron los requisitos del art. 340, luego usted debe ser conducido a la cárcel. Cómo aprecia el valor de la declaración del testigo que llama hábil, que puede ser el mismo agredido el que denuncia el hecho, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o su enemigo capital ¿cuál será el indicio que consideran como grave?

12 DE LA DETENCION PREVENTIVA Y LOS INDICIOS GRAVES * * * El artículo 587 de la organización judicial dice que indicio es un hecho cierto y conocido, que por su relación más o menos íntima con el hecho que se cuestiona, puede servir *para inclinar la razón* a la creencia en la realidad del segundo.

El 1702 del Código de Enjuiciamiento lo define: *un hecho que indica la existencia de otro hecho*, o que alguna persona determinada lo ha ejecutado o ayudado a ejecutar.

Indicio, y según su nombre lo expresa (*index*), el dedo que señala un objeto, es, pues, un hecho que está en relación íntima con otro hecho y que el juez llega del uno al otro por medio de una deducción lógica y natural. Objetivamente, es un hecho cierto y conocido; subjetivamente, es la deducción que resulta, el argumento que se establece mediante la relación del hecho primitivo con el hecho que se cuestiona y, para que pueda inclinar la razón a la creencia en la realidad del otro hecho, debe haber concomitancia entre los dos; así se sacan consecuencias de los efectos por las causas o a la inversa. De suerte que es cuestión de raciocinio lo que produce la convicción, y el funcionamiento, en el ejercicio de su cargo, no puede llegar a ella sino por los medios legales, debiendo servirse para la ponderación de los indicios del criterio estimatorio de la ley, por medio del cual debe establecer la relación lógica entre el hecho que aparece como indicio y el que se quiere demostrar; entonces el indicio será tanto más grave cuanto haga más cierta la relación necesaria con el otro hecho.

De modo que no puede estar al arbitrio del investigador el darle valor más o menos grave a un indicio, fuera de que todo indicio es un hecho que, para darle valor más o menos grave, debe estar probado. No quiere esto decir que todo lo que se lleve al sumario a título de prueba no sirva para probar; la garantía jurídica no se opone a la facultad de esclarecer los hechos con los medios que no se oponen

a la razón. La ley es dura pero es ley y los representantes de la justicia deben aplicarla en su espíritu y en su forma, de lo contrario no sólo la desconocen sino que la desobedecen y atropellan.

Imponiéndoles penas severas y eficaces a los investigadores que ordenen detenciones arbitrarias, no como las actuales que son ridículas e ineficaces por la benevolencia con que tratan los superiores a sus subalternos y por la dificultad de probarles el elemento intencional de querer causar el daño, y restringiendo los casos en que pueden decretarse, habría mayores probabilidades de acierto, en esta medida que sólo se justifica por la necesidad de no dejar burlada la justicia. Pudieran indicarse otros elementos que se relacionan con el fin de la detención preventiva, como con la importancia del derecho violado y la categoría del sindicado, pero que no pueden establecerse por nuestros medios sociales y los elementos encargados de ejercitar una facultad tan peligrosa.

13. LA DETENCION PREVENTIVA Y LAS PENAS DE PRESIDIO Y RECLUSION * * * * * La detención preventiva es una pena, como tampoco lo es el arresto a que se refiere el artículo 340, distinto del arresto calificado en la 4.^a categoría de nuestra escala penal. El artículo que comentamos establece que se puede decretar la detención sólo cuando se trate de delitos o culpas que merezcan una pena de presidio o de reclusión, y el funcionario que la ordene debe tener naturalmente un criterio para analizar esa prescripción legal, si no esa forma legal vendría a degenerar en una facultad omnímoda, que en ningún caso pensó crear el legislador. El funcionario investigador está obligado a saber o estudiar si el acto ejecutado por el indiciado merece la pena de presidio o de reclusión. En nuestro código no existe una diferencia clara entre estas dos penas, ni puede existir porque la pena de presi-

dio no responde a una necesidad social de orden ético, ni jurídico, ni lógico.

El artículo 57 del C. P. dice: «La pena de presidio que se imponga por un delito, no puede exceder de veinte años».

El 71: «en ningún caso la pena corporal podrá exceder de veinticinco años, sea que el reo la merezca por uno o por varios delitos, calificados en una misma sentencia».

