

# La libertad provisional en el nuevo Código de Procedimiento Penal

José Fernando Reyes Cuartas\*

(Al siempre vivo maestro de penalistas,  
Dr. Baltazar Ochoa Restrepo)

“Es harto fácil ser justo cuando el pecho está libre de miedo”.

SÉNECA

## 1. INTRODUCCIÓN

La coexistencia dentro de un idéntico ordenamiento de instituciones antagónicas —la presunción de inocencia (Código de Procedimiento Penal, art. 2º), el reconocimiento de la libertad (art. 3º id.) y la detención preventiva (art. 397 id.)— genera un sinnúmero de problemas, que solo la presencia de una mente abierta, libertaria y respetuosa de los derechos humanos permite conciliar. El derecho que asiste al Estado en aras de su conservación, de privar de la libertad al simple sindicado, ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, que ya se avizoran en BECCARIA. La moderna criminología, a través de estudios críticos, demuestra cómo la aplicación anticipada de la pena obra como factor criminógeno por excelencia, al punto que la población carcelaria, apenas detenida preventivamente, supera con creces la de los condenados.

La figura de la libertad provisional en Colombia alcanzó su máxima expresión garantista con ocasión del decreto 1853 de 1985, en el cual se cumplía el postulado de la presunción de inocencia en amplia forma. Empero, los sectores retardatarios, amigos del más ominoso “carcelarismo”, dieron poca vigencia a la norma, pues se trata —como ya lo ha denunciado la criminología crítica— de mantener la misma “clientela” en los centros de reclusión para seguir adelantando la utopía de la resocialización.

\* Juez Quinto Penal Municipal de Manizales.

Haremos a continuación un ligero análisis, que involucra algunas consideraciones de orden criminológico, acerca de las medidas de aseguramiento en general, para finalmente intentar una interpretación democrática y reverente del principio de libertad, en punto de las causales que permiten otorgarla en forma provisional, tocando solo aquellas que revisten para nosotros algún grado de discusión.

## 2. FICCIÓN Y REALIDAD EN MATERIA DE LIBERTAD PROVISIONAL EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

El nacimiento mismo de la prisión, con justificaciones para esa época diferentes de las que hoy se invocan, coexiste con la intención de su reforma; con razón, a nuestra manera de ver, apuntaba FOUCAULT: "Hay que recordar también que el movimiento para reformar las prisiones, para controlar su funcionamiento, no es un fenómeno tardío. No parece siquiera haber nacido de una comprobación de fracaso, debidamente establecida. La 'reforma de la prisión' es casi contemporánea de la prisión misma. Es como su programa"<sup>1</sup>.

No son pocos los estudios que han mostrado que la idea de la resocialización no pasa de ser una utopía, un mito. ¿Cómo pretender resocializar en condiciones de privación de la libertad? ¿No tendríamos antes que resocializar la sociedad?<sup>2</sup>.

Asimismo, ya en nuestro país se ha demostrado cómo el legislador nacional utiliza la pena de prisión en el 98.4% de los tipos penales (solo prescribe otras penas, como únicas, en cuatro casos). Además, en estudios sobre la población penitenciaria se ha comprobado que el 75% (y en ocasiones más) corresponde a detenidos preventivamente. Esto lleva a mostrar cómo en Colombia, el aparato penitenciario, se ha convertido en el factor criminógeno por excelencia<sup>3</sup>.

Los movimientos excarcelatorios propugnan la creación de alternativas de la privación de la libertad. En Alemania la pena más aplicada es la multa (entre el 82 y el 83%); y en cuanto a las penas privativas de la libertad, estas apenas se aplican efectivamente en un promedio que oscila entre el 35 y el 38%<sup>4</sup>.

