

# **SALVAMENTO DE VOTO**

**(Tribunal Superior)**

*Octavio Restrepo Yepes, Magistrado*

*Profesor de Derecho Penal Especial U. P. B.*

## VI S T O S :

El Dr. X. X., ha solicitado a esta Sala se sirva conceder el beneficio de excarcelación caucionada a su defendido N. N., apoyado en el numeral 5º del artículo 453 del C. de Procedimiento Penal.

Con fecha trece de abril pasado se confirmó el auto vocatorio a juicio proferido contra el señor N. N. por el señor Juez Penal del Circuito de Santo Domingo como violador del artículo 7º del Decreto 522 de 1971 y, dentro de los términos de la ejecutoria de la providencia del Tribunal, el señor defensor formuló el pedimento ya nombrado.

## SE CONSIDERA:

El artículo 41 del estatuto procedimental contempla como penas principales el presidio, la prisión, el arresto, el confinamiento y la multa, y el artículo 42 ibídem enumera como penas accesorias, CUANDO NO SE ESTABLEZCAN COMO PRINCIPALES, la prohibición de residir en determinado lugar, la publicación especial de la sentencia, la interdicción de derechos y funciones públicas, la prohibición o suspensión del ejercicio de un arte u oficio, la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, la caución de buena conducta, la relegación a colonias agrícolas penales, la pérdida o suspensión de la patria potestad y la expulsión del territorio nacional para extranjeros.

No será del caso traer a colación las reformas que esta disposición ha sufrido de conformidad con la ley 16 de 1969, pues que para el caso no tienen ninguna importancia.

Nuestra legislación penal tradicionalmente ha contemplado la relegación a colonia agrícola penal como una pena accesoria y sólo en casos de especial gravedad, tales como las de la reiteración de comportamientos delictivos dentro de las condiciones especialmente contempladas en el artículo 34 del Código Penal, o la realización de los mismos dentro de la circunstancialidad del artículo 29 de la misma obra, ha sometido al reo a la aplicación de tales sanciones.

Por ello, al legislar sobre el subrogado penal de la condena condicional, sólo se refirió a las penas de prisión y de arresto ya que la relegación a colonia agrícola penal venía a ser como una especie de complemento de la pena principal, habida cuenta de la especial pe-

ligrosidad del agente activo del delito, dentro del evento del artículo 34 y una medida de readaptación social o de defensa dentro de las previsiones del artículo 29.

Sólo a partir de mil novecientos treinta y seis se empezó a legislar en el país, al margen del estatuto penal, sobre ciertas formas, comportamientos, estados o conductas que llevaban ínsito, independientemente de un actuar típicamente delictivo, cierto grado de peligrosidad social, y a tales comportamientos vino a aplicársele como sanción la relegación a colonias agrícolas penales como pena principal.

Muchas modificaciones sufrió el mencionado estatuto, hasta que vino a desembocarse en la expedición del decreto extraordinario 0014 de 1955, por medio del cual se dictaron disposiciones sobre prevención social.

Mas, como al decir del Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, tal decreto constituía “una manifestación profundamente equivocada y errónea sobre la manera de prevenir la delincuencia como base en los impropriamente llamados “estados de especial peligrosidad”, se nombró una comisión integrada por el connotado tratadista ya citado y por los doctores Rodrigo Noguera, Bernardo Gaitán M. y Gustavo Orjuela Hidalgo, la cual elaboró un estatuto sobre “las conductas antisociales” que vino a adoptarse en virtud del Decreto N° 1699 de 1964 con base en las autorizaciones conferidas por el Congreso por medio de la Ley 27 de 1963.

Pero como desgraciadamente, nuestra legislación penal está resentida de improvisaciones, de inmadurez y de pruritos innovadores, a poco el decreto últimamente mencionado, vino a quedar derogado en su totalidad por el 1118 de 1970 “por el cual se expide el estatuto de contravenciones”.

Pero si como todos estos cambios fueran parvos para tan escaso tiempo, para tan grave materia y para tanto afán de renovación, seguiamente se expidió un nuevo estatuto que derogó este último, y es el que actualmente se aplica bajo el número 522 de 1971.

Esta nueva legislación abandona las antiguas formas de “los especiales estados de peligrosidad”, de las “conductas antisociales”, y denomina las conductas sancionables allí mencionadas con el nombre de contravenciones de policía y especiales de policía, adicionando el

Decreto 1355 de 1970 con esta última, convierte en delitos ciertas conductas, consideradas anteriormente como contravenciones y restablece la vigencia de algunos artículos del C. Penal.

