

Corte Suprema de Justicia

No es absoluta la prohibición de excarcelar del art. 441 del C. de P. P.

La prohibición de libertad provisional del art. 441 del Código de Procedimiento Penal se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en los que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario.

Bogotá, julio 31 de 1991

M. P.: Dr. RICARDO CALVETE RANGEL

Comentario: ALFONSO CADAVID Q.*

1. HECHOS:

“El día miércoles 24 del mes de enero del año en curso, a eso de las nueve de la noche, en la población de Río Oro, se dirigió a la heladería Madona, de propiedad de Ciro Alfonso O. R., la joven Rubiela N. S., quien iba acompañada del menor Gustavo O., hijo del propietario del establecimiento. La mencionada mujer le solicitó como tía del menor al señor Ciro Alfonso que le diera una paleta a este, a lo cual Ciro Alfonso reaccionó diciéndole que no había que acostumbrar al niño a comer paletas todas las noches, y como la resentida tía le dijera al niño que se fuera llorando, el propietario reaccionó dándole una bofetada a ella, tal como claramente lo expresa la agredida en su denuncia. La presunta lesionada formula su denun-

cia ante el juzgado promiscuo municipal de Río de Oro, por el delito de lesiones personales adjuntando a la misma una certificación médica en la cual se hacía alusión a «un ligero eritema a nivel de la mejilla». El juez sindicado, sin adelantar ninguna indagación previa resuelve abrir investigación penal por el hecho denunciado; ordena remitir a la presunta lesionada al mismo médico para que este dictamine sobre las lesiones, y, no obstante que el referido galeno manifiesta que el eritema hallado a la reconocida no ameritaba «incapacidad alguna», y que no existía en el expediente ninguna otra prueba que pudiera evidenciar una lesión personal, resuelve proferir contra el imputado Ciro Alfonso medida de aseguramiento por el delito premeditado, en la modali-

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Profesor Auxiliar de Derecho Penal en la misma universidad.

dad de conminación, e imponerle una serie de obligaciones colaterales.

"El asegurado creyéndose lesionado en sus derechos formula denuncia penal contra el juez P. S., por modo que son esos los hechos generadores del presente proceso".

2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO*:

B. Medida de aseguramiento y libertad provisional.

Habida consideración de que en este asunto se cumplen los presupuestos sustanciales para adoptar una medida de aseguramiento contra el funcionario procesado y que, conforme al artículo 421 de nuestro estatuto de procedimiento penal, la pertinente al delito de prevaricato por acción es la de detención preventiva, ningún reparo puede formularse a ese aspecto de la decisión impugnada.

Sin embargo, y en punto de la libertad provisional, considera oportuno la delegada fijar su criterio respecto al debatido tema de las excepciones que el artículo 441.4 del C. P. P. ha establecido para la causal de libertad provisional consagrada en el artículo 439.1 *ibidem*, con el ánimo de solicitar que en este caso se confirme la concesión del beneficio y que sea la oportunidad para que la Corte replantee su criterio interpretativo sobre tan polémica norma.

De ninguna manera pretende la delegada presentar una novedad interpretativa frente a la hermenéutica adoptada por la H. Corte; se trata únicamente de recoger planteamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales que contribuyen a la dinámica propia de una ciencia en permanente evolución, como ocurre con el derecho penal, los cuales a decir verdad venían sosteniéndose y aplicándose hasta que esa corporación fijó criterio el que ahora postula.

En efecto, bien conocida es la tesis plasmada en pronunciamiento de 31 de enero de

1989, mediante la cual, la sala de casación penal del máximo tribunal de justicia, con ponencia del doctor Rodolfo Mantilla Jácome, confirmó una decisión que denegó el beneficio de la libertad provisional a un sindicado del delito de privación ilegal de libertad; sustentada, entre otros argumentos, en el principio de interpretación de las leyes contenido en el artículo 27 del Código Civil, que condujo a la alta corporación judicial a considerar inadmisibles "pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental...".