Toda la elaboración doctrinal encaminada a que la prisión sea la excepción, ha sido ignorada, en Colombia al punto que la libertad provisional, en lugar de ser principio general pasa a ser la excepción, sin contar con la inclinación de la judicatura (empezando por la más alta corte de justicia nacional) a sentar interpretaciones que restrinjan aún más las causales de libertad que estipulan las normas de procedimiento. Para la muestra, obsérvese que se requirió el transcurso de cuatro años (1987-1991) para que se coligiera que los arts. 439 y 441 del decreto 50 de 1987 debían interpretarse armónicamente y no en forma excluyente<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, México, Siglo XXI Editores, pág. 236.

<sup>2</sup> Cfr. ALESSANDRO BARAITA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, pág. 176.

<sup>3</sup> Cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988.

<sup>4</sup> Cfr. SANDOVAL HUERTAS, ob. cit.

<sup>5</sup> Cfr. *infra*.

Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Penal —en vigencia a partir de julio 1° de 1992—, siendo timorato en la generalización, sí previó como medidas de aseguramiento algunas situaciones que la política criminal ya había entrevistado.

Expresa esa normatividad que son medidas de aseguramiento para imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva (art. 388).

La conminación se prevé para aquellos delitos que solo tengan pena de arresto o no privativa de la libertad, es decir, la inmensa minoría.

La caución se aplicará en relación con delitos cuya punibilidad mínima sea inferior a dos años de prisión, salvo que en forma especial se haya previsto la prisión. No se establece una cuantía mínima para la caución prendaria, lo que indica que esta irá desde un peso hasta cien salarios mínimos.

La prohibición de salir de país no es, *per se*, una medida de aseguramiento, sino más bien una imposición accesoria de la detención preventiva.

La detención domiciliaria se establece para tipos cuya punición mínima sea de dos años de prisión o menos; es decir, se excluyen aquellas conductas que para el legislador merecen un mayor grado de punibilidad (v. gr. homicidio, rebelión, concierto para delinquir, lesiones personales con pérdida anatómica o funcional, falsedad en documento público, etc., sin contar las consagradas en el decreto 180 de 1988, hoy legislación permanente —con algunas exclusiones— en virtud del decreto 2266 de 1991). No entramos aquí en la discusión —válida desde luego— respecto al criterio de selección de los bienes jurídicos protegibles y su grado de penalización.

Esta medida, que en verdad trata de lograr que no vayan a las cárceles ciertas personas, tiene una serie de criterios subjetivistas que podrían restarle el efecto excarcelatorio que propugna.

El requisito objetivo —*quantum* punitivo— debe verse acompañado de otros de neta apreciación del funcionario. Se exige que el procesado comparezca al despacho cada que se le requiera y las condiciones familiares, laborales y vínculos con la comunidad así habrán de recomendarlo.

Se agrega, además de ello, que pueda tenerse la seguridad de que el beneficiado con la medida no pondrá "en peligro a la comunidad".

Radica aquí el peligro de que la pretensión excarcelatoria se quede en las simples ambiciones, ante la posibilidad de que el juez o el fiscal instructor, antes que imaginarse que la detención preventiva es un factor criminógeno, considere que es fuente de resocialización; o que, en el peor de los casos, padezca de ese síndrome que el profesor TOCORA LÓPEZ llama "lombrosianismo" infiltrado en la judicatura<sup>6</sup>.

Surgirán entonces los criterios peligrosistas, pues bien se sabe que el 60% de nuestra criminalidad es económica, nacida en la esfera de los desposeídos, de los

<sup>6</sup> FERNANDO TOCORA LÓPEZ, "Los procedimientos garantistas: sobre todo un modelo oficial", publicado en revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 76.

sub y desempleados, de tal suerte que sus "características familiares" no serán las mejores, pues su *habitat* es la periferia, la subcultura de la miseria, la carencia de las más elementales condiciones de vivienda digna (a pesar de que la Constitución de la "era Gaviria" la considere derecho fundamental).

