

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DETENCION PREVENTIVA



HERNANDO DUARTE POLO

I. — ¿Qué es la detención preventiva? En materia jurídica es siempre compleja toda tarea encaminada a definir cualquier institución. Y aunque los partidarios de cierta filosofía sostuvieron que las definiciones agotan las disputas, a veces aquellas son más bien el comienzo de éstas.

Cuando Manduca ¹ sostuvo que “acerca de la prisión preventiva la ciencia no ha dicho todavía la última palabra”, expresaba precisamente que los intentos de definiciones no habían producido unidad de criterio entre los tratadistas, pues hay quienes la califican de “medida de seguridad”, “garantía de ejecución de la pena”, “medio de instrucción”, etc.

Dentro de la pluralidad de definiciones existentes en la doctrina se encuentran las siguientes:

Faustín Hélie afirma que “La prisión preventiva es, a la vez, una medida de seguridad, una garantía de ejecución de la pena y un medio de instrucción” (*Traité de l'instruction criminelle*, T. IV p. 606).

Emile Jamais la define como “una medida necesaria, una garantía valiosa para la seguridad de la instrucción y para la ejecución de la pena que podrá ser aplicada” (*Des droits et des garanties de l'inculpé*, p. 56) ².

En su “Estudio Jurídico de la Detención Preventiva y de la Libertad Provisional”, Emiliano Aldama dice que “la prisión preventiva o provisoria es la que se emplea en aquellos sobre quienes pesa la inculpación de ciertos delitos, para asegurar su persona e impedir que burlen la acción de la justicia”.

Arturo J. Zavaleta ³ dice, en un intento por precisar la noción que nos ocupa: "La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre quien recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como participe de la comisión de un delito reprimido con pena privativa de la libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena".

Podríase definir la detención preventiva como una medida precautelar, tomada por quien tiene el conocimiento de un negocio penal, contra el sujeto pasivo de la acción, cuando se llenan algunos requisitos o exigencias legales, a efecto de cumplir con los fines del proceso y garantizar la posterior ejecución de una pena privativa de la libertad.

Con la anterior definición, nos apartamos del concepto de Zavaleta en algunos aspectos que consideramos capitales. En efecto, la detención, creemos, no crea siempre en el detenido un estado permanente de privación de su libertad física, pues, si tenemos en cuenta que los requisitos para detener son mínimos y que para un proveído detentivo no se exigen las mismas pruebas que para un auto de vocación a juicio o para una sentencia condenatoria, es fácil colegir que el auto detentivo está muy lejos de asegurar esa

permanente privación de la libertad a que alude el tratadista citado.

Si ahondamos un poco más en el problema, hallamos que las leyes permiten la excarcelación por ciertos delitos. En estos casos, la providencia precautelativa se dicta y se cumple, pero a pesar de ella, puede invocarse el beneficio de libertad y con él se suspende en la práctica el encarcelamiento y el sindicado, aunque esté legalmente detenido, goza de su libertad por mandato mismo de la Ley.

Volviendo a nuestra definición, encontramos los siguientes elementos: a) Es una medida precautelar; b) La toma el instructor o magistrado que conoce del negocio; c) Va dirigida al sujeto pasivo de la acción penal, que puede ser plural; d) No puede dictarse sino cuando se han dado cita algunos requisitos de índole procedimental, y e) Esa medida tiene la doble finalidad de atender algunos fines investigativos y necesidades procesales, al tiempo que garantiza los efectos de cualquier fallo condenatorio.

II. — Finalidades de la detención preventiva. La detención preventiva, legalizada mediante proveído interlocutorio, obedece a distintas finalidades: una tiene que ver con la persona misma del sindicado y otras se relacionan con el proceso en sí. La primera finalidad se exterioriza con la aprehensión física del sujeto pasivo de la acción penal; entre las otras, podemos citar el encarcelamiento del sindicado para que al momento del juicio esté presente el sindicado y se someta a la pena en caso de fallo condenatorio.