No obstante, una tal argumentación merece ser reconsiderada y así muy respetuosamente lo impetra esta representación del ministerio público, pues, el alcance de la norma que sirve de apoyo a la tesis jurisprudencial llega más lejos, ya que al establecer que "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu..." en ningún momento está autorizando la aplicación literal de la ley por su claridad gramatical, sino que está sometiendo la aplicación literal a la previa claridad del sentido de la ley. Son entonces, dos los conceptos que involucra esta regla normativa de hermenéutica: "el sentido" y el "tenor literal" de la ley, o sea que la claridad no está referida al "tenor literal" sino al "sentido"; por tanto, *contrario sensu*, cuando el "sentido" de la ley no es claro, es admisible desatender su tenor literal.

Este a no dudarlo es el contenido y alcance que se le ha dado a tal regla interpretativa, y no de ahora sino prácticamente desde antiguo; de ahí que se haya puesto en duda la afirmación de quienes creen que en el referido artículo 27 del Código Civil se reconoce la llamada interpretación exegética, pues como ya lo recordara, entre otros, FUEYO LANERI al comentar la disposición del Código Civil Chileno que corresponde al 27 de

nuestra legislación privada —citado por FERNANDO GÓMEZ MEJÍA en *La interpretación del derecho*, pág. 175— no es lo mismo "tenor literal" que "sentido" y, por lo tanto, el solo tenor literal claro, no hace claro el sentido de una ley; la claridad solo resulta después de la aplicación de los elementos: gramatical, lógico, histórico, sistemático y teleológico.

Indudablemente el "tenor literal" del artículo 441.4 del C. de P. P. es absolutamente inteligible; lo que no es claro es su sentido como parte integrante de la ley procesal penal, que debe "seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones..." (ley 52 de 1984, art. 1); y cuya finalidad, además, es "la efectividad del derecho material y de las garantías debidas" a las personas que intervienen en el procedimiento (art. 11 C. de P. P.).

Y se afirma que dentro del contexto legal al cual pertenece, el artículo 441.4 del C. de P. P. no es claro en su sentido, porque contaría la garantía del artículo 68 del Código Penal, en virtud de la cual un condenado a pena de arresto o a prisión inferior a tres años, que no requiere tratamiento penitenciario, tiene derecho a no ser privado de la libertad. Luego resulta incongruente que en el curso del proceso y mediante la detención preventiva, se desconozca aquel beneficio y se haga efectivo al concluir la actuación, cuando los efectos perjudiciales que la ley quería ahorrarle al procesado, ya son irreversibles. En otras palabras, no tiene sentido aplicar anticipadamente una pena que el condenado no está obligado a descontar efectivamente.

Dado el contrasentido lógico, jurídico, político-criminal y criminológico que se observa entre los artículos 68 del C. P. y 441.4 del C. de P. P., le es imposible al juzgador aplicar textualmente el último, sin contrariar el primero, por lo que se hace indispensable recurrir a una interpretación sistemática y finalística que permita la aplicación compatible de las dos normas.

Es sabido que el subrogado de la condena de ejecución condicional se sustenta en un factor objetivo, la pena, y en otro subjetivo, la necesidad de someter al condenado a tratamiento penitenciario. No obstante, la causal de excarcelación consagrada con fundamento en la existencia de los requisitos que permiten suspender la condena, excluye el factor subjetivo, de manera tal que se concede tomando en consideración únicamente la pena que sería imponible en caso de sentencia condenatoria.

Ahora bien, como el artículo 441.4 del estatuto procesal establece la prohibición de excarcelación conforme lo reglamenta el 439.1 *ibidem*, en los casos en que aquella expresamente señala, ha de entenderse que se trata de una excepción para el otorgamiento de la libertad provisional sin consideración al factor subjetivo; valc decir, que para otorgar este beneficio, en los casos expresamente consagrados en la disposición primeramente citada, sí es necesario determinar si el procesado, en caso de condena, requeriría de tratamiento penitenciario. De este modo, puede aplicarse la excepción legal, sin contrariar lo dispuesto por el artículo 68 del C. P. y en consecuencia, sin desconocer la garantía procesal que allí se contempla en favor del procesado.

