

¿Es absoluta la prohibición de excarcelar contenida en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal?

*Iván Velásquez Gómez **

Con el criterio de que cuando el tenor literal de la norma es claro no puede el intérprete desatenderlo con el pretexto de consultar su espíritu, la Corte Suprema de Justicia ha limitado notablemente el instituto de la libertad provisional al examinar la prohibición contenida en el art. 441 del Código de Procedimiento Penal¹. Tal posición constituye un verdadero y peligroso retroceso de la Corte tanto en materia de hermenéutica como en relación con la excarcelación, si recordamos —para citar un ejemplo— que en vigencia del decreto 409 de 1971 la máxima corporación, contrariando la literalidad del num. 5º del art. 453, admitió que la libertad provisional podía concederse no solo al momento de calificar el mérito del sumario sino también en cualquier estado posterior del proceso².

Importa ahora, para los propósitos de este trabajo, examinar brevemente el problema de la interpretación de la norma antes de abordar lo atinente a la prohibición del citado art. 441.

* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Medellín.

¹ Auto de enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. Tal posición fue reiterada en auto de octubre 11 de 1989, con ponencia del Dr. Lisandro Martínez Zúñiga.

² El num. 5º del art. 453 permitía la excarcelación caucionada “cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial”.

1. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Es evidente que la Corte Suprema, al razonar como lo hace, se adscribe a una escuela de interpretación cuyo origen, permanencia y utilidad política son incuestionables; porque, como manifiesta JESCHECK, "la pretensión a la obediencia del Estado absolutista y el miedo de una burguesía que despertaba a la libertad ante la arbitrariedad judicial, condujeron al mismo resultado: la vinculación estricta del juez al tenor literal de la ley"³.

Ciertamente la consagración positiva que de la exégesis como método inicial de interpretación (y, en la práctica, ¡tantas veces único!) hace nuestro Código Civil en su art. 27, obedece a una posición ideológica que encuentra sus raíces modernas en la Revolución Francesa⁴, fundada en la exaltación del legislador y la correlativa subvaloración de la actividad del juez, quien debía limitarse a ser "la boca de la ley" entendiendo que su función, como afirma MONTESQUIEU, "está reducida a un simple manejo del diccionario y de la gramática" pues, en tanto "el legislador tiene todos los atributos y todos los fueros del mando, el juez es un mecanismo de obediencia"⁵.

³ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edic. Ariel, 1981, pág. 209. En similar sentido, MARX WEBER sostiene que "La moderna empresa capitalista se funda internamente sobre todo en el cálculo (...). Estas modernas formas de empresa, con su capital fijo y su cálculo exacto, son efectivamente demasiado sensibles a las irracionalidades del derecho y de la administración. Solamente podían surgir allí donde (...) el juez es «un aplicador automático de artículos del código»..." (Citado por GIANCARLO SCARPARI en "Función ideológica de «la certeza del Derecho»". *Política y justicia en el Estado capitalista*, Barcelona, Ed. Fontanella, S.A., 1978, pág. 220).

⁴ Porque revela en buena forma esta anotada posición, no nos resistimos a transcribir el planteamiento que hace LUIS FERNANDO GÓMEZ DUQUE en su *Interpretación del derecho colombiano*, págs. 4-5, [s.p.i.]: "Aunque la división del poder tal como lo planteaba MONTESQUIEU era una relación de equilibrio y control entre los tres órganos clásicos: legislativo, ejecutivo y judicial, lo cierto es que en el ambiente caldeado y demagógico en que se proyectó la revolución francesa, desde un principio tomó cuerpo la idea de quien debía presidir todo el ordenamiento jurídico era el legislativo, no solo porque ordinariamente era quien lo producía sino porque el producto legal era tan perfecto que la interpretación siempre podía hacerse a través de él mismo, recurriendo a su espíritu, de modo que, ora fuera por la iniciativa del ejecutivo que en su tiempo representó Napoleón, ya por el parlamento quien normalmente evacúa la ley, el hecho fue que el órgano judicial quedó limitado a la aplicación de la ley de acuerdo con las indicaciones hermenéuticas dadas por aquellos. Pronto se llegó a una situación de correspondencia entre esta supervaloración que se daba al legislador y la autoconciencia que tenían los jueces franceses; el uno decía: «El término jurisprudencia debe ser borrado de nuestros tribunales», como afirmó Robespierre en la Asamblea, y los juristas sumisamente concordaban con expresiones como «yo no conozco el derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón», o esta otra: «Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código... Diría que deben resignarse a ella...".