¿Y de qué vínculos laborales y comunitarios habla la norma? ¿Acaso uno de los mayores factores de criminalidad no es la ausencia de iguales oportunidades de acceso al empleo, en un país donde los capitales se guardan para recibir intereses, antes que ser un factor económicamente productivo? ¿O será que la norma se refiere a los vínculos comunitarios de la llamada "subcultura criminal", donde en verdad las recomendaciones que se den no serán del total agrado del juez o del fiscal?

De igual forma debe rechazarse el erróneo criterio de no colocar "en peligro a la comunidad". ¿Qué quiere significar esa norma en tal forma redactada? ¿Acaso no se ha dicho siempre que el delincuente es un "peligro social"? ¿No se ha pregonado siempre que el delito ofende mayormente, antes que al sujeto pasivo específico, al Estado? De allí que con criterios del más puro y estricto sabor peligrosista se pueda decir que "todo delincuente es un peligro para la comunidad", y por esa vía se niegue la detención domiciliaria.

No puede en manera alguna compartirse criterios de esta naturaleza, de un manifiesto corte positivista, más cuando no estamos en el campo del reproche sino apenas en la simple instrucción —sumario—.

Ya refiriéndonos a medida similar —art. 409 ib.— (detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio), vemos cómo los requisitos que se establecen terminan por negar principios básicos de la pena, pues si esta previene el delito y resocializa al delincuente, no se entiende cómo el haber sido penado alguna vez por delito doloso o preterintencional sirva como base para negar que un *sindicado* siga trabajando, cuando ni la propia reclusión le garantiza el desarrollo de una labor que le permita un quehacer digno y productivo. Claramente se ve aquí el efecto estigmatizador de la pena, de tal manera que nos lleva a concluir que, no obstante, el procesado haberla purgado en su totalidad, debe cargarla *ad aeternam*, como pesado fardo, casi como una impronta en el alma, al punto que nos llevaría a pensar que las penas son perpetuas.

Desconoce además esta norma la realidad colombiana, cuando expresa que solo gozarán de este beneficio quienes "por disposición de la ley" deban proveer a la subsistencia de una o más personas, pues ello implica que el soltero con una ocupación productiva, socialmente útil, debe ser recluido y alejado de su trabajo para satisfacer el apetito estigmatizante del aparato penitenciario; igual cosa sucede con aquel que deba velar por su compañero o compañera permanente (o sea, sin la ligazón matrimonial), pues el art. 411 del Código Civil no lo obliga, y la nueva norma constitucional que dio amparo legal a la relación de hecho (art. 42) es sencillamente ignorada: en nuestra opinión, aun sin existir ese vínculo legal pero demostrándose la existencia de la necesidad que para un grupo familiar o para una persona singular tiene el ingreso económico del procesado, debe otorgarse la medida en comento, pues impera efectuar una interpretación teleológica de la norma, antes

que la simplemente literal, como ocurrió con los arts. 439 y 441 del decreto 50 de 1987, según se anotaba en precedencia y se reiterará posteriormente.

Esta tentativa del nuevo estatuto adjetivo penal de incluir algunas reformas con miras a patentizar las ideas de la moderna criminología debe aplaudirse. Sin embargo, para que estas tengan algún desarrollo, debe a la vez crearse la conciencia de que estamos lejos de un derecho penal que sea *ultima ratio*, «mínima intervención, máximas garantías», lo que solo se obtendrá con el logro de una sociedad más justa y pluralista, en la que los jueces demócratas asuman un alto compromiso.

Que no se nos diga que la normatividad citada ha previsto una reclusión especial para sentenciados y detenidos preventivamente; primero, porque la esencia de la privación de la libertad siempre será punitiva, sin importar la condición del aherrojado; y segundo, porque pasará esta centuria y todavía estaremos esperando las construcciones especiales para simples detenidos preventivamente, como ha ocurrido con los menores. En este país primero se hacen los decretos, antes que arbitrar los recursos y cambiar las mentalidades de los burócratas.