Al aprehender o encarcelar al sindicado, se hace visible o se exterioriza la acción de la justicia frente al hecho punible investigado, lo cual sirve de ejemplo a la sociedad porque señala vivamente lo que le ocurrirá a cualquier ciudadano cuando agote una ilicitud. Esa aprehensión es necesaria porque si el instructor no pudiera aplicar esa medida precautelar, el delincuente usaría de su libertad no solo para seguir infringiendo los ordenamientos represivos sino para hacer nugatoria la sentencia de condena que en su contra se profiere. El reo libre, se escondería, huiría y en esa forma eludiría la acción de la justicia.

Con la detención preventiva, se ata al sindicado impidiéndosele crear versiones mediante la cooperación de terceros; se le impide así falsificar pruebas, comprar testimonios y amedrentar a los testigos. He ahí otras de las finalidades perseguidas con la aprehensión física del sindicado.

Arturo Zavaleta dice ⁴ que "para garantizar la consecución de estos fines, la justicia necesita forzosamente obtener o asegurar la presencia del sindicado como autor o partícipe del hecho delictuoso perpetrado. Lo necesita para efectuar su identificación e individualización; para buscar o descubrir la verdad; para que el imputado pueda ser interrogado, dándole así la oportunidad de explicarse y oponer todas las defensas que estimare convenientes; y para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la pena que en definitiva pueda imponérsele", con lo cual se ponen de presentes otros de los

múltiples fines de la detención preventiva.

A todo lo anterior se podría agregar que esa detención es necesaria para cumplir con las exigencias de la garantía social de la defensa. Y esto es así porque el sindicado no puede ser juzgado sino mediante el lleno de ciertas formalidades procesales (art. 26 de la C. N.), ni se le puede condenar sin antes haber sido vencido en juicio. Entonces, si el reo no está a órdenes o a disposición del Juez, si el Magistrado no lo tiene a su disposición, ¿cómo pueden cumplirse esas formalidades y cómo puede vencerse u oírse en juicio cada vez que se haga necesario escucharle?

Si el Juez, en quien se encarna la majestad de la República en cuyo nombre administra Justicia, debe usar de su iniciativa procesal mediante ritualidades que la Ley le fija, y si esa misma Ley señala cuidadosamente los lineamientos a que debe someterse para cumplir con su deber, es apenas lógico que se le haya dotado de poderes sobre la persona enjuiciada, poderes que lo facultan para detenerlo. Y cuando el juez detiene, puede afirmarse que dicha detención tiene una clara finalidad: hacer viable el lleno de algunos requisitos procesales.

Por lo que se ha dicho, es fácil entender que la detención preventiva es una medida precautelar, encaminada a cumplir variadas finalidades dentro del proceso.

III. — Régimen del detenido. Decretada la detención preventiva, y hecho efectivo el decreto de detención,

el detenido entra a sufrir la privación de su libertad.

Aunque de acuerdo con el artículo 382 del Código Penal, esa detención no tiene carácter penal alguno y sustrae al detenido de medidas distintas a las autorizadas en los reglamentos carcelarios, es también cierto que con ella se afecta duramente la libertad individual, mediante el sometimiento a un régimen especial.

Es así como el detenido pasa a la respectiva cárcel judicial del circuito o de distrito, y en su defecto, a la cárcel municipal correspondiente (art. 380 del C. P.) y cuando en el lugar no hubiere cárcel de las condiciones requeridas para tener al sindicado con las debidas seguridades, entonces se agotarán los medios conducentes al traslado del detenido al lugar más cercano donde la haya, que reúna las condiciones expresadas. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por normas especiales referentes a los militares, a los menores y a quienes al tiempo del proceso, se encuentren en estado de enajenación mental, o de intoxicación crónica, producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia venenosa o que padecieren cualquier otra grave anomalía psíquica.

En cuanto al Derecho Penal Militar respecta, podemos decir que el primer impacto que recibe el detenido militar, es el verse privado de sus funciones y atribuciones, lo cual trae consigo, fuera de la privación de la libertad, las consecuencias económicas del art. 525 del estatuto punitivo castrense, pues, mientras permanezca dete-

nido solo devengará "la mitad de su sueldo y sus demás asignaciones".