⁵ FERNANDO FUEYO LANERI, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile y Centro de Estudios *Ratio Iuris*, Santiago de Chile, 1976, pág. 199. Con razón ha dicho PORTALIS, citado por FERNANDO GÓMEZ MEJÍA, en *La interpretación del derecho* (Bogotá, Ed. Ananké, 1979, pág. 216), que según la concepción de MONTESQUIEU se llama al juez a juzgar como si los legisladores fuesen dioses y los jueces no llegaran siquiera a la categoría de hombres.

Porque este era, precisamente, el pensamiento de ANDRÉS BELLO⁶, las fórmulas de interpretación que lo desarrollan se encuentran contenidas en nuestro Código Civil.

Pero a nadie se le oculta cuán peligrosa es para la verdadera democracia la absoluta sumisión del juez al tenor literal de la ley, "sobre todo en un país sometido a la creciente militarización de sus instituciones, a la burla de las garantías individuales, al estado de sitio permanente"⁷. Por esto no podemos pasar por alto la gravedad del fundamento que aduce la Corte para sostener que el art. 441 del C. de P. P. aparece una prohibición absoluta de excarcelar, sustento que hace necesario reanudar el debate en torno a la posición que debe asumir el juez frente a la norma. Tal discusión, que indudablemente robustecerá las concepciones democráticas al interior del derecho penal y procesal penal, permitirá advertir de contera cómo nuestra Corte Suprema de Justicia —en el pasado— se ha apartado en repetidas ocasiones del tenor literal⁸; igualmente, reivindicará la afirmación de CARNELUTTI en el sentido de que el juez y no el legislador es la figura central del derecho, pues un ordenamiento jurídico puede existir sin legislador mas no sin juez⁹.

En definitiva, lo que conviene resaltar ahora es que el juez no puede ser un autómatas que se limite a constatar la existencia de una norma para verificar la aplicación de su texto al caso concreto. O, como lo sostiene VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "el papel del juez debe ser activo, creador; la interpretación es la vida del derecho; el funcionario cuando interpreta introduce el elemento valorativo que lo enfrenta a cuestionamientos de índole política, moral, económica, psicológica"¹⁰.

Todo lo cual nos permite abordar sin temores el análisis del art. 441 del Código de Procedimiento Penal, apartándonos de la afirmación de la Corte Suprema de Justicia, según la cual "bastaría en la solución del problema jurídico así planteado, recordar el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete atender al tenor literal de la norma cuando este es claro y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu".

⁶ Cfr. FUEYO LANERI, ob. cit., págs. 48 y 49.

⁷ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, "Interpretación teleológica del art. 374 del Código Penal: La reparación en los delitos contra el patrimonio económico", *Nuevo Foro Penal* núm. 17, Bogotá, 1983, págs. 109 a 114.

⁸ Recuérdese, por ejemplo, la famosa providencia sobre dosis personal de marihuana, tesis de la que fue precursor indiscutible el Tribunal Superior de Medellín.

⁹ Citado por GÓMEZ MEJÍA, ob. cit., pág. 73.

¹⁰ Ob. cit., pág. 111. En sentido similar, DARÍO ECHANDÍA: "Ahora bien, ¿cómo levantar, sobre un determinado texto legal, un sistema que comprenda dentro de sí ideas y conceptos que no están previstos ni expresados en él? Alrededor de este problema se han hecho muchas construcciones metodológicas, desde la anticuada doctrina exegética hasta las teorías contemporáneas como el método sociológico realista de interpretación de las leyes. Pero la verdad es que si se exceptúa la caduca escuela exegética, todas las demás convienen en sostener el papel activo y creador del intérprete". (Prólogo al libro de CÉSAR CASTRO PERDOMO, *Defensa del orden jurídico*, Bogotá, Ediciones Paulinas, 1974. Citado en el texto "*Hermenéutica jurídica*. Curso para jueces de la República", publicado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, nov. de 1988, pág. 202).

2. PROHIBICIÓN DE EXCARCELAR, SEGÚN EL ART. 441 DEL C. DE P. P.

A) Antecedentes normativos

Aunque la proliferación legislativa en materia penal dificulta el rastreo de antecedentes que instituciones como la libertad provisional ha tenido, podemos iniciar este examen con el decreto 409 de 1971, cuyo art. 453 señalaba:

“Casos de libertad provisional. Salvo los casos previstos en disposiciones especiales, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella:

“...5º) Cuando, llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables, conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial”.

