

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Derecho a la condena de ejecución condicional y prohibición de excarcelación

En opinión de la Corte, los postulados filosóficos de la ley penal y procesal apuntan ciertamente a limitar al máximo la privación de libertad, pero ello no puede pasar por alto la presencia de excepciones claramente señaladas en la ley procesal. Estas operan, por lo tanto, aún en los casos en los que el procesado tiene derecho a la condena de ejecución condicional.

Magistrado Ponente: DR. RODOLFO MANTILLA JÁCOME
Bogotá, enero 31 de 1989

Comentario: MIGUEL ANGEL PEDRAZA JAIMES

VISTOS:

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Séptimo del Tribunal Superior de Medellín y por el defensor del procesado, contra el auto de fecha septiembre 26 del año próximo pasado, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del doctor I. D. U. H., Ex-juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), sindicado de cometer el delito de privación ilegal de libertad.

Cumplido el trámite de rigor y oído el concepto desfavorable a la confirmación del auto recurrido del Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se resuelve el recurso, previas las siguientes consideraciones:

I. HECHOS:

Los que dieron lugar a la apertura de la Investigación en contra del Ex-Juez Promiscuo Municipal de El Bagre (Antioquia), fueron fielmente re-

sumidos por la Delegada en la siguiente forma:

“De las inspecciones judiciales practicadas, la prueba documental allegada (copia de las pertinentes actuaciones judiciales del acusado) y la confesión del propio inculcado, claramente aparece que en el juzgado a su cargo se tramitaba proceso contra el señor R. D. A. F. por el punible de violación de habitación ajena, quien, siendo empleado oficial como funcionario del Idema, se presentó voluntariamente a rendir indagatoria el día 19 de enero del presente año y una vez terminada la diligencia enviado a la Cárcel Municipal, donde permaneció retenido hasta el día siguiente, conforme a las constancias procesales, no obstante que el defensor de R. D. A. F. desde un principio advirtió verbalmente al juez que la ley no permitía captura o retención en dichas circunstancias”.

“Como antes se dijo, el propio acusado reconoció haber incurrido en tal irregularidad, y explica que ello obedeció a su inexperiencia judicial y hasta ignorancia de las respectivas disposiciones legales”.

II. LA INVESTIGACIÓN:

Al momento de resolver la situación jurídica del indagado I. D. U. H., a quien se sindicaba de la comisión del delito de Privación Ilegal de libertad, por investigación que se adelantara por orden del Tribunal Superior de Medellín, se profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, al reunirse legalmente los requisitos sustanciales, conforme lo dispone el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Para el efecto tuvo en cuenta el Tribunal, las pruebas allegadas al informativo, tales como las declaraciones de Fanny Arrieta (f. 73), William Grueso (f. 76) y Cristo Sánchez (f. 77), así como la ampliación de la denuncia que formulara R. D. A. (f. 78) y la propia indagatoria del sindicado I. D. U. H. (f. 85), que en una u otra forma demuestran que el juez acusado privó de la libertad al ciudadano R. D. A. F., cuando el delito por el que se procedió no requería de tal privación (daño en bien ajeno; artículo 370 C. P.) y sin sujeción a las formalidades legales, si se tiene en cuenta que se había demostrado la calidad de empleado oficial del denunciante, de quien se solicitó la suspensión del cargo sin habersele recepcionado indagatoria aún y sin que se hubiera resuelto su situación jurídica.

Por expresa disposición del numeral 4° del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal y en consideración al delito por el que se decretó la medida de aseguramiento en contra del ex-juez Promiscuo Municipal de el Bagre (Antioquia), esto es, privación ilegal de libertad (artículo 272 del Código Penal), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín sostuvo que el sindicado no tenía derecho a la libertad provisional, por lo que la medida de la detención precautelativa se hizo efectiva.

Contra la anterior resolución, es decir, aquella que negó el beneficio de excarcelación para el juez sindicado, interpusieron en su debida oportunidad, el fiscal séptimo de la Corporación y el defensor del procesado, los recursos

de reposición y en subsidio el de apelación, sin discutir las razones sustanciales del *a-quo* en cuanto a la imposición de la medida de aseguramiento.