Precisamente fue el Decreto 522 de 1971 el que erigió en delito la conducta que ha dado lugar al llamamiento el juicio de que ya se ha hecho mérito en la presente providencia.

No por ser fruto de tan amplia evolución, de tantos ensayos, de tan variadas rectificaciones y malogrados afanes, se puede decir que sea un modelo de perfección, y que con el citado estatuto culmina un proceso de depuración legislativa, de sabia acumulación de experiencias y de feliz hallazgo de fórmulas que permitan encarar con adecuación, depurada técnica e innegable eficacia la desbordada ola de delincuencia que nos azota, rescatar las juventudes de las viciosas prácticas que la aquejan, prevenir el delito y sancionar adecuadamente los delitos y las contravenciones. Porque tal Decreto, además de que parte de supuestos falsos en lo que a régimen carcelario se refiere, pues que todavía se ordena al juez a condenar a relegación a colonias agrícolas penales inexistentes, se hace tal mixtura de sanciones, que las accesorias pasan a la categoría de principales, el arresto se aplica a comportamientos de la misma naturaleza de los que se sancionan con colonia penal y finalmente se crean ciertas figuras innominadas de delitos, resentidos de vaguedad, de imprecisión, de vacíos y de manifiestas impropiedades, no sólo en cuanto a su tipicidad, sino a su estructura dentro de una sociedad que, antes de crear, amplía y estimular los medios preventivos, se va excediendo paradójicamente en medidas represivas que, si necesarios dentro de todo grupo social, no son en los tiempos que corren, y dentro de la precariedad de nuestros medios carcelarios, los modos más idóneos para cumplir cabalmente los preceptos de la defensa social y mucho menos para tomar al que ha claudicado para rescatarlo y reintegrarlo con dignidad al seno de la comunidad.

Se ha dicho, y en muy altas esferas, que el juez nada tiene que ver cómo se realicen las funciones de prevención y de represión de los delitos y de las contravenciones, porque esa es tarea de otras potestades. Y esto que es una verdad, tomada dentro de un ámbito estrictamente jurídico, puede conducir a aberraciones que, por tocar muy íntimamente con los fueros de la persona humana, cuyo cuidado y defensa fue confiado por igual constitucionalmente a todas las autoridades de la república, no puede ser cosa absolutamente indiferente a los jueces, así su función se realice dentro de ámbitos meticu-

losa y rígidamente señalados, porque la justicia es un valor universal y no puede por tanto aplicarse por el sistema de las competencias parciales y especializadas, sino con un criterio que trascienda tales limitaciones.

#### DE LA CONDUCTA JUZGADA:

La Sala estimó que N. N., había violado el artículo 7º del Decreto 522 de 1971 y, con base en ello confirmó el auto de llamamiento a juicio que le había hecho el señor Juez Penal del Circuito de Santo Domingo.

Tal delito está sancionado con relegación a colonia agrícola, de uno a tres años, como penal principal.

Precisamente en este fenómeno de conversión de lo accesorio en principal ha tomado pie el señor defensor para plantear su tesis en el sentido de que, no empece a que el artículo 80 del Código Penal no contempla los delitos sancionados con relegación a colonia agrícola como susceptible del subrogado penal de la condena condicional, hay necesariamente que atender a la naturaleza de tal pena para hallarle adecuada ubicación dentro del proceso mencionado.

Tomando como criterio que el subrogado dicho se refiere a penas de corta duración y a ilicitudes de menor gravedad y, haciendo un escalafón desde el punto de vista de los contenidos intrínsecos de las distintas sanciones, el señor defensor ha concluido que si la prisión que es pena de más categoría que la relegación a colonia agrícola, permite la condena condicional, a fortiori esta última debe y puede incluirse, sin violentar la ley, dentro de la estructura del artículo 80 del Código Penal.

El tema, es ciertamente, de gran complejidad, y habrá qué tratarlo con el natural temor de incurrir en yerros, pero con la decisión de quienes, en modo alguno, pueden eludir tan graves compromisos. No será necesario acudir a amplias lucubraciones para aceptar que la relegación a colonia agrícola es evidentemente una sanción de inferior categoría a la de prisión, pues que ésta fue establecida, entre cosas, para sancionar los delitos de índole natural y legal y, en cambio, las penas accesorias, y entre ellas la relegación a colonia agrícola, figuran como simples complementos de penas (artículo 34 del Código Penal) o como medidas de seguridad (arts. 29 y 61 *ibidem*).

Tomada, pues, tal sanción como una medida de orden complementario o accesorio, es lógico concluir que es de menor categoría que las de presidio y prisión, que no sólo superan a ésta en sustancia, sino que en todos los casos tienen el carácter de principales.