Acogiendo la interpretación sistemática y teleológica enunciada, por consiguiente, y aun cuando el juez de primera instancia no hizo alusión alguna a la necesidad o improcedencia de someter al procesado a tratamiento penitenciario, se llega a la conclusión de que en este caso, es procedente el otorgamiento de la libertad provisional. Porque, es que además, no puede perderse de vista, que los subrogados penales son realmente sustitutos penales, nominación con la cual fueron estructurados por la llamada Escuela Positiva italiana, y la caprichosa traducción no puede hacerle variar su contenido, filosofía y alcances político-criminales, pues, como su nombre original lo indica se trata de mecanismos sustitutivos de las penas privativas de la liber-

* A cargo del Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE, procurador segundo delegado en lo penal.

tad y si la detención preventiva forma parte de la pena a cumplir, no resulta razonablemente comprensible que se reconozca el sustitutivo previo cumplimiento de la pena a suspender.

3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1°. Se acreditó debidamente, que el doctor P. S. actuó en el proceso que originó esta investigación en calidad de juez penal municipal de Rio de Oro (Cesar).

2°. De acuerdo con las copias auténticas del expediente que obran en autos, está plenamente acreditado que el 29 de enero de 1990, el juez acusado recibió una denuncia formulada por la señorita Rubiela N. S., en la cual sindicaba a Ciro O., padre de su sobrino de haberle dado a ella "una bofetada en la mejilla derecha", en las horas de la noche del día miércoles 24 inmediatamente anterior. Aunque en la diligencia no se dijo nada, a continuación se anexó una constancia médica del Centro Materno Infantil, en la cual dice que luego de ser examinada el día de los hechos, "se encontró que presenta ligero eritema a nivel de la mejilla del lado derecho" (subraya la sala).

Ni la denunciante manifestó haber sido lesionada (únicamente dijo que recibió una bofetada), ni el juez hizo observación alguna al respecto, ni la constancia del médico particular permitía inferir lesiones que justificaran la acción penal, sin embargo, el juez resolvió abrir investigación el mismo día que recibió la denuncia, disponiendo entre otras diligencias, la indagatoria del sindicado y el reconocimiento médico de la presunta ofendida. De este hecho ya se puede inferir el interés del funcionario en procesar a Ciro O., porque es evidente que no ha debido dictar auto cabeza de proceso hasta adelantar las diligencias preliminares, que le permitiera tener mejores elementos de juicio sobre la verdad de los hechos y su adecuación típica, aspectos que en ese momento eran inciertos.

3°. Las personas citadas en la denuncia como testigos de la agresión, F. S. R. (fl. 113), R. J. Q. (fl. 22) y M. P. (fl. 25), fueron unánimes en afirmar en sus respectivas declaraciones, que no vieron absolutamente nada. La nueva certificación médica expedida en enero 29, día de la denuncia, por el mismo doctor que hizo el reconocimiento inicial, es clara en señalar que "En la fecha se practicó primer reconocimiento médico legal a la señorita Rubiela N. S. Al examen físico no se encontró lesión. Le adjunto certificación expedida por mi persona el día 29 de los corrientes". Pasados algunos días el doctor amplía el dictamen a solicitud del señor juez, en cuya certificación dice que el eritema "fue producto posiblemente por objeto contundente, no amerita incapacidad alguna".

El indagado manifestó no tener ningún trato con la denunciante y negó haber sido autor del hecho imputado, el que calificó como un invento y una mentira. A su vez, acusó a su antigua compañera de nombre Carmenza, hermana de la denunciante, de ir hasta su negocio a insultarlo y a crearle problemas.

No obstante la precaria situación probatoria y la claridad del dictamen médico, el juez P. S. encontró mérito para imponerle al indagado medida de aseguramiento de conminación, por el delito de lesiones personales.

El defensor, para tratar de demostrar que sí existía la prueba requerida para imponer la conminación, construye con el certificado médico que acredita el eritema y la afirmación de la denunciante, un indicio que califica como "grave", conclusión francamente inaceptable, de una parte, porque el dictamen no ofrece ningún elemento para deducir la identidad del autor, y de otra, porque el dicho de la denunciante no encontró respaldo ni siquiera en los testigos citados por ella.

