

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

*Personalidad y peligrosidad en el nuevo Código Penal
Condena y libertad condicionales.*

PROVIDENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1981

Ponente, doctor LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO

En auto de nueve (9) de diciembre de 1980, el Tribunal Superior de Cali resolvió negar la libertad provisional solicitada ante esa entidad por el doctor X.

De esa providencia apeló el peticionario y para que se surtiera la alzada se envió, en copias, el expediente a esta Sala donde se le ha dado al recurso el trámite de rigor hasta obtener el concepto de la Procuraduría por lo cual se procede a decidir.

El doctor X fue llamado a juicio por auto de la Corte Suprema de Justicia fechado a treinta (30) de setiembre de 1980, como responsable por el delito de prevaricato, cometido en Cali cuando desempeñaba, en el mes de octubre de 1976, cargo de juez segundo penal municipal de esa ciudad.

El Tribunal, en la providencia recurrida expresa que el peticionario no tiene derecho al beneficio que impetra porque “es un profesional del derecho, un hombre culto y a no dudarlo con perfecta conciencia de sus propios actos. Por otra parte, su calidad de juez de la República que ostentaba al momento de llevar a cabo la ejecución de los actos por los cuales la H. Corte Suprema de Justicia hubo de enjuiciarlo por el delito de “prevaricato”, de que trata el art. 168 del C. Penal, le imponían al doctor (...) especiales deberes, obligaciones y una tremenda responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que a no dudarlo debía ejercer con la más absoluta imparcialidad y honestidad, como un genuino representante de la autoridad”.

En memorial dirigido a la Corte por el apoderado, sostiene este que no es posible

tener en cuenta, para juzgar la gravedad del delito cometido, las funciones de juez ya que estas son elementos constitutivos del ilícito mencionado pues solo pueden cometerlo los funcionarios públicos, esto es, personas encargadas de ejercer funciones a nombre del Estado.

Agrega que no es de recibo hablar, dentro del nuevo Código Penal, de peligrosidad, ya que este estatuto penal prescindió de esta clase de consideraciones y se orientó por un criterio culpabilista.

El ministerio público, representado en la presente instancia por el procurador primero delegado penal, solicita que se confirme la providencia apelada por estimar que, dadas las características del hecho que se juzga, este reviste especial gravedad y que, por consiguiente, no se cumplen las condiciones que para la obtención de la libertad provisional, con base en la condicional, establece la ley.

Refiriéndose al memorial del apoderado y, específicamente a la parte de este en que se critica que el Tribunal haya considerado peligroso a su representado por el hecho de haber delinquido siendo funcionario público, dice la Procuraduría que “no es que el cargo denote peligrosidad, conforme a la crítica del recurrente, lo que acontece es que ciertos sujetos acusan una mayor insensibilidad social y denotan carencia de frenos morales cuando delinquen amparados en la función que ostentan.

Tampoco es verdad que cuando la calidad de funcionario sea elemento del tipo, deba hacerse caso omiso de esta circunstancia

para estudiar la peligrosidad del agente, pues en el desviado ejercicio de una función pública pueden cometerse delitos graves y delitos leves.

Consideraciones de la Corte

Dos son los principales argumentos que el apoderado expone para fundamentar la solicitud que se conceda a su patrocinado el beneficio de que se viene haciendo mención: el primero de ellos, es el de que no puede tomarse como base para negar la libertad condicional, y, por ende, la provisional, la consideración de que se trata de un delito grave por la calidad del sujeto activo, ya que siempre en esta clase de ilícitos contra la administración pública, el agente tiene a su cargo una función encomendada a él por el Estado y entonces ninguno de los autores de tales infracciones podría gozar nunca de libertad anticipada.

El segundo argumento es la orientación del nuevo Código Penal que ha prescindido, a su entender, del concepto de peligrosidad por lo cual no es posible mencionarlo para agravar la situación del inculcado negándole el beneficio que solicita.

Al primero de esos planteamientos hay que responder que si bien todos los delitos contra la administración pública tienen como característica común constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros.

En efecto, no solo existen deberes más poderosos y funciones más delicadas en unos empleados oficiales que en otros en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dilatada y profunda influencia en las relaciones oficiales, sino que, aun considerando empleados de la misma categoría pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados.