El hecho de que el legislador, al señalar las penas accesorias las califica como tales, **SIEMPRE QUE NO SE ESTABLEZCAN COMO PRINCIPALES**, no resta mérito la argumentación anterior sino que, por contraria manera, lo refuerza en forma innegable, pues que, al considerarlas con un criterio de excepción, está poniendo de manifiesto que son inferiores en jerarquía, naturaleza y gravedad.

La estructura del Código Penal está fundamentalmente montada sobre medidas sancionatorias que corresponden al presidio, la prisión y el arresto y sólo para infracciones de menor daño están contempladas sanciones de multa y pérdida del empleo. Lo anterior quiere decir que dentro del régimen sancionatorio juegan papel primordial las aludidas penas y que las accesorias por su especial estructura, por su índole complementaria, por su misma dicotomía, pues en el caso de la relegación a colonia agrícola, unas veces es pena accesoria y otras, una medida de seguridad, y por los mismos fines a que están aplicadas, se realizan en forma que pudiera denominarse secundaria y a veces potestativa, conforme al artículo 12 de la Ley 16 de 1969.

El decreto 522 de 1971 ha establecido como pena principal la relegación a colonia agrícola, y ha convertido en delitos los que anteriormente eran estados de especial peligrosidad, conductas antisociales, contravenciones, pues de tanta maneras se les ha llamado.

El simple hecho de que haya tanta vacilación sobre la naturaleza de ciertos comportamientos, que continuamente se esté variando su estructura, se les está colocando ya en la antesala del delito, ya dentro de su fenomenología, está indicando en forma cierta el carácter artificioso, marcadamente artificioso, de ciertas conductas, y ello habrá de servir de criterio para señalar su menor daño, por lo menos en el ámbito jurídico.

Y se hace esta afirmación en forma restringida, porque es incuestionable que la ilicitud de autos afecta en forma notoria la sociedad. Mas no por ello se ve la razón atendible para que, de una forma simplemente predictual que era, o de una contravención, se le eleve a la categoría de delito, cuando precisamente lo que se imponía

frente al consumo, la venta, la distribución, el porte, el auspicio y el cultivo de la marihuana, eran las llamadas medidas de profilaxia social y no la ignominiosa severidad de los ergástulos.

Dura Lex sed lex, es aforismo que desde la antigüedad viene paliando las durezas en la aplicación de la norma jurídica. Sin embargo, la conciencia de los jueces se ha revelado contra la inflexibilidad de ciertos ordenamientos jurídicos y los ha humanizado, interpretándolos con adecuación y depurada sindéresis.

Casos varios podrían citarse en nuestra vida jurídica en los que el buen juicio de juzgadores y tratadistas han suplido las deficiencias de la norma, para humanizarla y ajustarla a ciertos principios rectores del derecho. Véase sino cómo el profesor Luis Eduardo Mesa Velásquez, en su obra DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL Y DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, al referirse al artículo 369 del Código Penal, que contempla el delito de infanticidio, expresa que “la disposición no menciona al cónyuge, esto es, al marido que realizare el hecho para evitar el deshonor de su mujer, caso que bien puede ocurrir y que ha debido prever el artículo. El proyecto de la Comisión Redactora del Código, comprendía al marido entre las personas que podían incurrir en esta figura degradada de homicidio, y se ignora el por qué no se incluyó en el artículo 369. La omisión se hace más notoria si se repara que en los delitos de aborto y abandono de niños, por el móvil de honor, infracciones muy afines al infanticidio, se comprende al cónyuge entre los sujetos activos (arts. 389 y 395). En otras legislaciones, como la Argentina, se enumera el marido entre las personas que pueden ser favorecidas con la atenuación en el homicidio de que se trata”.

También con relación al artículo 350 del C. Penal se presentaron serias discrepancias por razón de un adjetivo, pues donde el legislador debió usar el término “menor” se había usado el término “mayor”. Sobre este particular anota el profesor Antonio Vicente Arenas, en su obra COMENTARIOS AL CODIGO PENAL COLOMBIANO, que “cuando en el ejercicio de la judicatura se nos presentó la oportunidad de dar aplicación a este artículo, lo encontramos tan reñido con la doctrina, que resolvimos indagar su origen. Nuestra primera impresión fue la de que se trataba de un error tipográfico, porque donde la ley decía MENOR se había publicado MAYOR, y con este convencimiento nos dirigimos al Ministro de Gobierno para solicitarle que el código, o al menos esa disposición, fuera publicada

de nuevo en el periódico oficial, por haber sido promulgada con un error esencial. Con posterioridad a nuestra solicitud se vino a saber que no se trataba de un erro tipográfico, sino que el Gobierno, fundado en la autorización del Congreso para corregir la redacción y enmendar FALTAS DE ARMONIA, había cambiado sustancialmente la disposición al adoptar el texto definitivo”.