El 55: «el condenado a la pena de presidio no llevará prisión, si el tiempo que debe permanecer en el establecimiento no excede de un año; si pasare de uno, pero no de cinco, llevará grillete al pie; si pasare de cinco, llevará grillete y cadena».

Las desigualdades en el tratamiento de los reos deben ser materia de los reglamentos, para el régimen penitenciario interno, pero no como criterio diferencial para distinguirlo con el criterio aflictivo que se le quiere dar; de aquí que las legislaciones modernas tiendan a hacer desaparecer el presidio de los códigos penales como pena especial.

El funcionario que va a decretar la detención no tiene que entrar a considerar si la prisión se puede conmutar por reclusión, ni si es proporcionada al delito o eficaz en la práctica, sino si el delito merece una pena de presidio o de reclusión, suponiendo, no el caso más grave, sino el que aparezca y como aparezca. Sí, *vr. gr.*, se denunció un homicidio y llega la prueba de que fue una legítima defensa suficientemente probada, y no hay declaración alguna, ni indicio grave de que se cometió un delito que merezca pena de presidio o de reclusión, no tendría en qué fundarse la detención preventiva; como no podría detenerse al denunciado como autor de un hurto, si antes existe la prueba de que no hay hurto porque el indiciado es dueño de los objetos materia de la investigación. En cada uno de los casos puede leer el artículo aplicable para saber cuál es la pena que se le señala.

Aunque la detención preventiva presente graves in-

convenientes, se considera como una medida de aquellas necesarias de la cual es difícil prescindir, sin procurarle a los sindicados que eludan la acción de la justicia y busquen remedios casi siempre seguros para lograr la impunidad, y por eso las leyes de procedimiento tienden a reducirla a los casos de delitos más graves.

Nuestro código divide las penas en corporales y no corporales, y señala entre las primeras las que se dirigen exclusivamente contra la persona física del culpable, y entre las otras las que se refieren a la parte moral o pecuniaria. Hasta 1890 existía el principio consagrado en el artículo 1.552 del C. J. que autorizaba la detención por delitos o culpas que merecieran penas corporales; el 340 del año citado lo modificó en el sentido de exigir solamente que se tratara de penas de presidio o de reclusión.

La ley penal tiene la tendencia de atenuar en lo posible los efectos de la detención: la Ley 104 de 1922 autoriza al sindicado para nombrar apoderado que lo asista en la indagatoria e intervenga en las demás diligencias que aún hayan de practicarse; el artículo 2.º de la misma ley dispone que el sindicado sea puesto en libertad, si dentro de los treinta días no apareciere del sumario la comprobación de que trata el artículo 1627 del C. J., aun en el caso de que por el delito que se procede no admite excarcelación. Hay también disposiciones terminantes que indican cómo en los fallos condenatorios se debe computar íntegramente y sin diferencias el tiempo sufrido en detención preventiva, que naturalmente se tiene en cuenta para los casos en que se solicita una rebaja de pena.

Al descontar las rebajas penales se presentan inconvenientes para determinar cuando debe ponerse en libertad a los sentenciados a reclusión y que purgan presidio por conversión, y en definitiva se adoptó el siguiente criterio, que deben seguir los directores de los establecimientos de castigo: Averiguarán cuanto tiempo pagaron los reos en re-

clusión en el cual se computa la detención preventiva y qué tiempo les falta por sufrir en presidio. Determinarán, según los casos, la tercera, la cuarta, o la quinta parte de cada una de esas penas. Reducirán a presidio, en la proporción que establece el art. 108 del C. P., la rebaja, correspondiente al tiempo pagado en reclusión. Sumarán esta rebaja, así convertida, con la rebaja correspondiente al tiempo que deben pagar los reos en presidio, y restarán el resultado que representa la rebaja definitiva de toda la pena del tiempo de presidio que falta por cumplir. La diferencia indica cuál es la fecha precisa en que debe ponerse en libertad, al solicitante.