Ciertamente los empleados oficiales tienen por misión primordial representar a

la administración pública, expresar la voluntad de esta, comprometer jurídicamente al Estado lo cual deben hacer con dignidad, desinterés, probidad, competencia, fidelidad y decoro.

Pero en el ejercicio de determinadas funciones su actuación debe revestir, en el más alto grado, esas calidades por ser de tal manera importantes para la sociedad los intereses puestos en manos de ellos, que su lesión por parte del funcionario incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad.

Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es esta, sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares.

Entonces el juez debe mostrarse como el inmovible guardián de los mismos, digno, por ello, de la confianza de todos.

"En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el juez sino el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para conmover los corazones?" (FRANCO ANTONIO CUSIMANO, *Il problema della giustizia del rapporto processuale*).

Nuestro país está siendo flagelado en estos momentos por uno de los peores males que pueden azotar nación alguna: el tráfico de estupefacientes. A la justicia se ha encomendado parte importante en la lucha contra él, cual es la de sancionar a quienes lo ejercen.

El juez que traicione ese deber comete un delito cuya gravedad es mucho mayor que la de cualquier otro acto ilícito contra la administración pública. De ahí por qué no solo su condición de funcionario público es la que debe tenerse en cuenta sino la calidad del acto por él ejecutado dentro de la función que le es propia.

Esto hace que a quienes violan de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la administración pública (entendida en sentido lato) pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de sus cargos.

En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desparecido del nuevo Código Penal, hay que decir que eso no es cierto. En verdad el Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal "*tot culpa, tot pena*" dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intención y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, hay en cada acto.

Pero eso no quiere decir que se haya perdido de vista la personalidad del delincuente. Varias de las disposiciones del nuevo estatuto de las penas hacen expresa mención de ella, entre otras la referente a la libertad condicional (C. P., art. 72) y quien dice "personalidad" dice capacidad de delinquir y, por lo tanto, peligrosidad.

La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho, es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad, es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra.

Así, pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efectos de la medi-

ción de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el art. 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como los motivos del acto (numeral primero) la insensibilidad moral del delincuente (numeral segundo), la conducta que indica una mayor perversidad (numeral decimotercero).

Lo que pasa es que ya no se sanciona solo por la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaban el delito imposible y la reincidencia, sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la consciencia y voluntad de su conducta.

Teniendo esto en cuenta y en estrecho enlace con la consideración anterior, es preciso concluir que quien estando sujeto a deberes imperiosos de la mayor importancia dentro del Estado, encomendados a él para la defensa de la sociedad, los viola en forma deliberada y grave tiene una personalidad no sujeta a frenos morales y que constituye un peligro para la colectividad en que vive.

Estas reflexiones son legítimas y pertinentes en el caso de autos y llevan a negar, como lo ha hecho el tribunal, la libertad a quien ha obrado dentro de las circunstancias en que lo hizo el peticionario.

PROVIDENCIA DE 10 DE MARZO DE 1981

Ponente, doctor ALFONSO REYES ECHANDÍA

VISTOS:

El procesado NN, condenado a la pena principal de treinta y seis (36) meses de presidio como responsable de circulación de moneda falsa, solicita le sea concedida la libertad provisional a que cree tener derecho por cuanto, en reclusión, ha cumplido más de las dos terceras partes de la sanción y el consejo de disciplina del establecimiento carcelario respectivo ha certificado su buena conducta en él. El peticionario invoca el ord. 6º del art. 7º de la ley 17 de 1975, en armonía con el art. 72 del estatuto penal vigente.

El procurador segundo delegado en lo penal encuentra admisible la solicitud, porque NN "se encuentra privado de la libertad desde hace más de 26 meses, tiempo que supera las 2/3 partes de la pena" y "se hace acreedor a la rebaja para la libertad condicional, en atención a sus buenos antecedentes, a la conducta observada en el establecimiento carcelario donde se encuentra recluso y a la poca gravedad del hecho cometido".

CONSIDERANDOS:

1) Comoquiera que la libertad provisional solicitada con fundamento en el num. 6º

del art. 453 del C. de P. P. está supeditada al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgar libertad condicional, necesario es examinar en cada caso si el procesado sería merecedor de este beneficio.