### 3. BREVE REPASO SOBRE LAS NORMAS PROCESALES DE LIBERTAD PROVISIONAL

El primer obstáculo para que operara la libertad provisional mediante la factible concesión del subrogado normado en el art. 68 del estatuto punitivo, fue el manido argumento referente a que el procesado ameritaba "tratamiento penitenciario". Hubo entonces necesidad de consagrar en inciso expreso que "la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario", como lo reitera el nuevo estatuto adjetivo penal.

El decreto 50 de 1987 suscitó problemas en su hermenéutica, respecto de la figura en comento. Se decía allí que existía clara contradicción entre los arts. 439 y 441 del C. de P. P. en lo tocante con la libertad provisional concedida en virtud del subrogado de la ejecución condicional de la sentencia. Con base en una interpretación exegética, la Corte Suprema de Justicia, en auto de enero 31 de 1989 y con ponencia del Dr. MANTILLA JÁCOME, abrazó el análisis *ad litteram* expresando que la prohibición del 441 era clara<sup>7</sup>.

Los jueces de la república, en su gran mayoría, siguieron la tesis de la Corte respecto a la prevalencia del art. 441, pero solo hasta cuando ella misma decidió mutar su doctrina por medio del auto de julio 31 de 1991<sup>8</sup>. Dijo la Corte:

"En pronunciamientos anteriores la Corte ha negado la concesión de la libertad provisional, cuando el delito por el que se procede está incluido en la lista del numeral 4 del citado artículo 441, con el argumento de que la prohibición es per-

<sup>7</sup> C. S. J., Sala Penal. Auto de enero 31 de 1989, M. P. Dr. MANTILLA JÁCOME. Publicado en *Extractos de Jurisprudencia*, 1er. trimestre de 1989. Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, págs. 210-212.

<sup>8</sup> Rad. 5740 contra Rómulo Pinto. M. P. Dr. RICARDO CALVETE RANGEL, publicado en *Jurisprudencia y Doctrina*, 20 (237), Santa Fe de Bogotá, Ed. Legis, septiembre de 1991, pág. 755.

fectamente clara, y no se puede desconocer su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu" (...).

"En el caso de la prohibición en comento, el sentido no es claro, pues precisamente resulta un contrasentido que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, *descontará en prisión toda la pena o buena parte de ella, mientras llega a la sentencia para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo*" (subrayas mías).

Bastaron solo unos cuantos renglones —no más de diez en todo caso— para que la Corte coligiera que, cuando fuera evidente que el procesado no ameritaba tratamiento penitenciario y que además se cumplía el requisito objetivo —*quantum punitivo*— era acreedor del beneficio liberatorio. ¡Vaya ironía! ¡Quién indemnizará a los miles de detenidos preventivamente que hubieron de purgar muchos meses, cuando no años, la injusta detención preventiva?<sup>9</sup> Es que en nuestro medio judicial se sigue creyendo que la cárcel es el mecanismo rehabilitador y resocializador por excelencia y, por tanto, se aduce que es mejor para el sindicado purgar unos cuantos meses, así sea solo por "tallarlo", como ya es común escucharlo aun entre jueces de carrera.

#### A) El art. 415 del nuevo Código de Procedimiento Penal

Por la extensión que exige un artículo como el presente, no nos detendremos pormenorizadamente en los arts. 415 y 417 del C. de P. P.; apenas tocaremos los problemas más recurrentes y que nos parecen interesantes:

1. El numeral primero del art. 415 del actual estatuto es el que mayor discusión ha provocado hasta hoy. Sin embargo, la redacción contenida en el nuevo catálogo parécenos mejor que la anterior, pues ha expresado claramente —por remisión al 417— que solo podrá negarse la excarcelación al procesado que eventualmente tendría derecho a la condena de ejecución condicional, cuando "estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena". La norma ha de interpretarse con criterio garantista y con reverencia del principio *in dubio pro libertate*. Así las cosas, en frente de las prohibiciones de excarcelar del art. 417 ib., debe decirse:

2. Respecto al numeral 1 del art. 417, ha de manifestarse que si la detención preventiva operó debido a la reticencia del obligado bajo caución a consignarla, o por no hacerlo sin justa causa, si este lo hiciera una vez fuere encarcelado, debe otorgarse la libertad provisional, pues el motivo que justificó y sirvió de base a la medida ha desaparecido. A ello lleva no solo una interpretación lógica del derecho sino el mismo art. 417 en su inciso 1°.

<sup>9</sup> El art. 414 del decreto 2700 de 1991 establece: "*Indemnización por privación injusta de la libertad*. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave". Lo anterior debe concordarse con el art. 90 de la Constitución Política.

3. El numeral 2 del artículo que se comenta expresa que "cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado existe más de una sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional" no podrá concederse el beneficio en comento.

Viene aquí un grave problema de hermenéutica: cuando se habla de la existencia de una sentencia por delito doloso o preterintencional: *¿debe entenderse que habrán de ser sentencias vigentes?*, o *¿no tiene importancia lo atinente a la fecha del proferimiento de ese fallo y su ya factible cumplimiento?*

El art. 12 del Código de las penas, dentro de una curiosa mezcla de teorías, consagra los fines de la pena; entre ellos el retributivo. Si el apenas sindicado ha purgado una punición, muchas veces en su totalidad, el negar la libertad provisional con base en este argumento equivale ni más ni menos que a decir, de una vez, que el procesado sí amerita tratamiento penitenciario y que por ello no es acreedor a la gracia. Ya nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de abril 24 de 1992<sup>10</sup> aceptó que aun quienes registren condenas ejecutoriadas —antecedente penal, en términos del art. 248 de la Carta Política— podrán ser beneficiados con la condena de ejecución condicional; dicho de otro modo: que la existencia de antecedentes judiciales no es óbice para la concesión del subrogado en análisis, pues ya existe casi que una costumbre judicial, a la manera de la concepción de KARL LARENZ, consistente en un imaginario determinismo lógico que implicaba que la existencia de un "antecedente punitivo" de suyo entrañaba la negación del sustitutivo penal en cita.

Así las cosas, pensamos que el numeral 2 del art. 417 debe interpretarse en el sentido de que las sentencias ejecutoriadas a que se hace referencia deben estar *vigentes*, es decir, que la persona imputada se halle gozando del subrogado de la condena de ejecución condicional o libertad condicional; lo contrario sería negar no solo la existencia del art. 12 del C. P., sino la propia efectividad del sistema penitenciario interpretando sus falencias en contra del procesado<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Rad. 6209. M. P. Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, publicada en *Jurisprudencia y Doctrina*, 21 (246), Santa Fe de Bogotá, Ed. Legis, junio de 1992, pág. 424.

<sup>11</sup> Dijo el despacho a mi cargo en la ciudad de Manizales, en providencia de octubre seis de mil novecientos noventa y dos, entre otras cosas, lo siguiente:

"2.5 Evidentemente, apreciar tal situación —la existencia de antecedentes penales— al efectuar cálculos punitivos riñe con la más elemental dogmática, pues se estaría volviendo al desechado derecho penal de autor, donde más importa este que aquello efectivamente realizado.

"2.6 La Ley Orgánica General Penitenciaria de España, mira efectivamente la conducta del castigado durante la privación de la libertad, sin atender antecedentes de orden penal. Tanto este aspecto como el atinente a la garantía de que el beneficiado haga vida honrada en libertad «permiten valorar el carácter premial y etizante que tiene para nuestro legislador la libertad condicional». (BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, S. A., 1990, pág. 154). En tal nación —España— para nada se mira la biografía penal del castigado, pues se estima que el Estado, a través de procedimientos de planificación terapéutica y penitenciaria (??), va observando la evolución comportamental del cautivo, de tal manera que lo va categorizando según su grado de «resocialización» (?) y ya, al final, permite observar si el mismo se encuentra en el último período de condena o tercer grado de clasificación.

