

Proceso No 21734

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado Acta 024

Bogotá, D. C., .trece de abril de dos mil cinco

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 29 de mayo de 2.003, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga a través de la cual confirmó el fallo de primera instancia proveniente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira, dictado el 23 de abril del mismo año.

En la sentencia se confirmó la decisión de negar la prisión domiciliaria a LUIS ENRIQUE OLAYA OSPINA, condenado a 54 meses y 20 días de prisión e inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, en razón de haber sido encontrado responsable de un concurso de delitos de homicidio simple tentado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

1. HECHOS

El 5 de noviembre de 2.002 a eso de las 10:00 p.m., frente a la calle 37 No. 12-55 de

Palmira, una persona accionó una arma de fuego contra NESTOR FABIAN SOTO BERMUDEZ, causándole serias lesiones en su humanidad, catalogadas estas como mortales. Quien así obró, intentó huir del lugar, sin embargo, gracias a la reacción de un Grupo Especial Contra el Terrorismo de la Policía del Valle que pasaba por el sector, se logró la captura de quien había disparado, el cual respondió al nombre de LUIS ENRIQUE OLAYA.

1. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 6 de noviembre de 2.002 la Fiscalía 86 De Palmira abrió instrucción formal (Fol. 13 C-1).

1. El mismo día se indagó al procesado (Fol. 15 C-1).

1. El 7 del mes y año indicados avocó el conocimiento del asunto la Fiscalía 52 Seccional de dicha ciudad y le definió situación jurídica al día siguiente imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (Fol. 37 C-1).

1. El 30 de enero de 2.003, el procesado manifestó su intención de acogerse a sentencia anticipada (Fol. 117 C-1). El 7 de febrero de dicho año se adelantó la diligencia de formulación de cargos, aceptado su responsabilidad sobre la comisión del delito de homicidio simple en grado de tentativa en concurso simultáneo y heterogéneo con el

porte ilegal de arma de fuego para defensa personal (Fol. 127 C-1).

1. El 23 de abril de 2.003 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira, al cual le correspondió el conocimiento del asunto, profirió la condigna sentencia en los términos ya indicados, negándole la sustitución de la pena intramural por la prisión domiciliaria (Fol. 159 C-1).

1. Inconforme con esa negativa de sustitución, la defensa presentó recurso de apelación, el cual se desató por el Tribunal Superior de Buga confirmando el fallo de primera instancia (Fol. 191 C-1).

1. La defensa interpuso, entonces, recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el Tribunal. Presentada la demanda (Fol. 238 y s.s. C-3) la Corte la admitió y de la misma se ocupa en éste fallo.

3. LA DEMANDA

Se formuló por el abogado de confianza del procesado y contiene un solo cargo basado en la casual primera, cuerpo primero, del art. 207 C. de P.P.

Se acusa a la sentencia de segunda instancia de haber incurrido en violación directa de una norma de derecho sustancial entendiendo como tal “las sentencias (sic) 750 DEL (sic) 2002 y C- 184 del 4 de Marzo del 2.003” (Fol. 244 C-1), las cuales fueron interpretadas de manera errónea.

Para sustentar el cargo mencionó que el Tribunal se equivocó al considerar que como la Ley 750 no excluyó de la prohibición de la prisión domiciliaria las formas atenuadas del delito de homicidio, el juzgador no podía extender - la exclusión -, a la tentativa de homicidio. Tan es así que la Corte Constitucional en Sentencia C -184 /2.003 no expresó que los autores de homicidio tentado no eran “derechosos” (sic) a la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria.

Por lo tanto, mal hizo el Tribunal en negar lo que la ley no contempla como materia de denegación.

4. EL CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal, solicitó a la Corte no casar la sentencia y para ello argumentó en su concepto lo siguiente:

Si uno de los requisitos señalados por la Corte Constitucional para acceder al beneficio de la Ley 750 de 2.0021 no se cumple, entonces no procede la prisión domiciliaria ni el trabajo comunitario como medida sustitutiva de la pena de prisión.

La ley excluyó del beneficio el delito de homicidio. Al procesado se lo condenó por homicidio en grado de tentativa. El delito de “homicidio tentado”, a que se refiere el impugnante, no existe en puridad, por eso la norma no lo contempló así.

Lo cierto es que razones ajenas a la voluntad del procesado interrumpieron el curso causal de la conducta por él desplegada, pero eso no excluye su voluntad de matar.