2) Conforme el art. 72 del nuevo Código Penal y a sus concordantes normas procedimentales, podrá concederse libertad condicional cumplidos los siguientes presupuestos:

a) Que el procesado haya sido condenado a pena de arresto mayor de tres años, o de prisión que exceda de dos;

b) Que haya descontado las dos terceras partes de la condena; como parte cumplida de la pena tiénese en cuenta la conversión por trabajo y estudio en las condiciones y con los requisitos señalados en la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario (decr. 2119 de 1977);

c) Que el director del respectivo establecimiento carcelario, de acuerdo con el consejo de disciplina, emita resolución favorable a la libertad condicional;

d) Que el agente del ministerio público rinda concepto favorable a la pretensión del procesado; y

e) Que "la personalidad del condenado, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundamentamente su readaptación social".

3) Este último requisito, dadas su complejidad e importancia, merece algunas consideraciones. El exige del funcionario judicial un diagnóstico y un pronóstico; aquel apunta al examen objetivo de tres cuestiones, a saber: la personalidad del condenado, su comportamiento en los establecimientos en donde ha descontado la pena y sus antecedentes personales, familiares y sociales; este, fundado en la demostración de los supuestos precedentes, es un juicio de valor que el funcionario judicial emite sobre la readaptación social del condenado, y por ende, sobre su buena conducta futura.

La comprobación del comportamiento asumido por el condenado durante todo el período de privación de su libertad hasta la fecha en que solicita su libertad condicional y la de sus antecedentes, será ofrecida, aquella por las direcciones de los lugares

donde ha estado recluso y esta, por el mismo proceso o por el propio condenado. Cuanto a su personalidad, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con el auxilio de técnicas psicológicas —entrevistas, *tests* proyectivos— y la intervención de personal especializado; desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación; entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al procesado y al directo contacto con este; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa. Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquel es ciertamente complejo, este reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que ha de emitirse; lo que solo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados.

4) La decisión judicial sobre reconocimiento de libertad condicional y, por esta vía de la llamada excarcelación provisional, no depende, entonces, de genéricos enunciados sobre la mayor o menor gravedad del delito cometido, ni de un ambiguo etiquetamiento que como sujeto peligroso se le endilga al condenado, ni del objetivo número de delitos que haya cometido, ni de la pluralidad de reseñas policiales que le aparezcan, sino del concreto examen que en cada caso ha de hacerse del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para otorgarla y, particularmente, del que dice relación al examen de su personalidad, de sus antecedentes personales, familiares y sociales y de su comportamiento durante el período de privación de su libertad, con base en los cuales el funcionario judicial competente ha de suponer con fundamentos racionales que se ha producido la readaptación social del procesado.

Si el juez no dispone de estos elementos de juicio para decidir, debe mantenerse el *statu quo* jurídico que afecta al procesado.

5) En el presente caso tiénense los siguientes datos:

a) El procesado NN... ha descontado cerca de 27 meses de la pena que le fue impuesta (36 meses de presidio);

b) Durante el tiempo de reclusión en la Cárcel Modelo de Bogotá su conducta ha sido buena como lo certifica el consejo de disciplina de dicho centro penitenciario;

c) No le aparecen sindicaciones por delitos precedentes (fls. 96 y 104);

d) Declaraciones testimoniales dan fe de su buen comportamiento social y de actividades laborales lícitas durante período anterior al de la comisión del delito por el cual se le condenó (fls. 84 y 90);

e) Los jueces de primera y segunda instancia le impusieron pena mínima por considerar que se trata de un delincuente primario, con buenos antecedentes y porque no concurrió en el hecho punible circunstancia "de mayor peligrosidad"; y

f) Su indagatoria lo muestra como persona joven, casada, sin hijos, con domicilio y profesión conocidos en la población de Villeta (fl. 17).

La información precedente permite concluir que el procesado ha cumplido más de las dos terceras partes de la pena que se le impuso —sin tener en cuenta la que habría descontado por trabajo legalmente reconocido— y la totalidad de ella si se enjuicia su conducta a la luz del nuevo Código Penal en cuanto su art. 208 la sanciona con pena mínima de un año de prisión. Por lo que respecta a los demás aspectos de su personalidad, a su comportamiento en la Cárcel Modelo y a las características del delito cometido, de su examen conjunto es posible colegir su readaptación social.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, resuelve:

Conceder libertad provisional a NN..., mediante caución prendaria de cien pesos (\$ 100.00) m/cte., y diligencia de compromiso en los términos del art. 460 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.