Esto no obstante nuestra Corte Suprema de Justicia, con ponencia del señor Magistrado Humberto Barrera Domínguez, desestimó el tenor literal del artículo 350 y se acogió a la locución MENOR porque, “no hacerlo así, sería consagrar la impunidad del delito de Rapto impropio en los casos en que la mujer sea mayor de catorce años y menor de diez y seis, a cambio de reprimir los eventos en que la víctima tenga una edad superior a los diez y seis años, lo cual resulta ciertamente absurdo” (Gaceta Judicial N° 2283 bis, Tomo XCVIII de 1966).

Se han citado estos dos casos para demostrar cómo, dentro de la vida jurídica la letra del Código ha tenido que ser desestimada con los muy sanos propósitos de no enclaustrar la justicia dentro de la casuística o las restricciones semánticas.

No resultaría fuera de lugar, sino algo muy propio, ya que de cuestión tan importante se trata, traer en apoyo del asunto debatido lo que sobre la equidad expresa Aristóteles en su MORAL A NICOMACO. Argumentando sobre la identidad entre la equidad y la justicia, se expresa de esta guisa: “Y así el hombre equitativo, que es mejor que el justo en una circunstancia dada, es justo igualmente y no es porque sea de otro género que lo justo sea mejor en el caso dado. Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, NO ES LO JUSTO LEGAL; LO JUSTO SEGUN LA LEY; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque esta es precisamente la con-

dición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviere presente, es decir, haciendo la ley como él la hubiera hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Por lo tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor al parecer que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado a causa de la forma de que se ha servido”.

No va a pretender la Sala, apoyada en la sabia doctrina del estagirita, legislar por su cuenta y riesgo. Pero sí encuentra en tan encumbrada doctrina un criterio de aplicación de la ley que realice, dentro de más amplios espectros, los propósitos del legislador y acomode el caso contemplado no sólo dentro del marco de lo justo y de lo equitativo, sino dentro del espíritu mismo de una legislación que, como la nuestra, ha dejado de ser una estructura rígidamente legalista, al asimilar doctrinas que, además de la concepción jurídica del delito, tiene una concepción humana del mismo, propiciando más amplios desarrollos dentro del análisis de los fenómenos jurídicos y de los particulares comportamientos, y permitiendo además, que se realicen, sin contrariarla en su espíritu, las saludables exigencias de la equidad.

Siendo la condena condicional un subrogado que se aplica a quienes han observado buena conducta y sobre los cuales ha recaído una sentencia que les aplica penas de corta duración, precisamente por por la menor gravedad del delito, apenas es natural concluir con quienes se han ocupado a espacio de esta cuestión, que tal medida tiende a sustraer de los efectos perniciosos de la reclusión carcelaria a personas que, con la simple amenaza de hacerle efectiva una pena frente a la reiteración de comportamientos delictivos, se inhiben de todo acto contrario a derecho.

Enfocado el problema desde este punto de vista, hay que convenir que los delitos estructurados en el Decreto 522 de 1971 con relación a la marihuana, drogas estupefacientes o alucinógenos, opio, cocaína, etc., sancionados unos con relegación a colonia agrícola y

otros con arresto, son ilícitos de menor entidad, pues que la misma naturaleza y duración de las penas así lo están indicando.

Estima pues, la Sala, que sin embargo de que en el artículo 80 del C. Penal no está contemplada la relegación a colonia agrícola como una de las sanciones que permiten la aplicación del subrogado de la condena condicional, puede ésta extenderse a ella, sin que tal actividad implique violación de tal norma sino una simple adecuación de las circunstancias que ya se han analizado.

En el caso del procesado N. N. se reúnen las condiciones que puntualiza el artículo 80 del C. Penal y por ello resulta viable la solicitud de libertad provisional que ha formulado el señor defensor con apoyo en el artículo 453 numeral 5º del C. de Procedimiento Penal.

Con apoyo en las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Medellín, Sala de Decisión Penal, oído el concepto de su señor colaborador fiscal, CONCEDE AL PROCESADO N. N., el beneficio de libertad provisional mediante caución prendaria de quinientos pesos.

NOTA: El presente proyecto fue presentado a la consideración de los señores Magistrados componentes de la Sala y, como fuera rechazado, en virtud de razones respetables pero que el suscrito Magistrado no comparte, lo presenta como SALVAMENTO DE VOTO.