El Acto Legislativo número 3 de 1910, contra los más sanos principios de Derecho Público, estableció que el legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso, con lo cual la pena corporal de presidio quedó colocada en la primera línea de la escala penal. Esta pena tiene que desaparecer de las legislaciones modernas, y la supresión de nuestro Código Penal ha sido propuesta por el doctor Concha y la Misión Italiana, en cuyo concepto debe abolirse porque, a más de la necesidad de usar en los Códigos un lenguaje aceptado en el mundo científico, la pena de presidio «no tiene tradición jurídica universal», tomando estas palabras empleadas por la Misión Italiana. Este concepto lo descalifica severamente el doctor Rafael Escallón, miembro de la Comisión Revisora, por motivo a que la tradición internacional no debe tenerse en cuenta al adoptar un Código, sino la tradición nacional; en nuestro sentir, esa crítica no es completa, pues, la Misión Italiana se refiere a que la palabra *presidio* no tiene una tradición filológica o gramatical, ni científica, sino una tradición nacional, relativa a la pena privativa de la libertad personal que con mayor exactitud se expresa con la palabra *reclusión*, que corresponde más al concepto.

La Comisión Revisora propone todo lo contrario, que se

suprima la pena de *reclusión*, y se establezca en primer término la de *presidio*, no precisamente por desconocer el mérito de los argumentos que existen para creer en la recta aplicación de la pena de reclusión, sino más que todo, por el conflicto entre la ley antigua y la nueva, si esta pudiera consagrarse; porque si las leyes nuevas rebajan el mínimo de las penas, tendrían derecho los condenados bajo la vigencia del código actual al mínimo de la pena, a que les aplicaran la ley más favorable, según el precepto constitucional y en acuerdo con los principios científicos.

14. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y DETENCIÓN PROVISIONAL Para los efectos de la detención provisional o prisión preventiva, ¿qué debe resolverse cuando ésta se alega, bien para no ser detenido o para hacer cesar la detención o la prisión?

Si se parte del supuesto que la prescripción de la acción persecutoria del delito quedó consumada, no hay mayor dificultad porque para este caso nuestras leyes de procedimiento establecen principios claros, mediante los cuales se debe terminar o suspender todo procedimiento.

Donde se presentan ya dificultades es en la determinación de la prescripción de la acción, que es la única a que nos queremos referir distinta de la prescripción de la pena. En casos especiales es necesario saber si está consumada y cómo deben interpretarse los arts. sobre prescripciones, para deducir el derecho que pueda asistir a los sindicados o enjuiciados de ser puestos en libertad, según se trate de diligencias sumarias o de juicios.

Prácticamente, en el desempeño de nuestros deberes profesionales hemos encontrado un caso en que, la prescripción de la acción por el delito imputado a uno de nuestros defendidos, quedó consumada en una fecha comprendida entre la sentencia de segunda instancia y el término señalado para la ejecutoria de dicha providencia.

Se trataba de un delito de heridas que causaron una inca-

pacidad definitiva de veinte días para trabajar como antes, sin defecto físico, ni lesión de por vida.

Los hechos ocurrieron *el 15 de mayo de 1918*. Probados el cuerpo del delito y los elementos de que trata el art. 1627 del C. J., se llamó a juicio al sindicado; surtidos los trámites legales se dictó sentencia condenatoria *el 14 de mayo de 1928*, día en que se le notificó la sentencia de segunda instancia al defensor del reo.

Quince días después le notificaron al reo la sentencia de segunda instancia y el auto de «Obedézcase y Cúmplase», proferido por el juzgado de la primera instancia; estas dos notificaciones fueron simultáneas. Tanto en el Juzgado como en el Tribunal, fue condenado el enjuiciado a pagar la pena de 40 meses y medio, por tratarse de aplicar el art. 648 del C. P., junto con el 651 del mismo, es decir se calificó el hecho en segundo grado (27 meses de reclusión), por la circunstancia que relaciona el art. 651 y, que agrava la pena en un 50 %, (13 meses y medio), y convierte la reclusión en presidio, sin deducción alguna en ningún caso.

En este estado, estudiado el expediente se encontró en nuestro concepto la base legal para alegar la prescripción de la acción que perseguía el hecho delictuoso. Solicitamos la revocatoria del auto «Obedézcase y Cúmplase», con el derecho reconocido en los arts. 355, 357 de la ley 105 de 1890 y el 1620 del C. J., pues, esos arts. permiten el ejercicio de los medios legales que se pueden hacer valer en defensa de los sindicados o enjuiciados. Al propio tiempo se pidió la declaratoria de la prescripción de la acción contra el defendido, por las razones que, en resumen, son las siguientes:

Con la lectura del art. 33 de la ley 104 de 1922, pudiera creerse que el juzgador queda autorizado para proferir un sobreseimiento definitivo en favor del encausado, cuando se presenta una prescripción, pues dice: «El sobreseimiento puede ser definitivo o temporal. El sobreseimiento defi-

nitivo se dictará: «4.º Cuando el acusado esté exento de responsabilidad de acuerdo con las leyes, y «5.º Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del acusado por cualquier causa legal». Contra esta interpretación se revelan la doctrina y la jurisprudencia, pues, de modo expreso contraría la voluntad del legislador manifestada en el art. 1.504, que, aunque en él se trate de la prescripción de la pena, ordena que cese todo procedimiento y no que se dicte un sobreseimiento. También se opone al art. 37 de la misma ley 104, porque los sobreseimientos deben dictarse observando las formalidades que señalan los arts. 1.627, 1.628 y concordantes del C. J., que no hay para qué analizar al decretar la prescripción.

El sobreseimiento significa que en las diligencias sumarias no hubo hechos que constituyeran delito o indicios que dijera relación a la responsabilidad del sindicado; con la declaración de prescripción se reconoce en favor del sindicado, encausado o procesado, nó que sea o no responsable, sino que quedó amparado por una institución legal que tiene altos fundamentos de importancia social. Por esos motivos la solicitud que se hizo fue de la declaratoria de la prescripción de la acción y no de un sobreseimiento.

Sosteníamos que la sentencia del Tribunal no estaba ejecutoriada cuando se consumó la prescripción y por lo mismo la sentencia no alcanzó a interrumpir el derecho de alegarla.

Nadie podría ser juzgado, dice nuestra Carta Fundamental en el art. 26, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*. El art. 1.720, del Código Judicial, ordena que la sentencia se debe notificar a las partes; el 1.525 dispone la notificación al defensor del reo; la sentencia se notificó al defensor el mismo día en que se dictó, pero, *observando la plenitud de las formas propias del juicio criminal*, el término de ejecutoria de

la sentencia debe contarse desde el día en que se notificó al defensor, y, transcurrido el término de que trata la ley 104 de 22, es cuando aparece la figura legal llamada Cosa Juzgada.

Como el reo estaba preso y notificaron simultáneamente la sentencia y el auto que ordenaba su cumplimiento, sosteníamos que el término de ejecutoria de la sentencia debía contarse desde la ejecutoria del auto contra el cual se podía oponer el recurso de revocatoria y reforma; en este caso, la ejecutoria de la sentencia fue mucho después de la consumación de la prescripción.

Esta última interpretación concuerda con las doctrinas de la Corte Suprema: «Tratándose de las sentencias condenatorias en materia criminal, no basta la notificación personal al defensor del reo, esa notificación debe hacerse personalmente al reo, y no por edicto, máxime cuando está preso y a órdenes del sentenciador». (Casación, mayo 27 de 1926).

«Las sentencias proferidas en materia criminal deben notificarse personalmente a los reos cuando se encuentran a órdenes del sentenciador. Es necesario que ellos sepan cuándo y en qué forma ha concluido el juicio ante los jueces de la instancia». (Sentencia; Corte Suprema agosto 12 de 1926).

De modo que, mientras no se hayan cumplido todas las formalidades del procedimiento, oyendo los descargos del procesado, recorriendo las instancias establecidas y resolviendo los recursos interpuestos, el juicio está pendiente y no puede existir la Cosa Juzgada, que es la única que puede legitimar la pena. No basta, por tanto, que la sentencia haya sido dictada por un Tribunal competente para que pueda decirse que existe la verdad jurídica; es indispensable, además, que esa sentencia tenga el carácter de ejecutoria o que contra ella no quede ya ningún recurso: sólo así puede ejecutarse.

Para que haya *res judicata* se requiere que la misma

cuestión haya sido resuelta no solamente en el derecho sino en el hecho. La autoridad moral o doctrinal de la sentencia proferida por el Tribunal, es de un valor intrínseco indiscutible pero no tiene nada de común con la autoridad de la Cosa juzgada que es la única capaz de detener la carrera liberatoria del derecho a la prescripción, que todas las legislaciones reconocen y justifican por motivos de interés colectivo. La ley, dice Boitard, presume que el tiempo de destierro, ocultamiento, angustias e inquietudes que el delincuente pasa mientras huye de la justicia, es bastante para satisfacer a la vindicta pública. Ella piensa que este tiempo basta para corregir lo que el delincuente tuviese de peligroso para la sociedad, sea por la influencia de la edad que disminuye los medios de dañar, sea porque el tiempo hace desaparecer o amortigua las circunstancias o las pasiones que inducen a cometer un gran número de delitos. Esta prescripción en materia penal es más corta que muchas otras en materias civiles, porque como lo indica el profesor Silvela, las perturbaciones del orden jurídico aun en los delitos más alarmantes, parece que resisten menos en la memoria de los hombres a la acción del tiempo, que los créditos, deudas y obligaciones pecuniarias; y la ley penal que no se puede cumplir inmediatamente va debilitando su fuerza y perdiendo apoyo en la opinión, a tal punto que su ejecución puede producir una verdadera alarma cuando conoce sobradamente que el individuo contra quien se procede es un ciudadano ejemplar, por mucho tiempo miembro irreprochable de la sociedad.