Detenido, el militar no podrá pedir permiso para salir, a su superior jerárquico porque pasa a órdenes de su juzgador, del Juez que instruye el sumario, y solo él podrá conceder o negar los permisos que solicite. Y lo que es más, a la concesión de dichos permisos para abandonar el lugar de reclusión, solo podrá accederse cuando el detenido necesitare salir para atender asuntos propios de suma gravedad que requieran su presencia. En dicha solicitud se indicará el tiempo que necesite permanecer por fuera, cuál es el asunto que debe atender y el sitio a donde debe concurrir. Para atender la solicitud, el Juez o Funcionario Instructor deberá examinar cuidadosamente si en realidad se justifica la petición y si accede a ella, expresará en en el auto concesorio del permiso, la duración del mismo (que no podrá pasar de seis horas), la causa que lo origina y el sitio a donde el detenido deba concurrir. Este permiso debe contener la orden de que el detenido salga debidamente custodiado y vigilado con las seguridades que sean necesarias para evitar su fuga (art. 231 del Decreto número 1817/64).

Además de las anteriores restricciones, el detenido está sometido a la obligación de pernoctar dentro del lugar donde se halle preso.

Todas esas molestias, privaciones e incomodidades se justifican plenamente porque debe haber una diferencia entre el hombre delincuente o sindicado y aquel contra quien no pesan

sindicaciones o acusaciones. De no ser así, la sociedad respiraría ab initio de la investigación penal, un morboso clima de impunidad a todas luces perjudicial para la salud del cuerpo social afectado con las transgresiones de las normas penales.

Para asegurar el régimen especial a que debe someterse el detenido, la Ley ha establecido drásticas sanciones penales que cobijan no solo al sindicado sino también a las personas que en una u otra forma estén encargadas de su custodia. Es así como el C. de J. P. M. en su Libro II, Título VI, Capítulo VII tipifica las siguientes infracciones, en las cuales incurren:

A. — El que se fugue estando legalmente detenido por imputársele la comisión de un delito militar o de conocimiento de la jurisdicción castrense (art. 185 del C. de J. P. M.);

B. — El militar o el civil al servicio de las FF. AA. que, estando encargado de la dirección de un establecimiento carcelario o penitenciario, o de la custodia de un preso, ilegalmente le concediere permiso para separarse del lugar en que deba permanecer detenido (art. 188 del C. de J. P. M.), y

C. — El militar o el civil al servicio de las FF. AA. que, estando encargado de la vigilancia, custodia o conducción de una persona detenida o presa por cuenta de la Justicia Penal Militar o de la Justicia Ordinaria, procure o facilite su fuga (art. 187 *ibidem*).

En los anteriores eventos, el Código señala las siguientes penas:

a. Arresto de seis meses a dos años o prisión de uno a cinco años;

b. Arresto de uno a seis meses o arresto de seis meses a dos años, y

c. Prisión de uno a tres años o arresto de seis meses a dos años.

IV. — **Requisitos para decretarla.** Por ser la libertad individual un factor de primer orden para el ser humano, todas las legislaciones del mundo han dedicado normas reguladoras de su privación, las que tienden a evitar los excesos y arbitrariedades de los funcionarios. Además, en concordancia con el articulado regulador de la privación existen preceptos sancionadores, con los cuales se evitan injustas privaciones de la libertad, pues, el funcionario que procede con violación de los requisitos exigidos, incurre en sanciones por violación de la Ley.

En Colombia, la Constitución prescribe que nadie puede ser reducido a prisión o arresto, ni detenido "sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes" 5.

Por otra parte, el art. 49 del Decreto número 1358 de 1964 concreta los eventos en los cuales puede privarse de la libertad preventivamente a una persona. Esos requisitos son: 1º Que la infracción porque se procede tenga señalada medida privativa de la libertad; 2º Que contra el sindicado resulte por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto

que constituye su participación en ella.

Son esos los requisitos necesarios para detener preventivamente a una persona.