4°. Pero lo que resulta manifiestamente contrario a la ley, es que aún en el hipotético evento de que hubiera existido la prueba necesaria para endilgarle la autoría de la bofetada a Ciro O., no había ninguna razón para considerar típico ese comportamiento.

La doctrina universal mantiene la discusión sobre el ámbito que comprende los conceptos de salud e integridad corporal, como bienes jurídicos protegidos con las normas penales que sancionan las lesiones personales.

Mientras para algunos solo se afecta el bien jurídico con atentados que alteren en forma temporal o permanente el funcionamiento, la actividad del sujeto, para otros basta un menoscabo en la salud personal, así no impida el desarrollo de la actividad habitual del ofendido ni exige asistencia médica. Esta es una controversia doctrinal, pero como es obvio, la tipicidad depende de lo previsto en la ley.

Los ataques leves que dejan en el cuerpo una huella, sin que constituya enfermedad, por ejemplo una contusión sin solución de continuidad o una escoriación, el Código Penal italiano los tipifica como delito de "Golpes" (art. 581) (*Manual de derecho penal*, SILVIO RANIERI, tomo V, pág. 353 - *Derecho penal*, GIUSEPPE MAGGIORE, tomo IV, pág. 329); el Código Penal español consagra en un tipo especial (art. 582), los golpes y maltratos de obra a otro sin causar lesión; el Código Penal cubano (art. 328.1) describe expresamente el comportamiento del que "maltrate de obra a otro cuando las lesiones que cause no dejen secuela ni necesiten asistencia médica", y lo sanciona con multa. En la legislación colombiana, máximo daría lugar a injurias de hecho, si injuriar fue la intención del autor, o de no tipificarse penalmente, podría caer en el campo del derecho policivo.

El Código Penal describe como delito de lesiones "El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud", y es punible cuando el daño consistiere —por lo menos— "en incapacidad para trabajar o enfermedad". La adecuación típica debe realizarse tomando el precepto previsto en el artículo 331, y completándolo con las normas sancionatorias de los artículos siguientes, de tal forma, que si no existe lo descrito en el precepto, o existiendo este la consecuencia no está consagrada en ninguna disposición, la conducta es atípica.

El punto fundamental no radica en aceptar si el "ligero eritema" certificado inicialmente

por el médico en consulta particular, inexistente para el momento del primer dictamen médico legal, puede llamarse o no lesión personal, pues lo evidente es que ese maltrato no generó ninguna incapacidad, y con la simple lectura del Código se ve que es un resultado atípico.

No es que el artículo 331 del Código Penal a nada obligue o nada preceptúe, como lo afirma el defensor malinterpretando el concepto fiscal; todo lo contrario, contiene el precepto, la descripción de la conducta, pero la consecuencia punible se encuentra en las demás normas, que sirven para completar su estructura. Tampoco es una "personalísima interpretación" del procurador delegado, llamar al artículo 331 tipo "incompleto" de carácter "preceptivo", pues ese es el nombre común utilizado por doctrinantes nacionales y extranjeros, el cual, ciertamente se ajusta al contenido del tipo.

No se le puede aceptar al señor defensor la afirmación apoyada en la obra *Juristas y medicina*, de que "toda lesión por pequeña o leve que sea implica una incapacidad", pues si su opinión es que por lesión personal "se entiende cualquier cambio de la integridad física, cualquier modificación en el organismo o cualquier alteración en el cuerpo producido por la acción de un agente externo", resulta lógico y evidente, que hay alteraciones que no producen incapacidad para trabajar ni enfermedad, que son los efectos que prevé la ley. Pero la incorrección de la tesis no deja duda, si además pretende señalar que el mismo la incapacidad, con la excusa de que el médico estaba obligado a hacerlo, pues eso significa cambiar el dictamen, en donde el perito claramente dijo que el "ligero eritema" no produjo incapacidad alguna.

El procesado sabía que para que una lesión personal sea típica, debe producir —por lo menos— incapacidad para trabajar o enfermedad, prueba de ello es que al remitir a la denunciante al reconocimiento médico legal, solicitó en el oficio que se precisara la "incapacidad y posibles secuelas" (fl 4). Posteriormente, de manera oficiosa le pidió nuevamente

al médico que certifique "...qué incapacidad pudo causarle a la señora Rubiela N. S., el eritema, que según certificación suya de fecha 24 de enero presentaba dicha señora...".