4. El numeral 3 del art. 417 prohíbe el beneficio liberatorio provisional cuando se trate de homicidio o lesiones personales en accidente de tránsito y se compruebe que el sindicado se hallaba, en el momento de la realización del hecho punible, en estado de embriaguez aguda o intoxicación, de acuerdo con examen técnico, o que haya abandonado sin justa causa el lugar de la comisión del ilícito.

En este caso, el juez debe efectuar una interpretación integrativa de las normas; es decir, no basta que se compruebe que el procesado cometió el hecho punible en situación de embriaguez o de alteración somática, a causa de estupefacientes u otra sustancia similar, o que huyó del sitio de los hechos sin justa causa; a más de ello debe efectuarse una tasación anticipada de la pena y mirar el aspecto subjetivo

“Como es posible concluirlo, en nuestro país nada de esto ocurre, pues el interés del Estado por el castigo de la conducta antijurídica termina con la ejecutoria de la sanción, sin importarle para nada aquel que ha sido puesto en prisión.

”2.7 Estima este despacho judicial que la claridad del artículo 12 del C. P. no puede ser desconocida, en la medida que se trata de una norma con un contenido axiológico de imperiosa aplicación. Así, que si el legislador ha dicho que la pena tiene una función resocializadora, ello no puede quedarse en el simple campo de los enunciados elocuentes pero sin fondo alguno. El nunca suficientemente lamentado EMIRO SANDOVAL anotaba: «Desde otra perspectiva se ha señalado también, que bien puede suceder que la información proveniente de los distintos aspectos que deben ser consultados para el juicio valorativo, sea contradictoria entre sí. Así, v. gr. puede ocurrir que mientras los ‘antecedentes de todo orden’ conduzcan a una opinión ‘negativa’ en torno a la resocialización del infractor, datos posteriores sobre su ‘personalidad’ permiten fundamentar una suposición ‘afirmativa’ respecto del mismo asunto. Pero para tales hipótesis, el discurso resocializante —cuyos razonamientos pueden no ser compartidos, pero deben asumirse para estos efectos ya que por disposición legal el otorgamiento de libertad condicional se encuentra referido a ellos—, ha establecido que debe prevalecer la información más reciente, por cuanto esta sería la más fidedigna en relación con la supuesta eficacia del «tratamiento penitenciario» (EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Penología, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 211. Resaltados extratexto).

”2.8 También piensa este juzgador, que el hecho de apreciar los antecedentes penales para negar tanto el subrogado de la condena de ejecución como la libertad condicional, de alguna manera atenta contra el *ne bis in idem*, pues mírese cómo bajo la misma pauta se están negando dos derechos del sujeto activo del punible.

”2.9 Así las cosas, si el Consejo de Disciplina de la cárcel local ha estimado la conducta de G. G. como ejemplar; este dato habrá de prevalecer sobre los anteriores, actuando en consonancia con el criterio del eximio profesor Sandoval. Obrar de otra manera —pensamos ahora— sería admitir que la función del Estado dentro del penal, en el cual brinda medios de readaptación al procesado es inocua y constituye una simple falacia que encubre la función simplemente retributiva de la pena. Debe partirse de la base que el Estado persigue unos fines declarados con la aplicación de la pena —cfr. C. P., art. 12— y que actúa de buena fe cuando así lo hace —cfr. C. P., art. 83—; siendo ello así, el logro de la resocialización, como meta primaria de la sanción, debe tener oportunidad de ser comprobada y demostrada a través de la figura de la libertad condicional. Los requisitos del artículo 72 del C. P., están entonces dados en el *subjudice*, por lo que el despacho recoge no solo su criterio expresado en la providencia cuya reposición se pide, sino en otras donde se había prohijado lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia —de las cuales con hondo respeto disintimos— en decisiones de julio 19 de 1988 (ponente Dr. SAAVEDRA ROJAS) y mayo 2 de 1990 (ponente Dr. CARREÑO LUENGAS), pues, ahora con más profundización del asunto hemos notado como no se había aplicado el artículo 12 del Código de las Penas”.