La libertad se excluía cuando, de conformidad con el art. 467 del mismo estatuto, “aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso, durante los diez años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre tres o más sindicaciones por delitos intencionales”.

Posteriormente, el art. 44 de la ley 2ª de 1984 (enero 16) dispuso:

“Art. 44. El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Libertad provisional. Salvo los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a la excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella:

”...3. Cuando en cualquier estado del proceso, estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia”.

La misma ley, en su art. 45, consagró la prohibición de excarcelar en los siguientes términos:

Art. 45. El artículo 467 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

“Prohibición de excarcelar. Salvo lo previsto en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 453 de este Código, no habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos:

”1. Cuando se adelante investigación por uno de los delitos que hacen obligatoria la orden de captura, conforme a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 426 de este Código.

”2. Cuando en los delitos de hurto simple, fraude mediante cheque y abuso de confianza concurra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal, a menos que se den las circunstancias del artículo 374 de dicho Código.

”3. Cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y se compruebe, mediante dictamen de perito médico, que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir.

”4. Cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales”.

Precisamente en vigencia de la ley 2ª de 1984, autorizadas voces se alzaron contra la muy frecuente negación de la libertad provisional que los jueces hacían con el argumento de que no era aplicable el num. 3º del art. 44, porque el sindicado requeriría tratamiento penitenciario en caso de sentencia condenatoria¹¹.

Tal acogida tuvieron los planteamientos expuestos por los doctores ESCOBAR MEJÍA y LONDOÑO BERRÍO, que el decreto 1853 de julio 8 de 1985 estatuyó en su art. 15:

“La excarcelación prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984 no podrá negarse sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario”¹².

Claro que el mismo decreto dispuso en su artículo siguiente:

“Art. 16. Excepciones a las normas sobre libertad provisional. No tendrán derecho a la libertad provisional prevista en el numeral 3º del artículo 44 de la ley 2ª de 1984, los procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; por los delitos tipificados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes cuando tengan pena de prisión que sea o exceda de dos años y por los delitos de enriquecimiento ilícito y los consagrados en el capítulo I del título VII del Código Penal y en el decreto 2920 de 1982”.

Casi seis meses después, el 9 de enero de 1986, se expidió el decreto 56, que reproduce en su art. 5º el 16 del decreto 1853 de 1985, agregando que tampoco tienen derecho a la libertad provisional prevista en el num. 3 del art. 44 de la ley 2ª de 1984 “Los procesados a quienes se les hubiera dictado auto de detención preventiva conforme a lo previsto en los numerales 4 y 5 del artículo 14 del decreto 1853 de 1985”, numerales que el propio decreto 56 de 1986 añadió: “4. Cuando se hubiere realizado captura en flagrancia o cuasiflagrancia respecto de delito doloso

¹¹ J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA y HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, “El tratamiento penitenciario (art. 68 C. P.) desde la perspectiva criminológica y político-criminal”. *Nuevo Foro Penal* núm. 27, 1985, págs. 81 a 93.

¹² A este respecto, afirmó uno de los inspiradores de la reforma: “Hubo muchos atentados contra la libertad individual en la vigencia de la ley 2ª sobre esta materia. Se llegaba a negar la excarcelación, con el argumento del tratamiento penitenciario, a sindicados que jamás habían tenido siquiera un antecedente por contravenciones de policía. En otros casos se hacía lo mismo con la tesis absurda y violenta jurídicamente, de que se hacía necesario ese tratamiento penitenciario, dizque por las «modalidades del hecho delictivo», y así, con otras tesis extrañas, esa causal de libertad provisional quedó prensada entre los fríos y deshumanizados renglones que la negaban con tan especioso argumentos. En vista de lo severamente enjuiciado como ha sido el artículo 68 del Código Penal, al condicionar la condena de ejecución condicional a que el reo no necesite de tratamiento penitenciario, la reforma buscó con indudable acierto atenuar tan drástica exigencia a fin de que con el reconocimiento anticipado del subrogado, se pudiera conceder la excarcelación”. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, “Las reformas al procedimiento penal”, en *Doctrina y jurisprudencia. Decreto 1853*, Medellín, Señal Editora, 1985, págs. 15 a 63.

o preterintencional que tenga prevista pena de prisión, y 5. Cuando el procesado no otorgue la caución juratoria o prendaria dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto que la disponga y cuando incumpla cualquiera de las obligaciones que se le hayan impuesto en la respectiva diligencia, caso en el cual también perderá el valor de la caución prendaria que hubiere prestado”.

