

Proceso N° 15610

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado ponente:

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

Aprobado acta No. 143.

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil uno (2001).

La Sala se pronuncia sobre la solicitud de sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria presentada por el defensor del sentenciado, señor LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR.

ANTECEDENTES

1. En sentencia de veintiséis (26) de octubre de dos mil (2000), la Corte condenó al señor LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR a la pena principal de cuarenta y dos (42) meses de prisión, como determinador penalmente responsable del delito de constreñimiento al elector.

El sentenciado cumple actualmente la pena privativa de la libertad en las instalaciones del Batallón de artillería No. 2 “La Popa” con sede en Valledupar, que como centro de reclusión fue asignado por el Instituto nacional penitenciario y carcelario (fl. 82, c.o. 3).

2. A través de apoderado especialmente designado para ello, LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR postula la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria,

invocando al efecto lo dispuesto en el artículo 38 del código penal.

El libelista afirma que el sentenciado satisface a cabalidad los presupuestos señalados en esa norma, ya que, de una parte, la conducta punible por la cual fue condenado tiene señalada una pena privativa de la libertad inferior en su mínimo a cinco (5) años; y, de otra, nada hace pensar que colocará en peligro a la comunidad o evadirá el cumplimiento de la sanción.

En relación con este último aspecto, el peticionario hace un análisis de los presupuestos requeridos para el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y detención domiciliaria, a partir de criterios jurisprudenciales de la Corte constitucional y esta Sala, para sostener que los conceptos tradicionales sobre la libertad han ido cambiando, aparte que el desconocimiento de la detención domiciliaria podría eventualmente vulnerar los derechos fundamentales a la libertad y dignidad humana.

Agrega que cuando el artículo 38 del código penal “le exige al juzgador deducción seria, fundada y motivada es una valoración que debe realizarse teniendo en cuenta la certeza y ésta según el tratadista patrio Dr. Jairo Parra Quijano al comentar el artículo 247 del anterior C. de P.P., se finca en lo siguiente: ‘El Código se alinea en la certeza objetiva, es decir, que se debe explicar el fundamento de la misma...’..”.

En ese orden de ideas, y apoyado en documentos que anexa a la petición, el libelista sostiene que el condenado GNECCO CERCHAR sufre de quebrantos de salud; fue declarado objetivo militar, y soportó un atentado y la destrucción de bienes de su propiedad, por parte del E.L.N.; es un hombre público; ha cumplido a cabalidad hasta el momento con la ejecución de la sentencia; su buena conducta anterior y personalidad en general se encuentran avaladas por declaraciones de prestantes personalidades del departamento del Cesar rendidas ante notario, entre las que incluye a magistrados, miembros de la

fuerza pública, y religiosos.

Todo lo anterior en orden a demostrar que el condenado, por su desempeño personal, familiar, laboral y social, no representa ningún peligro para la comunidad, y no evadirá el cumplimiento de la pena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 34 del nuevo código penal (ley 599 de 2000) distingue entre penas principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

De conformidad con el artículo 35 ibídem, la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y demás privativas de otros derechos que como tal se consagran en la parte especial, son penas principales.

Mientras el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido, es sustitutivo de la multa; la prisión domiciliaria tiene ese mismo carácter respecto de la pena principal de prisión, tal como lo previene el artículo 36 ibídem.

Independientemente de ese carácter sustitutivo, la prisión domiciliaria consagra marcadas diferencias con el régimen intramural de privación de la libertad: si bien una y otro constituyen un límite al derecho fundamental de locomoción de los privados de la libertad, la prisión contempla una mayor injerencia de la autoridad pública (carcelaria) en el ámbito personal del condenado. La existencia de reglamento interno (artículo 53 de la ley 65 de 1993), la obligatoriedad del trabajo (artículo 79), la regulación de las comunicaciones y visitas (artículos 11 y 112), el procedimiento disciplinario (artículo 116 y ss), el aislamiento como medida preventiva (artículo 126), entre otros, constituyen régimen que en la práctica diferencian las condiciones de ejecución de la sanción en el establecimiento carcelario, frente a la autonomía de

que goza en este campo quien cumple la pena en su domicilio, al punto de comportar mayor laxitud en los controles que regulan la vida en prisión, y posibilitar al condenado la libertad de determinar aspectos relacionados con su cotidiana existencia.

En general, el instituto que consagra el artículo 38 reduce el efecto desocializador innegable que todo tipo de encierro conlleva, así como la trascendencia de la pena privativa de la libertad.