No incurrió en error el Tribunal y por lo tanto solicitó a la Corporación no casar el fallo.

5. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Le asiste razón a la Procuradora delegada con respecto a la improsperidad del cargo

formulado por el casacionista, tal como se pasa a analizar:

La demanda contiene errores conceptuales, de digitación y hasta correcciones manuscritas que desdican de la pulcritud con que debería presentarse un escrito de tal naturaleza.

Ya en cuanto hace al cargo debe señalarse que las instancias se pronunciaron sobre este en debida forma. El problema central a resolverse es: ¿En el listado de delitos que trae el inciso 3 del art. 1 de la Ley 750 de 2.0022, para los cuales se excluye la aplicación de dicha normatividad, están incluidas las modalidades tentadas?

El interrogante debe responderse de manera positiva: En el listado de delitos que trae el inciso 3 del art. 1 de la Ley 750 de 2.0023, para los cuales se excluye la aplicación de dicha normatividad, sí están incluidas las modalidades tentadas.

Para sustentar esa posición la Sala procede a efectuar las siguientes precisiones:

a. Como bien lo señaló la Corte⁴, la teleología de la Ley 750 de 2.002 se encuentra no tanto en la posibilidad amplia de sustituirle a una persona la prisión intramuros por una prisión domiciliaria, sino en la obligación del Estado, por mandato constitucional (art. 44 Superior⁵), de proteger derechos fundamentales de menores de edad, los cuales ante la privación de la libertad de la madre o padre cabeza de familia en una cárcel, quedarían expuestos a la indefensión y a la ausencia de afecto, compañía y cuidado.

a. Pero para la aplicación de tan especial prerrogativa el legislador se encargó de precisar unos condicionamientos de carácter objetivo y otros subjetivos. En los primeros se

incluyó: la imposibilidad de aplicar la ley para autores de los delitos ya mencionados (entre ellos el homicidio) o para quienes registren antecedentes penales (salvo delitos culposos o políticos); y que se otorgue caución y se cumplan ciertas obligaciones. En los segundos, en cambio, se exigió que el desempeño personal, laboral, familiar o social del o la infractora permita determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo.

a. El homicidio, entonces, por su connotación aparece excluido de manera expresa en la norma, en consideración, sin lugar a dudas, a que vulnera el bien jurídico más esencial del ser humano: la vida.

a. El cargo que formula el actor resulta sofisticado, pues partiendo de la base de que la norma no distingue modalidades tentadas concluye que éstas no se encuentran excluidas de la aplicación de la ley. Bajo ese entendido se llegaría al absurdo de que como no se menciona de manera textual el homicidio agravado ni el secuestro extorsivo tales conductas tampoco estarían excluidas.

El legislador extendió las exclusiones hasta donde consideró razonable; por ejemplo – tal como lo destacó la segunda instancia –, aquel fue expreso en prever que los antecedentes penales por delitos culposos o políticos, no impedirían la sustitución, siempre que se llenen los demás requisitos.

a. El amplificador del tipo previsto en el art. 27 del C.P. lo único que permite es disminuir la pena en razón de que el resultado querido no se presenta por razones ajenas a la

voluntad del agente. Sin embargo, lo anterior no implica, en ningún momento, variar la estructura del delito. En otros términos: de igual manera debe tratarse como homicidio tanto una muerte causada por otro como el intento de matar mediante la ejecución de actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación.

a. La Corte Constitucional en el fallo citado por el libelista como “norma fundamental violada”, señaló en desarrollo de una interpretación histórica:

4.6.1. El primer elemento de diseño es la exclusión de este derecho a las mujeres que hayan cometido ciertos delitos. Se decidió que las mujeres que habían cometido las conductas más graves no deberían poder beneficiarse de la prisión domiciliaria. Así en la ponencia para primer debate en comisión en la Cámara de Representantes, el primero del trámite del Proyecto de Ley, se dijo lo siguiente:

“Con el presente proyecto de ley, se pretende ampliar los beneficios que la Ley 82 de 1993 concedió a la mujer cabeza de familia, sin embargo presentamos un pliego de modificaciones tales como:

1. En el artículo primero del proyecto no distingue en qué delitos la ejecución de la pena privativa de la libertad para las madres cabeza de familia, se cumple en su domicilio; lo anterior significa que una mujer que obre como autora o partícipe de delitos tales como secuestros, masacres, extorsión o desaparición forzada de personas, pueden cumplir su pena en su domicilio o residencia, contrariando la función preventiva y retributiva que cumple la pena, funciones expresamente reconocidas por la Corte Constitucional como propias de los fines que debe cumplir la pena en nuestro Estado.”⁶