En el caso contemplado los magistrados no podían resolver nada sobre prescripción porque ella no estaba cumplida; el defensor de la segunda instancia tampoco podía haberla alegado porque asistía la misma razón, sólo se consumó en el término de la ejecutoria.

Recuperada la jurisdicción por el juez de la primera instancia él debía resolver si era el caso de decretarla o no,

para lo cual tenía que examinar si la prescripción de la acción estaba interrumpida y si en el caso concreto permitía ampararse al reo en la prescripción de diez años.

Resuelta la primera cuestión afirmativamente, que el término de la ejecutoria debía contarse desde la notificación al reo, entró en el análisis del caso concreto para saber qué término de prescripción debía computarse.

El juez decía: el delito de heridas con la incapacidad de veinte días, tiene un máximo penal de cuatro años; como en el caso contemplado la penalidad se aumentó en un 50 ªº, el máximo de la pena aplicable es el de seis años, luego la acción persecutoria de este delito prescribe en doce: *no hay lugar a decretar la prescripción de la acción porque no se ha cumplido.*

Ejecutoriada la sentencia, en un nuevo pedimento decíamos: el derecho a solicitar la declaratoria de una prescripción puede alegarse en cualquier tiempo, porque ese es un derecho adquirido que forma parte del patrimonio de garantías que las leyes vigentes reconocen y, aun a falta de pedimento, el juez tiene el deber de declararlo de oficio: la prescripción de la acción o del procedimiento extingue el derecho de ejecutar la pena o de continuar su ejercicio. Así lo ha declarado la jurisprudencia y lo resuelve claramente la doctrina de los tribunales.

El delito en referencia ya fue calificado en una sentencia definitiva y ejecutoriada, que tiene fuerza de ley y de ley sustantiva que engendra derechos y obligaciones, mientras no sea declarada nula judicialmente. Desconocer esta sentencia, expresa o tácitamente, es violarla; es vulnerar los derechos que engendra, es desconocer las obligaciones que impone. Si ya la sentencia definitiva y ejecutoriada señaló en este negocio la pena de cuarenta meses y medio, de ese criterio no es lícito apartarse cuando se trate de apreciar cuál es la pena aplicable por ese delito.

De qué serviría el valor que todas las legislaciones le

dan a la cosa juzgada, si solamente en teoría tiene existencia, pero que, prácticamente, en un caso concreto, se puede desconocer con el arbitrio de una interpretación personal? En consecuencia, si la pena máxima es de cuarenta meses y medio, es el caso de decretar la prescripción por haber transcurrido el término de 10 años en el cual quedó consumada.

En el estado de sumario o de juicio, sería distinta la norma aplicable y fundado el razonamiento del juzgador que considerara el delito castigado por los artículos 648 y 651 C. P. como que pudiera prescribir en 12 años, porque en la sentencia definitiva *hubiera podido* haber la pena máxima de seis años; pero cuando ya hay una sentencia definitiva y ejecutoriada que señala una pena menor de 5 años, con qué lógica se aplica a ese delito, en un caso concreto, una calificación distinta de la que el artículo 95 del C. P. en su primera parte indica? ¿Por qué razón el Juez en el delito de heridas tiene en cuenta las circunstancias agravantes, que no son constitutivas del delito de heridas, ni que se refieren al tiempo de la prescripción?; se acoge la sentencia del Tribunal sólo para deducir que al sentenciado se le debe aumentar la pena por la circunstancia referida en el artículo 651, y no se considera el grado de penalidad calificado por el Tribunal en la segunda escala y que hace acreedor al procesado a una pena menor de cinco años.