del art. 68 del estatuto punitivo, pues si de una vez se colige que habrá de otorgarse condena de ejecución condicional, en el evento de una posible sentencia afflictiva, habrá de otorgarse el beneficio liberatorio provisional, a pesar de las prementadas circunstancias de huida o presencia de fármacos o licor.

5. Otro aspecto que merece un análisis preciso es el numeral 7 del art. 415. Tal apartado expresa que habrá de concederse libertad provisional “En los delitos contra el patrimonio económico cuando el sindicado, antes de dictarse sentencia, restituya el objeto material del delito, o su valor e indemnice los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado”.

De antaño nuestra Suprema Corte ha dicho que en los eventos de comiso del objeto del punible y en los ilícitos tentados, basta la simple indemnización de perjuicios para que se otorgue la gracia en análisis.

Es tesis ya generalizada dentro de la doctrina y algunos tribunales, que en los injustos contra el patrimonio económico, los perjuicios morales son excepcionales<sup>12</sup>. Deberá en consecuencia el juez, de todas maneras, preguntar al ofendido sobre los perjuicios de tal orden que el hecho le haya generado. En materia de perjuicios morales, el juzgador debe asumir una tarea de efectiva comprobación. En infinidad de ocasiones, en la tentativa o en el caso de comiso, no se producen perjuicios materiales, mucho menos los morales. Así las cosas, cuando ello se estime probado, el juez debe otorgar libertad provisional, pues se ha dado la reparación en su integridad ante la recuperación de lo extraviado y la inexistencia de perjuicios. Un recto entendimiento del principio de antijuridicidad material lleva a una conclusión tal, máxime si no se está negando aquel —pues deberá existir pronunciamiento de fondo, condenando o absolviendo—, pero ha de entenderse, sí, que la ausencia de daño de estirpe alguna, aunada a la inexistencia de perjuicios, en aplicación de la elemental lógica, genera la consecuencia liberatoria anunciada.

6. En el caso de que se tratara de uno de los punibles contemplados en el numeral 4 del art. 417, la interpretación que debe efectuarse ha de complementarse con lo expresado en el primer inciso de la norma cuando reza: “No tendrán derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1 del artículo 415, salvo que estén demostrados todos los requisitos para suspender condicionalmente la pena...”, es decir, que han de concurrir dos requisitos: que la norma expresamente prevea que los sindicados del punible no pueden ser liberados (art. 417, num. 4), y que además de ello, como requisito indispensable, se analicen los factores objetivo y subjetivo del art. 68 y se concluya que el procesado no tendría derecho a la ejecución condicional de la sentencia. Si se colige que el procesado puede ser dejado en libertad al momento de sentenciar, a pesar de que el hecho imputado se halle en el listado del numeral 4 del art. 417 del Código de Procedimiento Penal, debe ser excarcelado.

<sup>12</sup> Cfr. i.e. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento penal colombiano*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, pág. 519.

7. El numeral 2 del art. 415 ib., autoriza la libertad provisional “por pena cumplida” (!), y claramente ordena que se computen las rebajas a que se tenga derecho por “trabajo y estudio”; debe explicarse que aquí el legislador omitió la alfabetización o las tareas de enseñanza que se emprendan por el imputado dentro del penal (art. 531). En interpretación *a fortiori*, debe concluirse que tales actividades han de tomarse en cuenta para los citados efectos dosimétricos.