En esa medida, en cuanto la figura sustitutiva reduce significativamente el rigor propio de la prisión formal, dicha preceptiva consagrada en el nuevo código penal restringe el instituto a cierta clase de condenados, de quienes se espera el irrestricto acatamiento a los límites que la medida impone, en orden a precaver principalmente que éstos no colocarán en peligro a la comunidad.

Desde la misma discusión del proyecto del nuevo código penal se advirtió que el instituto debía aplicarse a aquellos casos que merecieran menor reproche y no significaran dejar desprotegida a la comunidad (Cfr. Gaceta del Congreso No. 189, agosto 6/98).

La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, previene el artículo 38, cuando concurren básicamente los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos;
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Este último presupuesto, obliga realizar un análisis objetivo sobre el entorno laboral,

personal, familiar o social del sentenciado, en orden a producir un diagnóstico-pronóstico sobre las condiciones en que se desenvolverá el condenado en caso de posibilitarse que la ejecución de la pena continúe en el lugar de su residencia.

El examen de las características familiares, personales, laborales y sociales del condenado, de cara a la medida, significa tener como norte las funciones de la pena, y las antinomias que entre ellas se presentan.

En esa materia el nuevo código penal adoptó en el artículo 4º una imbricación de las teorías de la unión (inciso 1º) y unificadora preventiva (inciso 2º). Las primeras buscan conciliar las teorías absolutas y relativas, teniendo aquéllas la retribución como fundamento, y éstas a la prevención.

Las teorías de la unión, en cuanto responden a una superposición de funciones que no guardan correspondencia -así ha sido dicho, la retribución resulta incompatible con los fines preventivos de la pena- no alcanzaría a comprender el fenómeno de la pena en su totalidad;

es a partir de este cuestionamiento que se ha impuesto la denominada por algunos teoría unificadora preventiva, de acuerdo con la cual el fin de la pena es la prevención general y especial, funciones que se complementan mutuamente, al considerar que las normas penales solo se justifican si protegen tanto la libertad individual como el orden social.

La prevención general básicamente corresponde a la conminación abstracta que a través de los tipos penales se hace, y la prevención especial a la fase de ejecución de la pena. En el momento que el funcionario judicial impone la sanción, operan ambas, particularmente en relación con la prevención general en orden a demostrar que la amenaza del mal que es la pena formulada en el proceso de tipificación, efectivamente se cumple.

La indemostrabilidad empírica de la prevención especial -con las medidas de seguridad de carácter socioterapéutico como bandera-, sin embargo, ha dado lugar a que la orientación se desplace a la llamada prevención general positiva, a la cual se atribuyen tres finalidades y efectos diversos, a saber: Un efecto didáctico (de motivación socio-pedagógico) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al derecho; un efecto de confianza, si el ciudadano ve que el derecho prevalece; y, finalmente, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor (lo que también podría denominarse “prevención de integración”).

Si bien sus rendimientos empíricos pueden ser discutidos al entrar en tensión con los límites propios de la prevención especial, son los de mayor grado de probabilidad en su realización, lo cual permite colocar en primer plano la idea de la prevención general positiva en la fase de ejecución de las penas, por encima de la prevención especial, sin que

desde luego deje de ser exigible la resolución de la antinomia que con ésta se plantea, entendiendo que esta última no puede desembocar en una visión del crimen como comportamiento deseable a efectos de resocializar una sociedad que se cataloga desajustada.

Todo lo anterior para sostener que, en un adecuado sistema de política criminal, habrá de optarse desde bases de razonabilidad por la prevalencia de una u otra de las funciones, resolviendo en cada caso las antinomias que entre ellas se presentan.

En esa medida, entonces, el pronóstico que debe realizarse en cada evento a partir de las condiciones laborales, personales, familiares o sociales del sentenciado, debe armonizar básicamente esas funciones de la pena, de tal manera que la definición del asunto responda a la idea según la cual, al tiempo que se propende por la

resocialización del sentenciado, no se impida la estabilización del ordenamiento jurídico por la sensación de desprotección e incertidumbre que una errada decisión generaría en la comunidad.

Con fundamento en lo anterior, y ya en el análisis concreto de la situación, no hay duda que el presupuesto objetivo señalado en la norma invocada se cumple en este caso, pues LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR fue condenado por delito cuya pena mínima es inferior a cinco años de prisión.

