

Proceso No 22497

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Aprobado: Acta No. 72

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto del dos mil cuatro (2004).

VISTOS

La Sala se pronuncia sobre el recurso de apelación propuesto por la doctora Ana Elvia Hernández Hernández contra la providencia por medio de la cual el Tribunal Superior de Bogotá le negó la sustitución de la detención intramuros, por la detención domiciliaria.

ANTECEDENTES

Mediante “Informe de Policía Judicial” del 30 de septiembre del 2003, Giovanni Gutiérrez Medina, Jefe de Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación, y el investigador César Correa Bonilla, pusieron en conocimiento de la Fiscalía Seccional que el señor Joselín Barrera Pinto se había hecho presente en esa dependencia para afirmar que en la fiscalía 328 seccional, a cargo de la doctora Ana Elvia Hernández Hernández, cursó un proceso en su contra, dentro del cual fue favorecido con preclusión de la investigación, y que, a raíz de esta determinación, servidores de esa entidad, a través de sus contactos, los abogados Jairo Gómez Santamaría y Miguel Hernández Oviedo, le

estaban exigiendo dinero por el beneficio logrado.

El fiscal 70 remitió copias de la actuación para que la fiscalía del Tribunal realizara las averiguaciones sobre la funcionaria aforada. Simultáneamente, en relación con los abogados, ordenó varias pruebas, entre ellas interceptaciones y grabaciones de los diálogos de quienes contactaran al ofendido, así como “diligencia de señalamiento en álbum fotográfico”.

Joselín Barrera Pinto fue escuchado en declaración el 3 de octubre del 2003. Dijo que los togados le habían pedido treinta millones de pesos para darle a la fiscal, con el fin de que decidiera a su favor. Reunió ocho millones que fueron entregados a los profesionales del derecho, quienes siguieron presionando por la suma restante. En los primeros días de agosto le mostraron el “borrador” de una resolución de preclusión.

Agregó que a finales de ese mes los abogados le informaron que como la funcionaria habría de ser trasladada, se había visto obligada a proferir la providencia y exigía el pago de la totalidad del dinero. Una noche comparecieron en dos vehículos, a uno de los cuales subió. Allí estaba la doctora Ana Elvia Hernández Hernández, quien le dijo que, temerosa de que los letrados la “tumbaran”, había acudido personalmente a cobrar lo adeudado. Parte de la conversación fue grabada por el testigo.

En la misma fecha, el fiscal seccional practicó diligencia de reconocimiento fotográfico sobre tres álbumes y el sistema de la planta de personal de la dirección seccional de fiscalías. Con la presencia del Ministerio Público, el señor Barrera Pinto señaló a la doctora Hernández Hernández.

Adelantada la investigación, el 30 de enero del 2004 la procesada fue acusada por el concurso de delitos de concusión y prevaricato por acción.

Llegado el expediente al Tribunal, se corrió el traslado del artículo 400 del Código

de Procedimiento Penal.

La doctora Ana Elvia Hernández Hernández solicitó que la detención preventiva le fuera sustituida por la domiciliaria, en los términos del artículo 1° de la Ley 750 del 2002.

Dijo ser viuda y madre cabeza de familia, tener tres hijas bajo su dependencia, una de ellas afectada de inmadurez psicológica e inteligencia limítrofe, y que no estaba en condiciones de adulterar la prueba, ya obrante en el proceso.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal negó el cambio. Afirmó que el requisito objetivo de la Ley 750 del 2002 estaba probado, más no así el subjetivo, porque los delitos imputados ocasionaban desdoro y desconfianza en la administración de justicia, al advertirse que la persona a quien le fue confiada esa labor había sacrificado la probidad y transparencia para satisfacer sus malsanos intereses materiales.

Así, se podía pronosticar que la comunidad estaría en peligro al ser levantada su detención preventiva.

EL RECURSO

La doctora Ana Elvia Hernández Hernández afirmó que el A quo fue insensible y desconoció el verdadero espíritu de la Constitución y de la Ley 750 del 2002.