El Tribunal Superior mantuvo vigente la medida en cuanto no repuso la decisión de mantener privado de la libertad al sindicado, concediendo el recurso de apelación legalmente interpuesto.

La inconformidad de los recurrentes se limita a solicitar que se revoque la decisión por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín negó el beneficio de la libertad provisional, que a juicio de los mismos no consulta el espíritu del nuevo Código de Procedimiento, ni se identifica con su filosofía, ni es consecuente con las razones de política criminal que orientan las prohibiciones contenidas en el artículo 441 de la obra.

Con fundamento en la tesis pregonada por la doctrina sostienen los apelantes que a pesar de las prohibiciones contempladas en la norma anteriormente citada, el sindicado tiene derecho al beneficio de la libertad provisional, atendiendo lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 439 del estatuto procedimental, según el cual puede anticiparse la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional en cualquier estado del proceso, en su forma de excarcelación caucionada, cuando estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, esto es, cuando se reúnan los requisitos de orden objetivo referidos al *quantum* de la pena, y los subjetivos relacionados con la personalidad del agente, la naturaleza del hecho y las circunstancias y modalidades que lo rodearon, conforme lo expone el artículo 68 del Código Penal. De ser condenado el procesado, sostienen los recurrentes, en su favor, atendiendo los factores mencionados, se impondrá la suspensión de la ejecución de la sentencia, por lo que no conceder la libertad provisional a sabiendas de la no ejecución de la sentencia, sería contradecir la filosofía que inspira el subrogado, además de desconocer

el artículo 12 del Código Penal, aceptando únicamente la función retributiva de la pena.

III. MOTIVACIONES DEL TRIBUNAL:

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de revocar la decisión de hacer efectiva la medida de aseguramiento, esto es, no revocar la negativa de concederle el beneficio de libertad provisional al Doctor I.D.U.H. expuso el *a-quo*.

1° No existe duda alguna sobre la tipificación del delito de privación ilegal de la libertad (artículo 272, Código Penal), del cual se acusa al funcionario, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran que se privó de libertad al ciudadano R.D.A.F. sin el lleno de las formalidades legales y que ellas son suficientes para sostener que se reúnen a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal para proferir la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva. En este punto además no hay inconformidad de los recurrentes.

2° En cuanto hace a la negación de la libertad provisional, punto que se discute por los recurrentes, sostiene el Tribunal Superior de Medellín, a través de su Sala de Decisión lo siguiente:

“De una parte, obrando conforme lo dispone el artículo 441 numeral 4° del C. de P. P., no tendrá derecho a la libertad provisional con fundamento en el numeral 1° del artículo 439 *ibidem*, el procesado por el delito de privación ilegal de libertad (art. 272, C. P.), tipo penal del que se acusa al doctor I.D.U.H. y por el que se decretó en su contra la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, por lo que el legislador de manera expresa prohíbe la libertad provisional en el delito examinado”.

“De otra parte y atendiendo el tenor literal de la norma en cita (art. 441 del C. de P. P.), ella habrá de aplicarse en su sentido, puesto que no existiendo oscuridad alguna en su entendimiento, a ninguna forma de interpre-

tación distinta habrá de recurrirse, cuando además de manera clara y expresa se relaciona con la materia en estudio.

Concluye el *a-quo* refiriéndose al sentido gramatical de la palabra *prohibición*, para significar que ella indica acción de vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa, por lo que mantiene su decisión de negar la excarcelación solicitada.

IV. CONCEPTO DE LA DELEGADA:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal coincidiendo con lo sostenido por los recurrentes, solicita a esta Corporación se revoque el punto por medio del cual se negó al doctor I.D.U.H. la libertad provisional, contenido en el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el que resolvió la situación jurídica del sindicado.

Luego de referirse a la posición doctrinaria mencionada por los recurrentes, sostiene el Ministerio Público que los artículos 68 del Código Penal, 439 y 441 del Código de Procedimiento Penal han de ser interpretados y aplicados armónicamente siguiendo la filosofía que “orienta al nuevo estatuto de creación de la detención, sin excarcelación, para infracciones de suma gravedad y cuando la personalidad del sujeto agente exige tratamiento penitenciario, de tal manera que las normas aparentemente incompatibles o contradictorias deben ser interpretadas, al efecto, con el doble criterio objetivo, en cuanto a la naturaleza y *quantum* de la pena; y subjetivo, respecto a la necesidad de imponer o no tratamiento penitenciario”.

En síntesis, se muestra partidario del otorgamiento de la libertad provisional en favor del doctor I.D.U.H., porque estudiados los factores subjetivos, debe llegarse a la conclusión de que no requiere tratamiento penitenciario.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1° El delito por el que se procesa al funcionario judicial I.D.U.H. es el de Privación Ilegal

gal de Libertad regulado en el artículo 272 del Código Penal, que sanciona con prisión de uno (1) a cinco (5) años y pérdida del empleo, al empleado oficial que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad.

La Sala comparte la estimación del *a-quo* de que las pruebas allegadas al proceso son suficientes para cumplir con las exigencias del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en el ordenamiento de la detención preventiva. Por lo demás tal decisión no ha sido motivo de inconformidad de la parte recurrente y es aceptada por el Ministerio Público.

2° La Inconformidad, motivo de la alzada, consiste como ya se reseñó, en que el Tribunal de Medellín al proferir el auto de detención preventiva contra el sindicado I.D.U.H., le negó la libertad provisional, cuando según su criterio, el procesado tiene derecho a este beneficio.

Para la Sala 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, como acertadamente lo afirma el Tribunal de Medellín, cuando se negó a reponer su decisión.

Ello porque como se recordará, el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal señala que "No tendrán derecho a la libertad provisional, con fundamento en el numeral 1° del Artículo 439 de este Código...

3° En todos aquellos delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad cuyo mínimo sea de tres (3) años y además, en los siguientes delitos:...

Indudablemente esta norma de claridad meridiana, está excluyendo en forma precisa en otros al delito de privación ilegal de libertad, del régimen favorable contemplado en el numeral 1° del artículo 439 del Código de Proce-

dimiento Penal, que dispone que, "Además de lo establecido en otras disposiciones, el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria para asegurar su eventual comparecencia al proceso y la ejecución de la sentencia, si hubiere lugar a ella: 1. 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 provisional necesita tratamiento penitenciario". 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 inadmisibile.

Pero debe señalarse además, que las argumentaciones del recurrente en la sustentación del recurso, pretenden soslayar las verdaderas razones de la detención preventiva, que universalmente son reconocidas, como la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, asegurar la presencia del sujeto en el proceso y en la ejecución de la sentencia en su eventualidad.

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 con el artículo 441, que es también expresión de la política criminal del Estado, que entiendo 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.

COMENTARIO

Por primera vez, en forma concreta, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el contenido y el alcance de la causal primera de libertad provisional contenida en el art. 439 del estatuto penal adjetivo, más comúnmente llamada "libertad provisional por condena condicional", la cual, en gracia de una completa interpretación, debe armonizarse con el sentido de las prohibiciones excarcelativas señaladas en el art. 441 *ibidem*, lo que la Corte en efecto atendió.

Pero qué desconcertante —por decir lo menos— fue la conclusión a la que llegó la Sala, al demandar una interpretación exegética de la norma sobre prohibiciones de libertad provisional, así el procesado demuestre en el curso del proceso la satisfacción de los presupuestos demandados para el reconocimiento de la condena condicional, basándose para tal efecto en el principio legal de hermenéutica que ordena al intérprete atender al tenor literal de la norma, cuando este sea claro, y no apartarse de él con el pretexto de consultar su espíritu (art. 27, inc. 1° del C. C.).