Aún con la respuesta negativa del médico legista, clara, sin posibilidad alguna de que pudiera interpretarse de manera diferente, el juez en forma torticera dice en el auto: "El delito porque (sic) se procede, está tipificado dentro del Título XIII, Capítulo segundo del Código Penal, con la denominación de lesiones personales, con incapacidad para trabajar o enfermedad, sancionado con una pena de arresto que oscila entre dos meses a dos años y multa de cien pesos a mil pesos...". ¿Cuál incapacidad, si el dictamen del perito descartó esa conclusión? No existe la más mínima posibilidad de que se tratara de un error del fallador, en cambio sí encuentra respaldo procesal, la afirmación de la existencia del dolo hecha por el tribunal.

Para imponerle al indagado medida de aseguramiento, necesitaba imputarle un delito, y siendo evidente que la conducta endilgada era atípica, no tuvo ningún reparo en someterlo a conminación, eludiendo en el auto toda referencia al punto concreto de la incapacidad, y a la parte del dictamen médico en el cual le informan que esta no existió.

La calificación provisional realizada por el tribunal, en cuanto el llamamiento a juicio es por el delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del libro segundo, título tercero, capítulo séptimo del Código Penal, es correcta, y no existió la informalidad que insinúa el defensor que interpuso el recurso de apelación, para ello: basta mirar el folio 14 de la providencia. La circunstancia de llamar al prevaricato "comisivo", no genera ninguna confusión ni afecta la ritualidad del proceso, pues del término utilizado y del contexto, resulta perfectamente claro que se refiere al de "acción", precisamente así lo entendió el propio impugnante.

5°. El juez se precipitó a abrir investigación sin existir fundamento suficiente para ello; la bofetada no produjo ninguna consecuencia pu-

nible, de la cual estaba perfectamente conciente, y sin embargo impuso una medida de aseguramiento de conminación; sus descargos, antes que ofrecer una explicación atendible, se limitan a decir que para eso son los recursos, argumento absurdo, porque si fuera así, el prevaricato solo existiría en las decisiones inimpugnables. Con los elementos anteriores acierta el *a quo* al estimar que obró con dolo.

6°. Las circunstancias genéricas de agravación, no modificadoras del límite mínimo y máximo de la punibilidad, se deducen en el momento de dictar sentencia, por lo tanto no es todavía oportuno discutir sobre si procede o no su aplicación. Se debe, eso sí, responder al procurador delegado, que la Corte ha admitido la procedencia de la agravante del numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, aún en casos en que la condición de empleado oficial es exigida por el tipo, luego esa no es razón para excluirla automáticamente. Al respecto se pueden consultar fallos de noviembre 21 de 1990, con ponencia del doctor GUILLERMO DUQUE RUIZ, y de marzo 20 de 1991, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido.

7°. La libertad provisional. El tribunal superior otorga al procesado el beneficio de la libertad caucionada, prevista en la causal 1ª del art. 439 del Código de Procedimiento Penal sin mencionar la prohibición del numeral 4° del artículo 441 *ibidem*, motivo por el cual se desconoce su criterio al respecto.

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 perfectamente clara, y no se puede desconocer su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

La regla de interpretación del artículo 27 del Código Civil, a lo cual se refiere el ministro público, dice:

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su inten-

ción o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

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 una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo.

El tenor literal del artículo 441 es: "No tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1 del artículo 439 de este Código", y el numeral primero dice: "Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. En este caso la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita de tratamiento penitenciario".

Esto permite inferir, que la prohibición de libertad provisional se refiere a la que se otorga con fundamento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario. Dicho en

sentido contrario, en los casos previstos en el artículo 441, se puede negar la libertad cuando el procesado requiere de tratamiento penitenciario.

Esta interpretación sugerida por doctrinantes y expositores nacionales y propuesta por el ministerio público, considera la sala que se ajusta a una debida apreciación sistemática de la ley, y evita situaciones contradictorias e injustas, que constituyen motivo suficiente para variar la jurisprudencia en aras de una mejor administración de justicia. Además, este entendimiento coincide con el propósito del legislador de que la excarcelación constituya la norma general.