Dijo que no se podían dejar de lado sus 30 años de servicio a la justicia, sin antecedente alguno, y dar por sentada su responsabilidad –como hizo el Tribunal-, con detrimento de su presunción de inocencia, porque no existía sentencia condenatoria, además de que se basó en el criterio proscrito de la peligrosidad.

Transcribió apartes del fallo por medio del cual la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 750 del 2002 e insistió en lo vital que resultaba para la humanidad la protección de las madres cabeza de familia, para no dejar desamparados hijos huérfanos de la violencia.

CONSIDERACIONES

La Sala ratificará la providencia recurrida por las siguientes razones:

1. El estudio propuesto se abordará bajo los lineamientos de su competencia funcional, en términos del artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, sólo se ocupará del denominado “requisito subjetivo” de que trata el artículo 1° de la Ley 750 del 2002, puesto que el Tribunal dio por probado el “objetivo” y la recurrente no mostró inconformidad sobre esa circunstancia.

2. La disposición citada, que permite la sustitución, es aplicable tratándose de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por virtud de la remisión que hace el parágrafo del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal.

3. El reemplazo, según la norma sustancial, se supedita a “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad...”.

La detención domiciliaria, en los términos de la disposición, en verdad que no constituye una gracia que pueda dispensar el juzgador. Es un derecho instituido en favor y para la protección de los hijos, cuando la privación de la libertad de la madre traiga como consecuencia el abandono y el desamparo de aquéllos.

4. Pero es claro que a ese derecho se puede acceder única y exclusivamente

cuando se cumplan las exigencias que el legislador estableció.

Así lo determinó también la Corte Constitucional en el fallo que la doctora Hernández Hernández cita en su apoyo, es decir, en la sentencia C-184, del 4 de marzo del 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa). Estas son sus palabras:

“4.4. Sin embargo, los derechos de las niñas y de los niños, pese a su especial protección, dentro de un estado social y democrático de derecho como el colombiano tienen límites como cualquier otra garantía constitucional. Concretamente la jurisprudencia constitucional ha indicado que uno de esos límites se encuentra cuando la madre de un menor solicita que se le conceda el derecho de detención domiciliaria, y a pesar de que eso sea lo mejor para sus hijos, se le niega por representar ello un peligro o una amenaza grave para la paz y tranquilidad de la sociedad. Dijo la Corte en la sentencia T-598 de 1993”

““24. Sin embargo, de la necesidad de proteger los derechos fundamentales del menor no se sigue necesariamente que su madre deba salir de la prisión. La existencia de un derecho fundamental cuya protección ponga en tela de juicio una parte esencial de la organización del Estado debe conducir a la adecuación de las instituciones, de tal manera que permitan la efectividad de los derechos. Lo anterior, sin embargo, deberá hacerse sin arriesgar ni poner gravemente en peligro las instituciones constitucionales legítimas del régimen punitivo””.

““(…)

““Permitir indiscriminadamente y por principio la detención domiciliaria de las madres de menores, no sólo pone en entredicho la seguridad del Estado y la tranquilidad ciudadana, sino que no soluciona el verdadero problema. Esto es, la humanización de las condiciones carcelarias”1”.

“De esta manera, la jurisprudencia constitucional considera, por una parte, que es legítimo para el legislador introducir derechos en materia penal a mujeres que se encuentran privadas de la libertad, como por ejemplo la prisión domiciliaria; pero por otra, considera que no concederla a una mujer cabeza de familia cuando ésta pone en riesgo la seguridad de la comunidad y puede representar una amenaza para los derechos de los asociados, es legítimo, porque es constitucional restringir esa posibilidad en tales condiciones”.

“4.5. La medida concreta que eligió el legislador para desarrollar los mandatos constitucionales de defensa a la mujer cabeza de familia, a la niñez y a la familia, y con la cual pretende solucionar así el problema cada día más creciente de niños y grupos familiares abandonados porque la cabeza del hogar está en la cárcel, es permitir que las mujeres que se encuentran privadas de la libertad en un centro de reclusión penitenciaria cumplan la condena en su lugar de residencia. De esta manera podrán atender sus responsabilidades como cabezas de la familia y no dejen desprotegidos y entregados a su suerte a sus hijos o demás personas a su cargo, siempre y cuando: (i) sea lo mejor en el interés superior del menor y (ii) no represente un peligro o amenaza para los derechos de los demás y la tranquilidad de la sociedad...”.

“... el juez deberá valorar en el caso concreto el desempeño personal, laboral, familiar o social de la condenada, de tal suerte que pueda inferir que ella no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad permanente (artículo 1º, inciso segundo, Ley 750 de 2002)...”.

“Así pues, los elementos normativos con los que ha sido diseñada la institución de la prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia, aseguran que ella se aplique cuando en realidad es lo mejor para la familia y no se pongan en riesgo los derechos de los demás. La medida no sólo responde a los objetivos planteados por el legislador en este caso, también atiende a las exigencias de resocialización, puesto que para muchas de las

personas objeto de esta medida la permanencia en un centro de reclusión puede en lugar de ayudar a este propósito generar, el efecto contrario. Cumplir la condena junto a los suyos, es un ambiente más propicio para reintegrar a la persona condenada al seno de la sociedad”.

5. La exigencia sobre el diagnóstico que señale el probable peligro que la sindicada pueda representar para la comunidad, es legal. Por ello, no son atendibles sus argumentos encaminados a que la decisión judicial no se pueda fundamentar en ese criterio, con mayor razón si la disposición fue declarada conforme con la Carta Política por la Corte Constitucional.

6. Si la norma pide que para arribar a un pronóstico, el juzgador deba considerar, entre otros aspectos, el comportamiento laboral de la sindicada, nada se opone a que en el caso particular y concreto se haga con base en el desempeño de la doctora Hernández Hernández como funcionaria judicial.

Sobre ese tema, la resolución de acusación tuvo por demostrado que:

a) La funcionaria acusada prometió a los procesados que investigaba por extorsión una decisión favorable de preclusión y orientó la instrucción en ese sentido: no dispuso la práctica de pruebas que pudieran comprometerlos.

b) Pidió treinta millones de pesos por actuar de esa manera y como no le fue entregado el dinero, personalmente fue a casa de los favorecidos a reclamarlo.

En casos similares, sobre el tema y aledaños, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha concluido lo siguiente:

“Si tenemos en cuenta la naturaleza de los delitos que hasta el momento se le han atribuido a la procesada, éstos se circunscribieron, contempla la resolución de acusación,

a proceder de una manera completamente ajena a la legalidad, asaltando la credibilidad y confianza en las autoridades judiciales de personas indefensas, a tal punto que justipreció la administración de justicia en una abierta y reprochable agresión extremadamente lesiva y generadora de alarma social, sobre todo cuando su protagonista, de quien se espera sea paradigma del buen comportamiento, pues se trataba de una Fiscal, se dejó llevar por el ánimo de lucro y prefirió establecer un nexo entre lo indebido y la función judicial”.

“Es la conducta desplegada, revelada en estos antecedentes procesales, de la que ha de partir la Sala, eso sí, conforme a las conclusiones de la resolución de acusación, mereciendo un claro reproche a su comportamiento laboral, que desdice de su personalidad, pues no le importó lesionar la credibilidad de los asociados en la administración de justicia y el rol que desempeñaba en su desarrollo”.

“Es precisamente esa gravedad, naturaleza y modalidades de los reatos imputados, los que llevan a pronosticar que la comunidad estará en peligro al no estar en detención preventiva, pues no tuvo reparo en pasar por alto la ley y abusar de su investidura, no obstante que tenía el deber especial de enarbolarla honrosamente y dar ejemplo a los demás...”.

“El propósito del legislador con la expedición de la Ley 750 de 2002, si bien es cierto fue la de otorgarle a quien siendo cabeza de familia y, por ende, soporte económico de hijos menores o con incapacidad mental permanente, la posibilidad de que su detención preventiva intramural la cumpla en su residencia, no la abandonó al simple cumplimiento de requisitos objetivos como la naturaleza del hecho o la demostración de aquella condición, sino que la vinculó a circunstancias que denoten la preponderancia que en materia criminal se ha venido decantando en cuanto que la comunidad debe ser objeto de protección”.

“Este proteccionismo se representa materialmente, al tenor de los términos del legislador, en los “desempeños”, que no son otra cosa que muestras de personalidad, reflejados, entre otros, en la manera en que el hombre interactúa como persona, al interior de su núcleo social, en el seno de su familia y en su ambiente laboral” (auto del 29 de mayo del 2003, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés, radicado 20.697).

En oportunidad posterior, agregó:

“En efecto, la finalidad del examen de las características familiares, laborales y sociales del acusado, en orden a la sustitución de que se trata, se encuentra enmarcada en la necesidad de que el procesado no vuelva a colocar en peligro la comunidad. El mérito de la prevención general (artículo 4º del Código Penal), al lado de los demás fines de la pena, ha dicho la Sala, radica en su vocación por la paz jurídica de la comunidad, cuya garantía incumbe fundamentalmente al derecho penal, y la cual puede verse quebrantada o seriamente afectada cuando los asociados ven regresar inopinadamente a casa (así sea en detención o prisión domiciliaria) a quien, inicialmente visto y aceptado por ellos como guardián de la legalidad, después la ha vulnerado abiertamente, sin escrúpulos para acrecentar significativamente en la sociedad los males que él tenía como misión atacar. En realidad, se deja a la comunidad afectada un sabor amargo de desequilibrio en la aplicación del derecho, una sensación de apertura a la impunidad, que de pronto estimularía a otros, en medio del desconcierto, a seguir el mal ejemplo (Cfr. auto de octubre 23 de 2000, radicado 16.997, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido)”.

“Por ello, el análisis de la prevención general debe partir de la valoración de lo que realmente ocurrió con la potencia de provocar la iniciación de un proceso penal y emitir una sentencia condenatoria, pues a mayor gravedad del delito e intensidad del grado de culpabilidad, el Estado tiene que ocuparse preferentemente de

las necesidades preventivas generales para la preservación del mínimo social. Sólo el estudio de la información contenida en el expediente puede llevar al juzgador a la convicción de que el procesado, al volver a su casa, no colocará en peligro la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la pena”.

“En el presente caso, la conducta..., como se dijo en su momento, es de especial gravedad, porque la actividad... recayó sobre..., con el ineludible propósito de desviar el rumbo de una investigación..., pretendiendo favorecer a..., de tal manera que no existe la tranquilidad suficiente para predecir que el procesado no cometerá nuevos hechos punibles al permanecer en el seno comunitario, así no puedan ser ya funcionales, pues sólo desasosiego genera el intento de desviar el ejercicio de tan delicadas funciones públicas” (Sentencia del 8 de julio del 2003, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, radicado 18.583).

En síntesis, si se recuerdan y tienen en cuenta los modos comportamentales de la doctora Hernández al cometer los hechos que se le imputan, sin duda alguna se llega a la conclusión de que es imposible la sustitución pues ellos revelan una conducta -sucesión, continuidad más o menos homogénea de actos- que analizada con cuidado permite inferir fundada y razonablemente que, fuera de la cárcel, podría reiterar comportamientos desviados, con lo cual, entonces, constituiría un peligro para la comunidad.

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

RESUELVE

Confirmar la providencia recurrida.

Notifíquese y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Corte Constitucional T-598 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En este caso la Corte reiteró los fallos de los jueces de instancia, según los cuales no se violaba el derecho de los hijos de la petente a tener una familia, por haberle negado la medida de detención domiciliaria.