Sobre el particular, valga decir que si de antemano es incuestionable jurídicamente la relación existente entre la causal de libertad provisional por condena condicional y las prohibiciones excarcelativas —pues estas solo obran en tratándose de aquella—, resulta lógico colegir que estamos en presencia de un solo instituto del derecho, como lo es en este caso "la libertad del procesado por condena condicional", y que, por tanto, su hermenéutica no revisa por separado de un lado la causal en sí misma y de otro las prohibiciones frente a dicha causal, sino que corresponde a un juicio sistemático, consultando y respetando ante todo las bases del establecimiento.

Por eso, bastante apurado resulta significar —como lo significó la Corte— que es claro meridianamente el mandato nugatorio contenido en el art. 441 del C. de P. P., y específicamente su numeral 4° —contentivo de una odiosa, contradictoria y arbitraria lista de delitos—, cuando atrás hay una norma, la del numeral 1° del art. 439, que riñe y repugna en su contenido con el enunciado mismo de las prohibiciones, y que, entonces, dificulta la correcta interpretación de esta, a punto tal que le ha dejado al desnudo sus yerros y desdibujado su aparente y primigenia claridad literal.

En este sentido, recuérdese que una ley es clara no solo cuando su texto es diáfano y diamantino, sino cuando no existe otro que lo contrarie; y que, además, un texto legal puede resultar claro al ser considerado en abstracto —como lo son casi todos los textos legales—, pero así mismo puede prestarse a dudas, vacíos o controversias en cuanto a su significado enfrentado a otras normas del mismo instituto e incluso a la misma realidad de la vida. Con mayor fortuna al referirse sobre este punto, FUEYO LANERI sostiene "que no es lo mismo tenor literal que sentido, y que, por tanto, el solo tenor literal claro no hace claro el sentido de la ley. La claridad solo resulta después de la aplicación de los cuatro elementos, gramatical, lógico, histórico y sistemático" o bien, resulta igualmente a partir de la determinación del contenido y el alcance de la ley con base en alguno de los métodos de interpretación de la misma, exegético, sistemático o sociológico, con aplicación de sus correspondientes técnicas.

Y no hay caso más palpable, axiomático y evidente sobre la existencia de una pugna normativa, o de normas dudosas y confusas, que el referido al texto legal que alude a la interpretación de la causal de libertad provisional por condena condicional y al que refiere las prohibiciones excarcelativas con destinación exclusiva a dicha causal, en cuanto para que obre esta deben revisarse las prohibiciones y, para dar aplicación a una de estas restricciones, debe desestimarse inobjetablemente la causal. Entonces, ¿cómo negar una interpretación

sistemática de tales normas? O, ¿de qué manera lógica intentar una interpretación separada de esas normas, si lo que está en juego en últimas es el *instituto* de la libertad del procesado por condena condicional?

Por eso, concluyendo que el texto normativo del art. 441 de la codificación procesal penal no es claro, sino todo lo contrario, ambiguo, contradictorio y que se presta para las peores confusiones e injusticias, debe relevarse otra vez que la interpretación más acorde con la filosofía que inspira el establecimiento liberatorio y con la misma realidad sociojurídica y carcelaria del país, no puede ser otra que la pregonada por la doctrina en el sentido de estudiar a plenitud los presupuestos demandados por el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, consultando la teoría preventivo-específica de la pena, y sin apego literal o de exégesis a las prohibiciones de excarcelación. Tal *sindéresis* fue la que nos permitió decir en oportunidad precedente que “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 reconozca el derecho al subrogado penal de la condena de ejecución condicional por tener el juez la convicción de que el inculpinado no requiere de tratamiento penitenciario” [NFP, N° 40. Foro Estudiantil]; y qué no decir de lo absurdo que resultaría si se tratara de la negación de la excarcelación con el mismo fundamento restrictivo del art. 441, finiquitándose posteriormente la actuación judicial con cesación de procedimiento o sentencia absolutoria.