En un primer momento se excluyó del derecho a las autoras y partícipes de los delitos de extorsión, secuestro, desaparición forzada y masacre. Finalmente se eliminó de

la norma “masacre”, y a los anteriores se sumaron genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos (artículo 1º, inciso 3; Ley 750 de 2002).⁷

De lo anterior se desprende que bajo ningún punto de vista pretendió el legislador dejar de excluir la aplicación de la ley en delitos tentados. Se aludió a los punibles allí previstos en forma global o genérica, y siendo así al intérprete no le es dable distinguir.

a. Sobre el tema la Sala, con ponencia de quien ahora funge en similar condición, había adelantado:

Siguiendo la misma postura puede decirse que, al igual que las circunstancias específicas que agravan la punibilidad, todas aquellas modalidades del comportamiento del procesado de la parte general que amplían la esfera de los tipos comunes de la parte especial, deben ser valoradas al momento de establecer el límite punitivo establecido para acceder a la prisión domiciliaria.

No sería equitativo que para tales efectos se tengan en cuenta exclusivamente las circunstancias agravantes específicas, pues al igual que éstas la complicidad, la tentativa, la ira e intenso dolor, entre otros dispositivos amplificadores, hacen parte de la figura delictiva, y no existe razón para ignorarlas al momento de entrar a considerar la posibilidad de sustituir la prisión intramuros por domiciliaria.

Además de lo anterior, no puede olvidarse que la prisión domiciliaria alude a la ejecución de la pena y ésta es una decisión que se ha tomado con la precisión de todas las circunstancias que rodean el hecho, razón de más para estimar que CUANDO LA NORMA HABLA DE CONDUCTA PUNIBLE NO EXCLUYE AQUELLAS MODALIDADES DEL

COMPORTAMIENTO QUE AMPLÍAN O REDUCEN EL ÁMBITO DE PUNIBILIDAD.⁸
(mayúsculas fuera de texto para destacar).

Es decir, tanto las circunstancias agravantes como los amplificadores del tipo hacen parte de éste, por lo que el no mencionarlas de manera directa no implica que estén excluidas.

a. Así que, en definitiva el homicidio como tal, en todas sus formas y siempre que implique privación de la libertad, excluye de plano la posibilidad de dar aplicación a la sustitución de la medida de aseguramiento o de la condena intramural por la detención o la prisión domiciliaria.

Luego, el cargo no tiene la virtud de resquebrajar la doble presunción de legalidad y acierto que acompaña a los fallos. Siendo así las cosas, la Corte no casará la sentencia.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto de la Procuraduría Segunda Delegada y acogiendo su parecer, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. NO CASAR la sentencia impugnada.
2. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

MARINA PULIDO DE BARÓN

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ HERMAN GALÁN CASTELLANOS

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO O. PÉREZ PINZÓN

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Permiso

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Que el delito no esté excluido expresamente; que no registre antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos; que sea mujer u hombre cabeza de familia; y que el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado permita determinar que no colocará en peligro a la comunidad o las personas a su cargo.

2 Art. 1.- La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (...) La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

3 Art. 1.- La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (...) La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos.

4 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de julio de 2.003, Radicado 17089, M.P. EDGAR LOMBANA TRUJILLO.”..la posibilidad de conceder la detención domiciliaria al padre cabeza de familia, no dimana de la pretendida igualdad de derechos con la mujer cabeza de familia, sino de la especial valoración de la situación de los niños, cuyo derecho superior podría prevalecer bajo ciertas circunstancias. La prisión domiciliaria para el hombre cabeza de familia no es un derecho suyo que derive de la aplicación de la Ley 750 de 2.002, sino el reconocimiento a un derecho superior de los niños”

5 Art. 44.- (...) La familia, al sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...). Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

6 Gaceta del Congreso N° 258 de 2001, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley 175 de 2001, Cámara. Ponentes: Nancy Patricia Gutiérrez C. y Jesús Ignacio García V.

7 CC., Sentencia C-184 del 4 de marzo de 2.003, M.P. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.

8 CSJ, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de septiembre de 2.004,
Radicado 19948, M.P. MAURO SOLARTE PORTILLA