Si examinamos las disposiciones precedentes, podemos concluir:

1) Cuando el juez debía valorar los requisitos tanto objetivos como subjetivos consagrados en el art. 68 del Código Penal, la libertad provisional con fundamento en la causal que venimos analizando solo se prohibía —en vigencia del decreto 409/71— si durante los diez años anteriores a la petición excarcelatoria el sindicado había sido condenado por delito doloso o registraba tres o más sindicaciones por delitos intencionales.

Se entendía, en consecuencia, que la ley presumía que un sindicado de tal calidad, independientemente de la pena eventualmente imponible, debía ser sometido a tratamiento penitenciario.

Obviamente, el juez conservaba la facultad de examinar la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, para determinar o “suponer” si aquel requería o no el indicado tratamiento.

La prohibición contenida en el art. 467 del Código de Procedimiento Penal fue abolida por la ley 2ª de 1984, cuyo art. 45 expresamente la excluía —así como todas las que en la misma norma enumeró— cuando la causal liberatoria fuera la consagrada en el num. 3º del art. 453 del estatuto procedimental (44 de la ley). De manera que durante la vigencia de la ley 2ª de 1984, suprimidas todas las prohibiciones, la libertad solo podía negarse cuando no se cumplía el requisito subjetivo del art. 68 del Código Penal.

2) Únicamente cuando se le impide al juez negar la libertad provisional “sobre la base de que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario” (art. 15 del decr. 1853 de 1985), el legislador establece una serie de expresas excepciones (art. 16, id.) que evidentemente tienen por finalidad impedir la excarcelación sobre la base exclusiva de cumplirse el elemento objetivo del mencionado art. 68.

3) Reiteramos: antes de julio 8 de 1985 no era preciso consagrar prohibiciones, porque el juez estaba facultado para negar la libertad provisional atendiendo a la personalidad del procesado y a la naturaleza y modalidades del hecho punible. Pero cuando este poder se elimina de manera genérica, surge la necesidad de excepcionarlo en presencia de específicas circunstancias como la flagrancia, o de hechos punibles que el legislador considera de mayor gravedad pero cuya pena eventualmente no superaría los tres años de prisión.

B) El decreto 50 de enero 13 de 1987

En términos generales, podría afirmarse que la nueva codificación no alteró la estructura normativa que venimos de reseñar. El art. 439 refundió en un solo texto el num. 3º del art. 44 de la ley 2ª de 1984 y el art. 15 del decreto 1853 de 1985, al consagrar en su num. 1º el derecho a la libertad provisional “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 tratamiento penitenciario” (Valga anotar de una vez que el art. 23 del decreto 1861 de agosto de 1989 no introdujo ninguna variación en este aspecto).

Asimismo, como era lógico según lo expusimos en los nums. 2) y 3) de literal que acabamos de desarrollar, consagró en el art. 441 una extensa lista de prohibiciones (mejor denominadas como “excepciones” en el decr. 1853/85), atendiendo, entre otras razones, a la personalidad del procesado o a la entidad del delito.

Para la Corte Suprema de Justicia la claridad del tenor literal no deja dudas, de manera que la prohibición de excarcelar en tales circunstancias es absoluta y el procesado debe permanecer en detención preventiva durante todo el curso del proceso. Así discursó la Corte:

“Por otra parte, no ignora la Sala que los postulados filosóficos de la ley penal y procesal penal apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva y dentro de esa postura se explica la existencia del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal, pero no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en esta norma, como ocurre en el artículo 441, que es también expresión de la política criminal del Estado, que entiende que en tales hipótesis, los autores de los hechos delictivos allí señalados, no deben gozar de dicho beneficio, sin que ello impida que en el momento de una eventual sentencia condenatoria, el juez, teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos (artículo 68 del Código Penal) decida otorgarle el subrogado penal de la condena de ejecución condicional”. (Auto de enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome).

Sin embargo, el planteamiento de la Corte es contradictorio o incoherente, porque si la prohibición de excarcelar fuera absoluta, tampoco en la sentencia podría concedérsele al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional. Es que, razonando como la Corte lo hace, si interpretamos armónicamente los arts. 439-1 y 441, tendríamos que en tanto de conformidad con la primera norma la libertad no puede negarse sobre la base del tratamiento penitenciario, la prohibición que contempla la segunda significa que el procesado sí requiere tal tratamiento.