Con esta motivación, el auto recurrido será confirmado también en cuanto a la libertad provisional concedida al imputado, pero afirmando la necesidad de que durante la etapa probatoria del juicio se indague más sobre la imputación del denunciante y su defensor, en cuanto a la deuda a cargo del juez por consumo en la discoteca, y su actitud arbitraria para exigir atención en horas no permitidas, pues en el hipotético evento de una sentencia condenatoria, es un factor importante para definir si requiere o no de tratamiento penitenciario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —sala de casación penal—,

Resuelve:

Confirmar la resolución de acusación recurrida, con las observaciones consignadas en la parte motiva.

COMENTARIO

El proceso iniciado con la expedición del C. de P. P. de 1971, que en su art. 453.5 posibilitaba conceder la libertad provisional al calificar el mérito del sumario, si el juez estimaba encontrar cumplidos los requisitos exigidos por la ley para conceder la condena de ejecución condicional y que de alguna forma parecía hacerse progresivamente más liberal, resultó ser detenido por una postura quizá no orientada conscientemente a ello, pero por completo funcional a las necesidades de un control social violento, de parte de la judicatura, con mecanismos como la aplicación literal y acrítica del artículo 441.4 del C. de P. P.

Quisiéramos efectuar algunas consideraciones sobre la condena de ejecución condicional, antes de aludir en concreto al fallo en comentario.

El proceso de lenta superación de la primacía de la pena privativa de la libertad como mecanismo de control social formal, que se ha venido dando en por lo menos algunos países europeos, ha posibilitado paralelamente y como consecuencia de ello que se desarrollen formas alternativas de ejecución penal, entre ellas la condena de ejecución condicional o condena condicional, según cada ordenamiento jurídico la denomine, o instituciones que como la *probation* propia de los sistemas anglosajones, obedecen a la misma esencia de aquella y que fue primera en el tiempo.

El nivel de desarrollo de estos países y la disponibilidad de medios de distinto tipo permite hacer efectivo el control social, a través de los mecanismos que como obligaciones inherentes a la concesión del subrogado se imponen al sujeto al cual este es otorgado; así por ejemplo, en el sistema de *probation* un tutor encargado de la asistencia y vigilancia de la vida del condenado en prácticamente todas las esferas, cual si fuera un incapaz.

En países de "nuestro margen" una posibilidad tal, se mantiene aún al nivel de lo utópico. La intensidad del conflicto social y la imposibilidad más que coyuntural, estructural, de solucionarlo exige mantener en primer plano entre los mecanismos de control social a la prisión, bien por sus aspectos intimidativos o por los reproductores de un ilegalismo controlable y encubridor de otros ilegalismos como pretendía FOUCAULT, etc.

Obligaciones como las previstas para ser impuestas en forma paulatina con la concesión del subrogado en mención claramente pretenden extender el control social por fuera de los muros de la cárcel; sin embargo, comportan un control mucho menos violento y destructor de la personalidad que el que sobreviene como consecuencia de la reclusión en prisión del condenado.

El problema resulta más agudo cuando la prisión se ejecuta sobre procesados no condenados, llevándose en calle principios como el de la presunción de inocencia y el llamado *favor libertatis* que simplemente se mantienen a nivel de eficacia simbólica, no de eficacia instrumental.

Contradicciones, aparentes o no, como la presentada entre los artículos 439.1 y 441.4 del Código de Procedimiento Penal actual, no resultan por completo un absurdo y por el contrario adquieren carácter funcional, al permitir disímiles soluciones frente al mismo problema y por una u otra de las cuales se optará según el momento y las necesidades del control social lo requieran o aconsejen.

En el trasfondo de tal situación subyace el conflicto por la apropiación del sentido de las palabras de la ley, entre los representantes de los distintos intereses en juego.

Entre nosotros no deja de reforzarse un discurso según el cual el no internamiento en prisión del condenado o del simplemente procesado denotan cosa no distinta al allanamiento del camino a la impunidad, a la cesión que del espacio propio del orden se confiere a la delincuencia, etc.