Si se adopta la doctrina que el Juez sostiene, se llegaría al sistema injusto de que la prescripción de la acción por el delito de heridas, que produzcan una incapacidad de ocho a treinta días, sin lesión de por vida, ni defecto físico, sólo puede prescribir en doce años, porque el máximo de la pena aplicable es el de seis años, sin atender a los casos en que el grado de penalidad sea el 1.º o el 3.º, ni a que el legislador al dictar las leyes sobre prescripción tuvo en cuenta la gravedad de los delitos, y así señaló un término largo para los más graves y uno menor para los de

ínfima gravedad. De los delitos sancionados por el artículo 648, unos tendrán la pena de cuatro años, aumentada en un 50 % por el artículo 651, y prescribirán en doce años, otros una pena total menor de cinco y prescribirán en diez años, como en el caso presente; no puede haber otra solución, aun admitido, como hipótesis, que se debe considerar el aumento del 50 º al computar el tiempo de la prescripción.

El Juez no debe cifrar su fallo en la consideración de los efectos desfavorables al perseguido, porque su deber es deducir en justicia de lo que resulte del proceso, no de lo que hubiera podido suceder.

15. LAS DETENCIONES PREVENTIVAS Y LAS PERSONAS PUNIBLES * * * * * Dice también el artículo 340 que se ordenará la detención contra el autor, cómplice, auxiliador o encubridor

del hecho que se averigua, cuando existe al menos la prueba mínima de que trata el mismo artículo.

La enumeración casuística que hace el Código de los autores, de los cómplices, auxiliadores y encubridores, en la práctica da por resultado las mayores injusticias y confusiones graves, v. gr., lo que pasa con el encubrimiento; en realidad los encubridores no son partícipes del delito, cuando no ha existido acuerdo previo, pues, el "encubrimiento es posterior al hecho que se reputa como delito, y debe ser calificado como delito especial, porque no es justo derivar la pena que le pueda corresponder al encubridor de la responsabilidad del autor; en este sentido también han reaccionado los códigos modernos.

Es difícil en los casos prácticos determinar la diferencia entre los varios delitos, v. gr., la falsedad, estafa, abuso de confianza; distinguir entre los delitos que pueden frustrarse y los que admiten la tentativa; la fijación del límite que separa la tentativa del delito frustrado, y el de este con el consumado.

En todo caso, es arbitrario dejarle a los investigadores

la facultad de juzgar a priori la calidad de los hechos, la apreciación de las penas que merecen los hechos violatorios de la ley y la calificación de los que pueden tomar parte en la ejecución del hecho. Naturalmente, estas medidas autorizadas como actos precautivos, pueden ser proporcionadas al fin que persiguió su establecimiento, cuando se aplican con rectitud y conocimiento suficiente del radio de atribuciones, si se lleva como punto de mira que el propósito de la ley fue el de evitar que los sospechosos de un delito no esquiven la acción de la justicia, ni puedan preparar medios de justificación cuando en verdad son culpables. El principio en que se funda la detención puede producir males irreparables que engendran principalmente atentados contra los derechos individuales, y si, como dice Ortolán, esta institución es fatal para los individuos, para la sociedad y la justicia, todos deben contribuir en la medida de su responsabilidad a sufrir las consecuencias: los individuos las sufren de hecho por la limitación de su libertad; la sociedad, coopera con el celo que debe prestar en el implantamiento de principios que moderen sus efectos, con procedimientos inequívocos para impedir el abuso de las atribuciones; y, por último, la justicia, con una responsabilidad penal distinta de la de todos los que no usufructúan el poder de representarla, ni de instruir sumarios.

Ocurre ordinariamente que el autor de un acto ilegal tiene conciencia de las consecuencias que puede producir, y, sin embargo, lo ejecuta; de donde se desprende que, generalmente, obra con intención criminosa, que procede con dolo, con voluntad y malicia de violar la ley (artículo 2.º C. P.). En ese caso la culpabilidad es general (dolus generalis). En las detenciones preventivas, el contingente o contribución que deben prestar los representantes de la autoridad en la investigación, para hacer eficaz esa necesidad e impedir al propio tiempo el abuso desmedido de las facultades que ellos tienen, debe ser también de excepción,

ý puede consistir en que, cuando decreten las detenciones arbitrariamente, se establezca la presunción del dolo especial (*dolus deliberatus*). Conforme al inciso 2.º del artículo 2.025 del Código Judicial, existe una presunción legal de que ha procedido *a sabiendas*, el empleado público en ejercicio de sus atribuciones, cuando la suposición contraria de ignorancia se refiere a puntos de derecho, como sucede por ejemplo en las infracciones de la ley que dan origen a juicios de responsabilidad; sin embargo, la Corte Suprema consagró como doctrina (Sentencia del 19 de febrero de 1926) que a un juez o magistrado no puede exigírsele responsabilidad por razón de un error de derecho, como estimar como instantáneo un delito que es crónico y declarar prescrita una acción antes de cumplirse el término.