Lejos de un sano entendimiento suponer siquiera que la insensatez del legislador llegue al extremo de exigir la privación de la libertad durante todo el curso del proceso de quien está amparado con la presunción de inocencia, pero permitir su liberación precisamente cuando tal presunción ha sido desvirtuada en virtud de sentencia condenatoria. O, como lo afirma MIGUEL ÁNGEL PEDRAZA JAIMES, “resulta insólito negar en el curso del proceso la libertad provisional conforme a la norma prohibitiva, para llegar en últimas a un fallo condenatorio que reconoce el derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional por tener el juez la convicción de que el inculcado no requiere de tratamiento penitenciario”¹³.

Definitivamente, la prohibición de excarcelar no es absoluta y varias razones fundamentan esta tesis:

¹³ Nuevo Foro Penal, núm. 40. Foro Estudiantil.

1) De una parte, como lo señala la Corte, "los postulados filosóficos de la ley penal y procesal penal, apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva". Así lo sostiene la doctrina¹⁴ y tales fueron, además, las precisas directrices que el legislador ordinario dio al extraordinario en la ley 52 de 1984, al ordenar que el nuevo Código de Procedimiento Penal debía estar en consonancia "con la orientación filosófica del Código Penal" y que, al reglamentar lo concerniente a la libertad provisional, debía tener en cuenta "la presunción de inocencia, sin desproteger los intereses de la sociedad, particularmente en los delitos más graves, para los cuales no podrá haber excarcelación...".

Esta última frase, que podría llenar de gozo a los defensores de la prohibición absoluta, no significa precisamente que de manera arbitraria los legisladores del procedimiento pudiesen señalar caprichosamente cuáles delitos envuelvan mayor gravedad, sin consultar el Código Penal. Es que, como afirmara ESCOBAR MEJÍA, "la graduación de la pena posee intrínseca elocuencia. Tanta que, pudiera decirse con fácil sustentación, en este dato aritmético de punición se encuentra la síntesis de todo el proceso penal"¹⁵.

Ciertamente, si de manra genérica puede decirse que, frente a la ley, la gravedad del delito se mide por la cantidad de pena, el legislador excepcional acató el mandato de la ley de facultades en cuanto no estableció para esa clase de ilícitos ninguna específica causal de libertad¹⁶.

Admitir que los postulados filosóficos "apuntan a limitar al máximo la privación de la libertad preventiva" y a continuación interpretar restrictivamente el art. 441 del estatuto procesal es, por lo menos, un contrasentido. Porque si tales son las directrices del sistema normativo examinado en su conjunto, obviamente cual-

¹⁴ En este sentido, afirma el doctor HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ: "Al respecto, en salvaguarda del principio que se analiza, nuestro procedimiento penal, si bien por razones obvias tuvo que mantener la institución de la detención preventiva, en razón de determinados delitos y procesados, buscó al máximo no tener que afectar la libertad provisional de los imputados. En esa mira, se le impuso un especial énfasis a la indagación preliminar, la cual podrá tener una duración hasta de quince días, existiendo acusado identificado, con el fin de darle en ciertos casos la oportunidad de hacerse presente en la misma, explicar ampliamente su conducta y buscar la posibilidad de que no se abra proceso en su contra. De igual manera, en protección de esa libertad personal, no se impuso la obligación de librar orden escrita de captura por la sindicación hecha, sino que se dejó en los casos más graves la simple facultad de hacerlo, mientras que para las otras eventualidades fue prohibida, al consagrarse simplemente la citación para rendir indagatoria. De otra parte, para la mayoría de los hechos punibles previstos en el Código se prescindió de la detención preventiva, siendo sustituida por la conminación y la caución, como medidas de aseguramiento cuando existiere mérito para ello. Además las causales de excarcelación fueron ampliadas considerablemente en relación con la legislación anterior" (*Tratado de derecho procesal penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1989, págs. 28-29).

¹⁵ J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA, ob. cit., pág. 87.

¹⁶ Obviamente, nos referimos a los delitos "más graves" en el sentido que venimos indicando, respecto de los cuales el legislador, contrariando la ley de facultades desde luego, hubiese podido disponer la libertad provisional acogiendo sin limitaciones la tesis según la cual la privación de libertad solo tiene efecto frente a los condenados.

quier labor de hermenéutica tendrá que partir forzosamente de las pautas señaladas como principios rectores, como criterios rectores de la estructura jurídica.