Es a partir de los anteriores planteamientos que pensamos debe analizarse la providencia de la Corte de julio 31 de 1991.

El presunto tenor evidente de la disposición consagrada en el art. 441, ord. 4 del C. de P. P. ha venido siendo la justificación necesaria para mantener inútilmente privados de su libertad a quienes después serán liberados si bien no siempre por vía de absolución, por lo menos, en la mayoría de ocasiones, por vía del otorgamiento del subrogado. Y ello con la aquiescencia de la Corte Suprema de Justicia (auto de enero 31 de 1989. NFP, núm. 46, págs. 503 y ss.).

La tentación de ceder a una interpretación asistemática, ciñéndose al mero tenor literal del texto permitió manifestar a la corporación en tal oportunidad: "Y pretender ignorar la claridad del mandato contenido en el artículo 441, numeral 4° del Código de Procedimiento Penal, so pretexto de consultar el espíritu de la legislación penal y procedimental es inadmisibles".

La nueva postura, a partir de la cual esperamos se asuma una nueva actitud frente al problema recoge los argumentos más frecuentemente expuestos en pro de la concesión de la libertad provisional: La indicación del absurdo que comporta mantener recluso en prisión a quien después será dejado en libertad, infligiendo un mal innecesario al procesado; y la necesidad de armonizar las dos disposiciones aparentemente en conflicto, poniendo de presente cómo el art. 439 prohíbe acudir a la necesidad de tratamiento penitenciario para negar el beneficio de la libertad provisional e indicando cómo el art. 441 para no incurrir en contradicción con aquel, debe entenderse no como una prohibición ilimitada, sino concretada por las necesidades del tratamiento penitenciario (concepto por demás bastante etéreo y discutible). Postura la última defendida por los miembros de la comisión redactora del Código BERNAL y MONTEALEGRE, en las ya sucesivas ediciones de su obra *El proceso penal* (1987, U. Externado de Colombia, 1990 Centro de Estudios Penales), resaltando el carácter meramente retributivo de la privación de la libertad en tales condiciones y añadimos, más aún frente a un sujeto todavía no declarado responsable*.

La tradicional renuencia de la Corte a conceder la libertad a los procesados por la vía comentada, o a los condenados por la vía del subrogado de la condena de ejecución condicional encontró un punto de máxima importancia en providencia de la Corte de mayo 10 de 1988 cuando manifestó la insuficiencia de argumentos *nihilistas* en contra de la prisión para sustentar la petición de libertad, insinuando al tiempo la existencia de elementos positivos en la ejecución de la pena de prisión concretados en solicitudes frecuentes de rebaja de pena por "estudio y educación"

* Las veleidades de la Corte o de sus miembros conducen a que sean suscritas pasivamente posturas tan disímiles como las asumidas en las dos providencias citadas, sin que los magistrados que las refrendan aclaren o justifiquen las razones de su cambio de actitud.

Igual con fallos de mayo 6/87 (M. P. Guillermo Dávila M.) y agosto 19/87 (M. P. Guillermo Duque R.), ambos en "G. J.", 2428 (págs. 430 y 431; 148 y 149) cuando en menos de tres meses, providencias acogidas unánimemente manifestaron la relativa imposibilidad (debida a la amplitud concedida al fallador) y la posibilidad respectivamente, de invocar la causal primera de casación, violación directa de la ley sustancial, para impugnar en sede de tal recurso la negativa a conceder el subrogado consagrado en el artículo 68 del Código Penal. Tampoco se manifestó el motivo para tal cambio de actitud (lo que obviamente no debe entenderse como que fueran fallos inmotivados).

(*Jurisprudencia y Doctrina*, t. XVII, núm. 199, jul/88, pág. 556) plantea en el fondo una paradoja deplorable: pareciera que para cumplir el cometido de alfabetizar e instruir a los ciudadanos, se deba acudir a mecanismos tan violentos como la reclusión en un establecimiento carcelario, para subsanar allí a través de una paralela destrucción de la personalidad del individuo los incumplidos deberes, bien del Estado o bien de la sociedad con cada uno de sus miembros.