Cuando se procede contra un funcionario o empleado público, el mismo auto de detención debe contener la orden impartida a la corporación o autoridad respectiva para que proceda a suspender al sindicado en el ejercicio de sus funciones, y atribuciones y mientras se cumple la orden de suspensión, se adoptarán las medidas de vigilancia y seguridad para evitar que eluda la acción de la justicia ⁶.

Es claro que la orden de detención legalmente proferida por el Juez, no puede supeditarse a los caprichos o morosidades de las entidades o personas encargadas de producir la suspensión, razón por la cual el art. 50 del Decreto número 1358 de 1964, preceptúa que "pasados diez días contados desde la fecha en que se comuniquen la orden, se dispondrá la captura del sindicado aun cuando la suspensión no se hubiere producido".

Es esa una saludable medida que salvaguarda las determinaciones del Organismo Jurisdiccional del Poder Público, de los caprichos de algunos funcionarios que con su negativa a producir la suspensión, podrían hacer nugatorios los efectos de la detención preventiva.

La solicitud de suspensión viene a constituir una formalidad para evitar la encarcelación sorpresiva de los funcionarios públicos, quienes de repente se verían privados de sus atribuciones, con el consiguiente perjuicio para la comunidad a quien el servicio era pres-

tado. Es fácil entender que la solicitud de suspensión, pone de presente a quien se dirige, que existe una vacancia provisoria del cargo y que urge llenarla por medios efectivos y rápidos para evitar soluciones de continuidad y falta de funcionarios en o al frente de la administración.

Pero esa formalidad no puede erigirse en obstáculo para el cumplimiento de la detención proferida, porque el auto de formas debe cumplirse. De tal manera que si transcurren diez días y la entidad o funcionario competente no suspende al sindicado, entonces el Juez ordena dar cumplimiento al auto de detención, para lo cual dispondrá la captura del sindicado, sin perjuicio de que por otra parte se inicie la respectiva acción encaminada a obtener la sanción del funcionario renuente a atender la solicitud del Juez. En ese caso puede tipificarse un abuso de autoridad por omisión, pues así lo prevé el art. 172 del Código Penal en los siguientes términos:

"El funcionario o empleado público que omite, rehusa o retarda la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave".

Y la sanción es plenamente justificable porque tanto por omitir como por rehusar, como por retardar lo que es de su incumbencia, un funcionario se hace responsable. No es lo mismo omitir (dejar de hacer una cosa) y retardar (diferir), que rehusar (no querer hacer una cosa). El funcionario que

retarda u omite despachar los asuntos a su cargo es un empleado moroso; y si rehusa, será un empleado inconveniente. Pero en uno o en otro caso está faltando al cumplimiento de un deber, aunque con diverso procedimiento, pues en la omisión o en el retardo influye la falta de diligencia o de actividad; y en el rehusar concurre la obstinación o la rebeldía. Pero la consecuencia es igual. Por eso dispone la Ley para cualquiera de estos casos una misma sanción 7.

La sanción impuesta a quien desceye una solicitud de suspensión es apenas lógica porque si al Juez se le exige llenar una serie de requisitos para detener, y si llenados esos requisitos, la providencia debe ajustarse a otra serie de exigencias, tales como señalar el hecho investigado, los elementos

probatorios allegados, la calificación legal, la pena que la Ley establece y los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena (art. 383 del C. P.), eso quiere decir que la determinación se ha proferido legalmente y debe ser respetada no solo por los particulares sino también por la totalidad de las autoridades de la República.

-
- 1 Citado por Arturo J. Zavaleta, en "La Prisión Preventiva y la Libertad Provisoria", p. 58.
 - 2 En Zavaleta, ob. cit., p. 59.
 - 3 "La Prisión Preventiva..." p. 74.
 - 4 Ob. cit., pág. 11.
 - 5 Art. 23 C. N.
 - 6 Art. 50 D. 1358/64.
 - 7 Autos citados por J. Ortega Torres en "Código Penal y de Procedimiento Penal", pág. 164.