16. DETENCION PREVENTIVA Y El artículo 572 dice: Hay
DETENCION ARBITRARIA * * detención arbitraria:

«...2.º Cuando en los negocios criminales se prenda o arreste, o se mande prender o arrestar, o se mantenga en prisión o arresto a alguna persona sin que exista la prueba que exija la ley, o por delito o culpa que no apareje, conforme a la ley, el arresto o prisión del sindicado... 4.º Cuando un funcionario público cualquiera, detiene a alguna persona, en arresto, prisión u otra casa de castigo, no siendo competente para ello, o no estando autorizada la detención por la ley».

Este delito requiere la concurrencia de dos elementos: la inexistencia de todo fundamento para ordenar la detención, y la intención maliciosa de parte del funcionario que la ordena, de querer perjudicar o causar daño al detenido o a alguna persona.

El investigador demandado por una detención arbitraria encontrará las mayores facilidades de demostrar que un motivo cualquiera pudo servirle como fundamento, si se acoge la doctrina de la Corte, según la cual no puede exigírsele respon-

sabilidad al funcionario que cometió un error de derecho, como estimar instantáneo un delito crónico, o como delito grave una simple culpa que no tiene pena de reclusión.

La intención maliciosa que se presume en toda violación de la ley, tratándose de la detención, sencillamente se puede desvirtuar con la cautela de no manifestarla y con los razonamientos que la lógica permite derivar de la categoría del empleo, de la misión sagrada que a ellos está confiada para tutelar de los intereses de la justicia y con la consideración que como humanos no son infalibles. Más todavía, aunque confesara su intención maliciosa de causar el perjuicio, no se podría condenar si no existe el otro elemento, la ausencia de todo fundamento que pueden buscarlo, a más no poder, en la declaración que no se escribió y fue la base de la detención. Por eso tampoco somos partidarios de una detención fundada en una declaración que no se haya todavía escrito. El Juez que haya visto cometer un delito bien puede detener al sindicado, con la misma facultad que puede hacerlo cualquier particular, pero si en el expediente que se va a formar no aparece escrita la declaración del testigo hábil o el indicio grave, en derecho no se puede ordenar la detención por un funcionario o Juez de derecho, sujeto a tarifas legales.

Ahora, supongamos que el funcionario ordenó la detención arbitraria y se le prueba su responsabilidad, ¿a qué pena queda sujeto?: a ser suspendido temporalmente de su destino y a pagar una multa de ocho a cuarenta pesos; (artículo 573); ¿Habrà algo más irrisorio que esa sanción para quien tiene en sus manos el tesoro de nuestras libertades y el patrimonio espiritual de las aspiraciones del ciudadano de una nación regida por sistemas republicanos? ¿Sería injusto asignarle la pena por el delito que atribuye al sindicado? En justicia será lo más equitativo, si se considera solamente el caso clásico de detención arbitraria, pero, como no es igual la prueba que la ley exige para detener, enjuiciar y sentenciar,

habría una desproporción manifestada con la vista de los medios de que disponen los funcionarios en esas tres fases del negocio criminal. Ya que eso no es posible, lo ordenado es señalarles una pena mayor, proporcionada al delito que cometen con el voluntario y malicioso atentado contra los derechos individuales.

El artículo 134 de la Ley 109 de 1922, que está suspendido, establece: «El funcionario público que, abusando de sus funciones o infringiendo las formalidades prescritas por la ley, prive a una persona de la libertad, será castigado con prisión por dos meses a cuatro años, y si el delito se comete usando amenazas, sevicia o fraude o por espíritu de venganza o de lucro, o para enganchar a la víctima para servicio extranjero, la prisión será de cuatro a diez años».