Afirmar que una interpretación de este tipo no puede hacerse frente a la claridad del tenor literal¹⁷, es apenas una mala justificación.

Porque, para exponer un solo caso, nadie se atrevería a afirmar que el tenor literal de la prohibición contenida en el art. 4° del decreto 1203 de 1987¹⁸ impide liberar provisionalmente a quien hubiere cumplido en detención preventiva "un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa", de conformidad con lo previsto por el art. 21 de la ley 2ª de 1984.

2) De otra parte, además de la interpretación regida por los postulados filosóficos que en nuestra opinión debe hacerse en esta materia, los antecedentes normativos que examinamos en precedencia (apartado II, literal A) permiten concluir que la prohibición de conceder libertad provisional con fundamento en el num. 1° del art. 439 solo surge cuando al juez se le suprime la facultad de negar tal libertad argumentando la eventual necesidad de tratamiento penitenciario. Ello, que históricamente es cierto, nos obliga a compartir plenamente la tesis que BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT exponen, según el cual "el funcionario solo podrá negar la libertad provisional por las causales del art. 441 del C. de P. P., cuando conforme a la prueba existente, concluya científicamente que la persona requiere tratamiento penitenciario"¹⁹.

3) Para la concesión de libertad provisional en los casos del art. 441, no es obstáculo la aparente ausencia de norma en qué sustentarla, porque de la misma redacción del num. 1° del art. 439 se desprende que dos diversas situaciones son las que allí se contemplan: en la primera se exige una evaluación de "los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia"; en la segunda, se establece que basta la presencia del requisito objetivo en tanto "la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

Entender que es una sola previsión, sería afirmar la torpeza, imprecisión e inconsistencia del legislador porque la fórmula, en otras palabras, se traduciría en esta otra: "conceda la libertad, cuando esté demostrado que la

¹⁷ Claridad que es también cuestionada por la Procuraduría Delegada y más enfáticamente por Miguel Ángel Pedraza Jaimés, a propósito de la decisión de la Corte Suprema a que nos hemos referido en este trabajo. (Cfr. "Corte Suprema de Justicia: Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelar". Comentario de Miguel A. Pedraza Jaimés. *Nuevo Foro Penal*, núm. 46, 1989, págs. 503 a 508).

¹⁸ El art. 4° del decreto 1203 de 1987, dispone: "Los procesados por los delitos indicados en el artículo 1° de este decreto no tendrán derecho a la libertad provisional ni a la condena condicional"

¹⁹ JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, *El proceso penal*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1987, págs. 128-129.

ES ABSOLUTA LA PROHIBICIÓN DE EXCARCELAR

pena imponible es de arresto o no excede los tres años de prisión y que la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, le permitan al juez suponer que el procesado no requiere tratamiento penitenciario. Pero si necesita el tratamiento, de todas formas no podrá negar la libertad". O más claramente: que cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda los tres años de prisión, el juez puede conceder la libertad provisional si el procesado no requiere tratamiento penitenciario; pero si lo requiere, el juez no podrá negar la libertad provisional. Se le exigiría realizar una valoración que a renglón seguido se le impide hacer.

Si tal hubiese sido efectivamente el propósito del legislador, el num. 1° del art. 439 se hubiera consagrado en fórmula tan simple como esta: "Cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión".

Si dos distintas son, pues, las situaciones previstas en el num. 1° del art. 439, cabría preguntar: ¿A cuál de ellas hace referencia el artículo 441 cuando dispone que no hay lugar a libertad provisional con fundamento en aquel numeral?

La obvia respuesta permite concluir que la libertad provisional procede:

a) Cuando la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, siempre que el delito por el que se procede o las específicas circunstancias del hecho o del procesado no se encuentren mencionados en el artículo 441; y,

b) Cuando, en los casos señalados por el art. 441, la pena imponible sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, siempre que la personalidad del procesado y la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que en caso de sentencia condenatoria el procesado no requeriría tratamiento penitenciario.

De esta forma queda demostrado, en mi opinión, que las denominadas "prohibiciones de libertad provisional" no son absolutas y se concilian sin duda las incoherencias a que conduce la interpretación exegética en esta materia.

MEDICINA LEGAL Y CRIMINALÍSTICA