Finalmente, llama la atención en el proveído de la Sala el hecho de considerar universalmente reconocidas ciertas razones de la detención preventiva, “como la necesidad de garantizar el éxito de la investigación, y de asegurar la presencia del sujeto en el proceso y en la ejecución de la sentencia en su eventualidad”, para de tal forma pretender convalidar la “verdadera existencia” de las prohibiciones excarcelativas, justificando de paso el encerramiento del procesado dizque para hacer más exitosa y brillante la instructiva. Sin embargo, en contraposición de este aserto tan singular como desueto, frente al *instituto* penal de la libertad del procesado, se consagran en su favor principios —esos si universalmente reconocidos— como el de la “presunción de inocencia” y el de “la privación de la libertad personal como excepción durante el curso del proceso”, aceptados por nuestro esquema de derecho, de pactos y convenciones internacionales, mediante las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972. Y frente a la propia detención preventiva, antes del reconocimiento universal de su razón de ser, aparecen un sinnúmero de críticas surgidas de la realidad social y de la crisis del derecho penal y del derecho penitenciario, que la muestran apenas como otro vil rezago de la represión positivista y que solo le otorgan el carácter de recurso extremo al que puede acudir el Estado en pos de la seguridad de sus ciudadanos, pero únicamente en aquellos casos en que esta “defensa de la sociedad” se demande imperiosamente por tratarse de conductas desviadas perturbadoras en todo del *statu quo* público o privado, y de individuos cuyo reproche punitivo demande un castigo severo y contundente.

Con una sentida preocupación por aquellos ciudadanos que habrán de padecer las laceraciones del internamiento carcelario preventivo a expensas de la ciega interpretación de las prohibiciones de libertad provisional por condena condicional, y con cierta desconfianza frente a aquellos jueces que prohíjan los pronunciamientos de la Corte sin el más mínimo análisis, así se trate de solo un auto —al que terminan llamando “jurisprudencia”—, dejamos consignado nuestro criterio, que se sostiene, pues, primero, en negar como único método de interpretación del numeral 4° del art. 441 del C. de P. P. y del inciso 1° del art. 27 del C. C. el exegético, para armonizarlo, a *contrario sensu*, con todo lo previsto en la ley 153 de 1887; y segundo, en inclinar la balanza hermenéutica de las normas sobre libertad provisional por una interpretación finalista, sistemática y criminológica, que atienda y consulte la realidad en el discurrir de las relaciones entre los hombres.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

*La esencia de la decisión (auto de control de legalidad) en el procedimiento ordinario **

Si bien es cierto que en principio el auto de control de legalidad se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las normas que gobiernan el debido proceso y que no exista nulidad, es innegable también que el juez tiene la facultad de apartarse de la adecuación típica dada a los hechos en la providencia calificatoria.

Magistrado Ponente: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Medellín, febrero 20 de 1989

Comentario: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

Entre los señores jueces Undécimo Superior y Veinte Penal del Circuito de esta ciudad ha surgido conflicto negativo de competencias, pues cada uno afirma que corresponde al otro el conocimiento del proceso que se adelante a E.C.E. por hechos que en la resolución de acusación o pliego de cargos el funcionario instructor encajó en las normas rectoras del homicidio imperfecto y del porte de arma de fuego de defensa personal, adecuación típica que discute quien promueve la colisión para admitir *meras lesiones personales* y detentación ilegítima del arma, al paso que la Juez requerida admite aquellas hipótesis delictuosas escudándose en la fácil y equivocada tesis de que a tiempo de realizar el control de legalidad del auto calificatorio es im-

posible a la luz del artículo 488 del C. de P. Penal, en armonía con el artículo 501 *ibidem*, revivir el debate probatorio acerca de la responsabilidad penal del justiciable o hacer nueva calificación de los hechos en orden a declararse incompetente para conocer de la ilicitud expresamente atribuida al órgano que la rehusa.

Para decidir de plano, se *considera*:

I. CUESTIÓN PREVIA:

Si bien es cierto que en principio y como criterio general el auto de control de legalidad en el procedimiento de orientación o acentuadas notas acusatorias se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las nor-

* El auto de control de legalidad fue derogado por el Decreto 1861 de 1989. No obstante, hemos querido publicar esta providencia y su respectivo comentario, como un sencillo pero sentido homenaje a la memoria del Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, quien fuera permanente colaborador de la Revista.