La decisión de mantener o no privado de la libertad a un ciudadano, no puede hacer abstracción de lo que es la realidad de la ejecución penal, si se desea hacer una práctica judicial que supere los esquemas ideales, que en aras de mantener la coherencia de su discurso, desatienden las gravosas consecuencias que acarrear en la praxis.

A toda decisión judicial, y más evidentemente si hace relación a lo penal, subyace un trasfondo político. La decisión adoptada por la Corte, esperamos sirva de precedente para que los apáticos despachos judiciales, en lo que a la concesión de la libertad respecta, consideren la necesidad de hacer efectivos los postulados tantas veces enunciados, y a los cuales la ley procesal ha conferido el carácter de rectores. Es una decisión política propia de una judicatura democrática.

Finalmente, no resistimos la tentación de enunciar brevemente un aspecto que la providencia pone de presente y que la práctica del consultorio jurídico puso en evidencia al menos en algunos juzgados penales municipales de la ciudad de Medellín. El tipo vertido en el artículo 332 del Código Penal exige un resultado, sin el cual la conducta obviamente, deviene atípica. Tal resultado consiste en "incapacidad para trabajar o enfermedad". La simple existencia de equimosis, escoriaciones y otros resultados infimos producto de la acción del agresor no producen por sí incapacidad para trabajar.

Los dictámenes de peritos que fijan incapacidad, señalan el tiempo necesario para que la huella dejada por la agresión desaparezca, pero ello no comporta que durante tal período el sujeto pasivo quede necesariamente en imposibilidad para laborar que repetimos es uno de los dos resultados que exige la figura.

La decisión de la Corte pone de presente la inexistencia entre nosotros del delito de golpes u otros similares consagrados en distintos ordenamientos jurídicos, dejando en evidencia cómo la cantidad de fallos inexplicablemente confirmados por juzgados superiores, que han acogido la tesis acá criticada, han resultado atentar contra el principio de legalidad.

Tribunal Superior de Antioquia Tribunal Superior de Medellín

Hurto: delito y contravención

Sentencia de junio 18 de 1991

M. P.: DR. JAIME NANCLARES VÉLEZ (conformaron la sala, además, los Drs. Sigifredo Espinosa Pérez y Sonia Gil Molina).

Comentario: JUAN CARLOS AMAYA CASTRILLÓN*

Consideraciones del Tribunal:

La sala asume el conocimiento del proceso, y no obstante que el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Diego Juan G. R. le otorga competencia "para decidir sin limitación alguna, sobre la providencia impugnada", conforme lo preceptúa el art. 538 del C. de P. Penal, circunscribirá su estudio a la situación procesal del precitado acusado, al no considerar indispensable, necesario o conveniente la revisión con respecto al procesado Orlando de Jesús O. L., que como se sabe, tanto él como su defensor estuvieron conformes con la sentencia condenatoria al omitir su impugnación: "...el *ad-quem* solo está obligado a pronunciarse sobre los puntos recurridos y adecuadamente sustentados, sin perjuicio de que, si resulta imprescindible, necesario o conveniente, haga lo propio respecto de los aspectos no recurridos o no sustentados, ya que según el artículo 538 del Código de Procedimiento Penal (197 bis del anterior estatuto), "el recurso de apelación otorga competen-

cia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada", enseña la Corte Suprema de Justicia (Auto noviembre 11 de 1986. Magistrado ponente: Guillermo Duque Ruiz).

Sin embargo, prescindirá del análisis de fondo del proceso que le permita decidir sobre el acierto o no del fallo impugnado, en lo que se relaciona con el procesado G. R., se repite, porque advierte la presencia de la causal 1ª de nulidad legal consagrada en el art. 305 del C. de P. Penal que lo afecta *parcialmente*, y concretamente, en lo concerniente al mencionado procesado y al cosindicado Luis Fernando H. P.

En efecto, la conducta contra el patrimonio económico atribuida a estos dos procesados, con el advenimiento de la ley 23 de 1991, a partir del 21 de marzo postrero, se desplazó del delito de hurto calificado y agravado a la contravención especial de hurto simple, de competencia de los funcionarios de policía.

La mencionada ley "Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales y se dictan otras disposiciones", cuya

* Profesor de la Universidad de Antioquia.