8. Especial interés ha despertado el párrafo del art. 415, que expresa: “En los delitos de competencia de los jueces regionales la libertad provisional procederá únicamente en los casos previstos en los numerales 2 y 3 de este artículo. En los casos de los numerales 4 y 5 los términos para que proceda la libertad provisional se duplicarán”.

La Corte Suprema de Justicia, en decisión de julio 22 de 1992 (s/e), concluyó que el decreto 2271 de 1991 —el cual solo prevé como causales de libertad para los eventos de ordinaria ocupación de los jueces regionales, la pena cumplida y la edad superior a los setenta años— se aplica de preferencia sobre el Código de Procedimiento Penal. El Dr. ÉDGAR SAAVEDRA R. salvó en esa ocasión su voto, y demostró, con sólidos argumentos jurídicos, que el querer del legislador fue regular íntegramente la materia y que por ello previó, ante las dificultades investigativas, la duplicación de los términos en el evento de los ilícitos de competencia de los jueces regionales —sería osado tratar de resumir en pocos renglones la extensión y profundidad de tal argumentación, por lo cual remito al lector a su consulta—. Dijo, frente del corolario transcrito de la Corte Suprema, el Dr. SAAVEDRA: “Lo anterior es grave y conlleva tamaña injusticia, porque se entroniza una especie de cadena perpetua para los sindicados. Y no es que se esté lanzando una simple afirmación retórica, pues debe recordarse que en el momento hay personas privadas de la libertad en calidad de procesados hace cerca de 8 años, quienes de acuerdo con lo aquí decidido, deben continuar indefinidamente en tal situación sin que tengan derecho al menos a una libertad provisional”. Por estos días se ha escuchado la noticia referente a que los sindicados de haber dado muerte al periodista Guillermo Cano Isaza serán dejados en libertad —sino es que lo fueron ya a la fecha de edición de este trabajo—, por ausencia probatoria que dé certeza para fundamentar una acusación, habiendo permanecido detenidos preventivamente *seis años!!!* Igual ocurrió con los señalados como autores del magnicidio del Dr. GALÁN SARMIENTO. Este es el nuevo “Estado socialdemocrático de Derecho” que nos trajo la Carta de 1991, pues bajo su amparo se expidió el decreto 1156 de 1992, convertido en legislación permanente por la ley 15 de 1992, según la cual las detenciones preventivas pueden durar hasta sesenta años, ya que si opera como generante de libertad provisional el cumplir el total de la pena, y el homicidio comporta una pena máxima de tal extensión, solo el arribo a tal término generará la prementada gracia!! Obviamente ello no sucederá, pero sí se darán las privaciones preventivas de la libertad por lustros y décadas, porque ello ya no es ficción del autor de estos párrafos sino dolorosa creación de la realidad.

Los problemas de exégesis mentados no llevan menos que a concluir la enorme improvisación que constituye el nuevo estatuto ritual penal, al punto que, a menos

de un año de su vigencia, ya cursa en el Congreso un proyecto para su reforma. Como puede observarse en la edición que nos llegara a los jueces de la república del nuevo Código de Procedimiento Penal, apenas el miércoles 27 de noviembre se discutía el primer artículo del Código, el mismo que se promulgara el 30 de noviembre —tres días después—. ¡Vaya discusión y cuidado en la elaboración de un catálogo normativo de semejanza importancia!<sup>13</sup>.

Hermoso será el día en que la mente de los juzgadores abreve en el espíritu de la libertad, sin desconocer la misión que la Carta les entregó, compaginando su obligación de imponer castigos, defendiendo los bienes jurídicos comunitarios, procurando el restablecimiento del derecho violado, pero sin olvidar la necesaria piedad que merece quien ha sido llevado hasta su altar, en tanto y en cuanto se trata de la máxima creación del universo: El hombre.

<sup>13</sup> Cfr. Código de Procedimiento Penal. Comentarios de LUISE CUERVO PONTÓN, Bogotá, Imprenta Nacional, págs. 36 y ss.