La Comisión Revisora lo modificó así: «El funcionario público que abusando de sus funciones o quebrantando las reglas u omitiendo las formalidades prescritas por la ley, prive a una persona de su libertad, será castigado con prisión de dos meses a cuatro años, y si el responsable, para cometer el delito, usa de amenazas o fraude, o si lo comete por venganza o lucro la pena será de uno a diez años.»

Por lo visto no sólo la ley, sino la doctrina de los expositores, ha comprendido la necesidad de señalarle a los autores de detenciones arbitrarias penas mayores; de nuestra parte creemos que esas penas graves no son por sí solas suficientes para combatir el delito por el cual se imponen, ni llevan la fuerza psicológica de la intimidación que se produce en los buenos para que no delincan y en los malos para que se abstengan de delinquir y pierdan la esperanza de quedar impunes; de nada servirían las penas mayores si subsisten las mismas causas que las originan: la dificultad de probar los dos elementos que deben concurrir en general en el delito de detención arbitraria.

17. NECESIDAD DE UNA PRE- Y, ¿cuál puede ser ese re-
SUNCION LEGAL PARA EL DE- medio, dado que la detención
LITO DE DETENCION ARBI- preventiva es una necesidad
TRARIA * * * * * fatal para los individuos, la
sociedad y la justicia, y que
su establecimiento exige un sacrificio de todos, que debe
ser especial para quien la puede ordenar? Juzgamos que no
es aventurado consagrar, como caso de excepción que se
hermana con la necesidad de servir a la justicia, que en todas
las detenciones arbitrarias se establezca la presunción legal
del elemento a sabiendas que le da al dolo general un carácter
de mayor gravedad, algo así como una especie de pre-
meditación (1); así quedarían más amparados los derechos
individuales, los de la sociedad y los de la misma justicia,
al exigirle a sus representantes cuentas claras de sus deberes
y mayor cuidado en la apreciación de sus obligaciones.
Entonces será más difícil al juzgador que conozca del delito
de detención arbitraria decir: el hecho de haberse sobreseído
en favor del sindicado no lo hace responsable de atentado
contra los derechos individuales por haber ordenado la de-
tención, *creyendo* cumplir su deber (2).

NAPOLEON IGNACIO SAENZ

Bogotá, junio 8 de 1928.

Vista—Puede publicarse.

El Presidente de Tesis,

PEDRO MARIA CARREÑO

(1) Corte Suprema. Sentencia del 7 de octubre. C. S.

(2) Corte Suprema. Sentencia, 22 de marzo de 1926.

INDICE

	Págs.
1. De los criterios empíricos en la interpretación de las leyes.....	7
2. Necesidad del Ministerio de Justicia.....	11
3. Del Estado individual y el Estado social.....	15
4. Fundamento de la detención preventiva.....	19
5. Principios constitucionales y legales.....	25
6. Del Régimen de Derecho y el Régimen de Policía.....	27
7. Diferencia entre la detención, la prisión provisional y el arresto.....	29
8. Relación del artículo 340, Ley 105 de 1890 con el del Código Penal.....	31
9. La imputabilidad y la detención preventiva.....	37
10. De la imputabilidad penal.....	39
11. La detención preventiva y las culpas.....	48
12. De la detención preventiva y los indicios graves.....	54
13. La detención preventiva y las penas de presidio y reclusión.....	55
14. Prescripción de la acción y la detención provisional....	59
15. Las detenciones preventivas y las personas punibles.....	66
16. Detención preventiva y detención arbitraria.....	68
17. Necesidad de una presunción legal para el delito de detención arbitraria.....	71

INDICE

BIBLIOGRAFIA

Prisco.—*Filosofía del Derecho*.
Ginebra.—*Ética y Derecho Natural*.
Carreño.—*Filosofía del Derecho*.
Taparelli.—*Derecho Natural*.
Abadía Méndez.—*Conferencias de Constitucional*.
Florentino González.—*Derecho Constitucional*.
Concha.—*Derecho Constitucional*.
Orlando.—*Conferencias de Derecho Público*.
Carrara.—*Programa del Derecho Penal*.
Piñeros.—*Conferencias de Procedimientos Penales*.
Escallón.—*Conferencias de Derecho Penal*.
Ortolán.—*Tratado de Derecho Penal*.
Garraud.—*Droit Penal Francais*.
Alimena.—*Derecho Penal*.
Alimena.—*Discursos dedicados a Enrique Pessina*.
Boitard.—*Leçons de droit criminel*.
La Reforma Penal en Colombia.—Edición oficial.—1925.