El pronóstico que se debe hacer teniendo como fundamento la conducta desarrollada por aquél, y por la cual fue condenado, sin embargo, no logra otorgar básicamente la certeza de que el procesado no colocará en peligro a la comunidad.

En efecto; la sentencia destaca que la conducta desplegada por el exgobernador socavó las bases mismas del sistema democrático que

nos rige, y fue de tal gravedad que no sólo comprometió la dignidad de su alta investidura como primer mandatario del departamento, sino que encontró realización a consecuencia del desbordamiento de poder que el cargo le otorgaba, pues con el torcido ejercicio de las funciones amenazó a los empleados subalternos para que adhirieran a la candidatura de su hermano, amenaza que se materializó desvinculándolos del empleo o desmejorándolos en sus condiciones laborales.

Desde una consideración de tipo general, ese comportamiento de la persona elegida por voto popular para regir los destinos del departamento, y de quien se esperaba que obrara al servicio de los intereses generales, desarrollando su función con fundamento en los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad, innegablemente causa el mayor desasosiego y conmoción entre los miembros de la comunidad, que impotentes observan cómo las personas llamadas a regir los destinos de la administración utilizan la dignidad pública para preservar intereses personales y familiares, o como en este

caso, restringir los espacios de libre juego democrático desde la posición de poder con que han sido ungidos.

Ningún servicio a los fines del derecho penal se presta, si pretextando la resocialización del condenado, se permite su regreso a la sede domiciliaria, así sea al restringido ambiente de su hogar, pues los asociados verían con asombro cómo resultaría premiado quien, no obstante haber sido elegido para servir a la comunidad, terminó poniendo la administración al servicio de intereses particulares.

Los fundamentos de la prevención general positiva, en esa medida, estarían siendo comprometidos en tal caso, pues conllevaría a la pérdida de confianza en el ordenamiento jurídico por parte de los miembros de la comunidad, y particularmente de la sociedad del

departamento para el cual fue elegido en el pasado como su gobernador.

Para responder a los argumentos de su apoderado, cabe afirmar que la buena conducta del condenado, declarada por prestantes personalidades; los numerosos cargos de elección desempeñados a lo largo de su carrera política; y su bien conformada familia, no fueron en su momento obstáculo para que el procesado cometiera los graves hechos por los cuales fue condenado.

No obstante, ha de anotarse que las declaraciones extraproceso de que se vale el libelista para demostrar el buen desempeño personal, familiar, laboral y social, no se consideran por la Corte, por no haber sido practicadas por el juez de ejecución de penas, en quien radica la competencia para recaudar pruebas en esta fase posterior a la ejecutoria de la sentencia condenatoria, tal como se establece de lo dispuesto en el artículo 51 de la ley 65 de 1993, en armonía con el artículo 469 del código de procedimiento penal.

De otra parte, el precario estado de salud por el que se afirma atraviesa el sentenciado y el hecho de haber sido declarado objetivo militar por un grupo al margen de la ley, no son motivos que puedan ser tenidos en cuenta de cara a la sustitución que se invoca.

Por lo demás, constituye una obligación de las autoridades penitenciarias, y en general de los organismos de seguridad y salud, prestarle al condenado los servicios que en ese orden demande mientras permanece privado de su libertad. Por lo mismo, la Corte enviará copia de esta providencia al Instituto nacional penitenciario y carcelario, para lo de su cargo, respecto de la inquietud que en ese sentido se plantea.

Para la Sala, en consecuencia, el diagnóstico que se hace a partir del comportamiento desarrollado por el sentenciado, por si solo suministra elementos valiosos que permiten concluir que LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR no satisface el segundo de los presupuestos que posibilitan la sustitución de la medida impuesta en el fallo.

En ese orden de ideas, la Corte despachará en forma desfavorable la solicitud que presente su apoderado, a quien se reconocerá personería en los términos del memorial poder.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE:

1. Tener al doctor GUILLERMO OLIVEROS VILLAR como apoderado del condenado LUCAS SEGUNDO GNECCO CERCHAR, en los términos y condiciones previstos en el memorial poder a él conferido.
2. Negar al sentenciado la prisión domiciliaria, que como sustitutiva de la pena de

prisión solicitó su apoderado, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL JORGE E. CORDOBA POVEDA

HERMAN GALAN CASTELLANOS CARLOS A. GALVEZ ARGOTE

JORGE A. GOMEZ GALLEGO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

No hay firma

ALVARO O. PEREZ PINZON NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria