

Proceso No 31963

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

ALFREDO GOMEZ QUINTERO Aprobado acta No. 228

Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil nueve (2009)

VISTOS

Decide la Sala la selección o no del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Once Seccional, Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Pasto en el proceso seguido contra EMIRO EUBANEL TORO, sentenciado el diez (10) de febrero de dos mil nueve (2009), por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto, que modificó el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del conocimiento de la misma ciudad, por encontrarlo responsable del delito de porte de estupefacientes previsto en el artículo 376 inciso tercero de la ley 599 de 2000.

El Juzgado impuso las condenas de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, interdicción de derechos y de funciones públicas por igual término, multa de 66,66 salarios mínimos legales mensuales vigentes y le negó los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena, la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión efectiva.

La modificación que introdujo el Tribunal a la decisión de primera instancia consistió en conceder el sustituto de la prisión domiciliaria porque encontró acreditado que el sentenciado (quien tiene la condición de desplazado), es padre cabeza de familia con tres hijos menores a cargo.

HECHOS

En el corregimiento “El Ejido” jurisdicción del municipio de Policarpo (Nariño), el 3 de octubre de 2008, en un puesto de control de la Policía Nacional fue registrado el señor EMIRO EUBANEL TORO, llevando consigo la cantidad de doscientos cincuenta (250) gramos de cocaína en un paquete forrado con cinta plástica.

ANTECEDENTES

La diligencia de formulación de imputación se realizó el 4 de octubre de 2008 ante el Juzgado Promiscuo municipal de El Tablón, con función de juez de control de garantías. El imputado se allanó libremente a los cargos que le formuló la fiscalía.

El 9 de diciembre siguiente, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto profirió la sentencia condenatoria. (Folios 63 – 71)

La defensora de confianza del procesado sustentó el recurso de apelación en audiencia del 5 de febrero de 2009. (Folios 78 – 79).

De conformidad con el argumento de la defensa, el Tribunal reformó la sentencia el 18 de febrero de 2009, en el sentido de conceder al sentenciado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión efectiva, por tener la condición de padre cabeza de familia, previa consignación de una caución prendaria por la suma cincuenta mil (\$50 000) pesos; en lo demás, confirmó la decisión. (Folios 82 – 91).

LA IMPUGNACIÓN

Un único cargo propuso el Fiscal Once Seccional, Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Pasto:

Violación directa de la ley sustantiva por interpretación errónea de la ley 750 de 2002

Afirma el fiscal recurrente que para conceder el beneficio de la sustitución de la pena de prisión efectiva por la prisión domiciliaria por el estatus de padre (o madre) cabeza de familia, se requiere demostrar los requisitos exigidos en la ley, que son los siguientes:

1. Que los hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan y dependan económicamente de él, y que realmente sea una persona que les brinda cuidado, apoyo y manutención; que efectivamente cumpla con esas atribuciones.
2. Que tenga bajo su cargo el cuidado y la manutención de los niños de manera exclusiva, y que en el evento de vivir con la esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, porque sea una persona de la tercera edad, o porque la presencia del procesado (sentenciado) sea totalmente indispensable en la atención de los hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia del padre -cabeza de familia-.
3. Que acredite, mediante declaración juramentada ante notario público, los ingresos percibidos y las circunstancias específicas del caso, en virtud de las cuales debe considerarse como hombre (mujer) cabeza de familia, de conformidad con los requisitos del párrafo del artículo segundo de la ley 82 de 1993.

El estatus de hombre (mujer) cabeza de familia se adquiere en un escenario especial, diverso al de quien solamente provee el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar las mínimas condiciones de subsistencia de los hijos.

En el evento específico, el Tribunal reconoció la condición de padre cabeza de familia al señor EUBANEL TORO de conformidad con documentación y entrevistas que aportó, que lo acreditan como padre de los menores Yenifer Carolina, Brayan David y Jhon Anderson Toro Arboleda, menores de 6, 10 y 15 años de edad, respectivamente,

porque i) actualmente se encuentran a su cuidado, ii) porque goza del beneficio provisional de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio, iii) porque su esposa Sonia Arboleda Guzmán vive en un predio rural del municipio de Policarpo, desde donde contribuye con su trabajo agrícola a la manutención de los hijos, lugar al que regresó a pesar de las amenazas que existen en contra del núcleo familiar por parte de grupos armados al margen de la ley.

El impugnante considera que la calidad de padre o madre cabeza de familia “va más allá del mero suministro de recursos económicos para el sustento del hogar”; el énfasis para conceder el subrogado de la sustitución de la pena de prisión efectiva por prisión en el lugar del domicilio del procesado radica en el cuidado integral de los niños, desde la perspectiva de protección, afecto, educación, orientación, etc..

Para acceder a la prisión domiciliaria se debe demostrar que, sin la compañía de la pareja... “él sólo... estaba al cuidado de sus hijos o dependientes antes de ser detenido, de suerte que la privación de la libertad trajo como secuela el abandono, la exposición y el riesgo inminente para aquellos”, como ocurre con las viudas a causa de la violencia, en casos de separación por paternidad (o maternidad) irresponsables.

El caso del procesado EMIRO EUBANEL no corresponde –según el demandante- a los condicionamientos de la ley para acceder al beneficio de la sustitución de la pena de prisión efectiva por prisión en el lugar del domicilio, porque no es viudo y tampoco fue abandonado por la esposa y madre de los niños.

La señora Arboleda Guzmán, trabajando en su terreno, ha buscado la manera de solventar las necesidades del hogar y es quien puede brindarles el amor, el cariño y el afecto para no desampararlos.

De otra parte, dice, el procesado no aportó elementos materiales probatorios que demuestren que la privación efectiva de la libertad trajo como consecuencia una situación

crítica de abandono para sus menores hijos, que los dejara expósitos o en riesgo inminente en lo afectivo, en lo socioeconómico o en lo sociocultural.

La señora esposa del procesado asumió durante el proceso una posición solidaria con él, por manera que (aunque tengan problemas económicos a raíz de la detención) no existe fundamento alguno para desconocer los parámetros que fija la ley para conceder el subrogado de la sustitución de la prisión efectiva por prisión domiciliaria, en la medida que la situación del procesado no se asimila a del hombre cabeza de familia; de donde concluye que no es merecedor de los beneficios allí expresados, sencillamente porque cuenta con el apoyo de la señora esposa.

Finalmente, el hecho de haberse acogido a la justicia premial por la aceptación de la imputación (artículo 351 del C. de P.P.) no tiene incidencia alguna que haga procedente la aplicación de los beneficios para ser considerado padre cabeza de familia.

Por ello, pidió casar la sentencia del Tribunal y en su lugar mantener la decisión de negar la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión efectiva.

CONSIDERACIONES

La Sala de Casación Penal NO SELECCIONARÁ la demanda de casación porque de su estudio se advierte que no se precisa de la intervención de la Corte para hacer efectivo algún derecho material a favor del procesado, ora en garantía del interés público que representa el fiscal recurrente. En efecto:

1. En materia de necesidad de la pena (art. 3 del C.P.), tanto como en materia del subrogado de ejecución condicional de la pena (art. 63 ib.), de la prisión domiciliaria como sustitutiva de pena de prisión efectiva (art. 38 ib.) y de la prisión domiciliaria por ostentar el procesado(a) la condición de cabeza de familia, es claro que en cada caso concreto y específico corresponde al juzgador hacer un diagnóstico - pronóstico sobre

la conducta ejecutada y sobre el desempeño personal, laboral, familiar o social del procesado.

Sin discriminación de género, la condición de cabeza de familia la tiene quien... “siendo soltero(a) o casado(a), tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar” (Artículo 2º de la Ley 2º DE 1983).

Si del estudio individual resultare un pronóstico favorable al sentenciado, podrá el juez abstenerse de imponer la pena y conceder la libertad o la sustitución de la medida cuando encuentre que no existe riesgo alguno para la comunidad o para el ordenamiento jurídico, sin que ello implique exclusión de la responsabilidad penal.

En el caso objeto de estudio, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en su condición de juez de segunda instancia, concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena porque encontró favorables los siguientes presupuestos:

1.1. El señor EMIRO EUBANEL TORO es el padre legítimo de tres menores de edad (Yenifer Carolina, Brayan David y Jhon Anderson Toro Arboleda) que se encuentran bajo su cuidado mientras cumplió la medida (provisional) de aseguramiento de detención domiciliaria, impuesta desde el 4 de octubre de 2008 cuando se allanó de manera libre a los cargos que formuló la fiscalía, hasta el momento en que el Tribunal profirió la sentencia de segunda instancia (18 de febrero de 2009).

1.2. Que la señora esposa del procesado no hace vida conjunta con él, en la medida que... “...se dedica a la agricultura en un terreno de su propiedad ubicado en “El Ejido”, jurisdicción de Policarpa, Trabajo del cual obtiene el sustento familiar”.

1.3. Que según prueba aportada al proceso (entrevistas de Sonia Arboleda y Jesús García), la responsabilidad del padre en relación con los hijos menores obedece a excepcionales circunstancias originadas en el desplazamiento al que se vio avocado el padre y los hijos por la situación de amenazas de grupos armados ilegales que operan en la región donde habitaba el núcleo familiar, razón por la cual debieron abandonar la residencia común, mientras que la madre asumió (a riesgo) la actividad agrícola en el terreno que posee la familia en aras de procurar apoyo al sustento del núcleo.

1.4. La situación económica que enfrenta el sentenciado convenció al juez del conocimiento (Tribunal) de la necesidad de acceder a la medida sustitutiva de la prisión efectiva por prisión domiciliaria, en tanto que los hijos menores requieren del amparo del padre mientras la cónyuge se dedica a las actividades del campo, en las circunstancias específicas aludidas.

1.5. La Sala estimó viable conceder la gracia de la prisión domiciliaria porque realizó un diagnóstico favorable de la personalidad del sentenciado que le permitió afirmar con algún grado de certeza que “no pondrá en peligro a la comunidad, ni evadirá el cumplimiento de la sanción”, requisitos de índole subjetiva que se corroboran porque durante el curso del proceso hizo uso de la medida alternativa de prisión domiciliaria en lugar de detención preventiva, sin que hubiese quebrantado el compromiso de buena conducta; de donde evidenció la no existencia de peligro social alguno que desmejore el pronóstico.

1.6. Ciertamente que, la manera alternativa de la terminación del proceso (allanamiento) es otro factor que orienta al juez en la realización del diagnóstico y pronóstico de la personalidad, para decidir en sede de sentencia sobre la necesidad o no de la ejecución de la pena al interior del establecimiento carcelario.

Ello sin perjuicio del control que en todo caso debe llevarse sobre el cumplimiento de

pena en el lugar de residencia:

A la luz del artículo 1° de la Ley 750 de 2002, la concesión del subrogado de la prisión domiciliaria a favor del hombre cabeza de familia requiere de la verificación por parte del juez que concede la gracia sobre la inexistencia de antecedentes penales y que el delito no esté excluido de tal beneficio; además, requiere de la valoración de factores personales, laborales, sociales permitan determinar que el condenado no pondrá en peligro a la comunidad o a los hijos menores, y de la especial atención por parte del juez de ejecución de la pena en relación con el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la garantía que el sentenciado presta mediante la caución:

Solicitar autorización judicial para el cambio de residencia, observar buena conducta, reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando demuestre incapacidad económica, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la condena, permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y del cumplimiento de la reglamentación del INPEC. (Conc. Artículo 38 - 3 del C.P.).

2. Lo que debe tenerse en cuenta es que la prebenda judicial de sustituir por prisión domiciliaria la pena de prisión efectiva, es por su esencia revocable, en los eventos de incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante el otorgamiento de la caución. (Artículo 2° de la Ley 750 de 2002)

Entre tanto, el juez del conocimiento (Tribunal de Pasto) que substituyó la ejecución de la pena de prisión en establecimiento penitenciario, interpretó de manera correcta de la ley que consagra la gracia para los procesados que se encuentran en tan específicas condiciones, por tener bajo su cuidado a personas (hijos menores de edad, hijos con

incapacidad mental permanente) que requieren de la protección del procesado; por suerte que no encuentra razón la Sala en el argumento de demanda, sobre la errada comprensión de la ley 750 de 2002 y de las disposiciones complementarias.

3. Recuérdese además que, sin perjuicio de la negación de la medida sustitutiva por parte del juez del conocimiento, es viable conceder, además, la sustitución de la pena de prisión efectiva en la fase de la ejecución de la sentencia por parte del juez de ejecución de la pena. En efecto:

“Al beneficio de la prisión domiciliaria, bien desde la óptica del artículo 38 del C.P., ora desde la perspectiva de la Ley 750, puede formalmente aspirar [el procesado – sentenciado], previa la satisfacción de los requisitos pertinentes. En el caso concreto, descartada fue la concesión del beneficio por la vía de la Ley 599 de 2000.

Aún así, y en la mira de verificar la posibilidad de la sustitución, surge viable la aplicación de la nueva normatividad procesal regulada por la Ley 906 de 2004, en cuyo artículo 314 se describe la internación domiciliaria, y aunque si bien es cierto lo hace el legislador como sustitución de la detención preventiva (cfr num. 5 idem), esto es, de la medida de aseguramiento, también lo es que a la sustitución de la ejecución de la pena puede arribarse por ese mismo sendero, tal como lo autoriza el artículo 461 de la reseñada Ley 906.

Ahora, las exigencias que demanda la Ley 906 en referencia al beneficio bajo examen son significativamente reducidas y abiertamente ventajosas, como que basta demostrar la calidad de cabeza de familia respecto de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, y además, que ese menor (a quien la ley pretende proteger) haya estado bajo su cuidado. Como se ve, la aplicación del sustituto hoy en día no está limitada por la naturaleza del delito, así como tampoco supeditada a la carencia de antecedentes penales y mucho menos a la valoración de componente subjetivo alguno, dada la

simplicidad que ofrece la construcción legislativa del dispositivo.

No hay duda, pues, que el citado instituto a la luz de la nueva normatividad resulta ser más ventajoso en su aplicación que el regulado bajo la normatividad anterior, resultando por ello aplicable en virtud del principio de favorabilidad, pues nadie discute -de una parte- el carácter sustancial del instituto y -de otra- la sucesión de leyes en el tiempo acompañada de la simultaneidad de sistemas, completando y configurando así el trío de elementos necesarios para que jurisprudencial, constitucional y legalmente pueda abrirse paso la aplicación de aquella garantía fundamental.

Dígame, además, que no es ajeno para la Sala que a partir de la expedición de la Constitución de 1991 y bajo la concepción del Estado social de derecho entronizado por la misma, y en virtud del estado de vulnerabilidad de los menores, es una obligación prioritaria del Estado colombiano la protección de los derechos de los niños”1.2.

4. La Sala no seleccionará la impugnación extraordinaria porque el censor no ofreció razón alguna que justifique -en cuanto menos- una de las finalidades que se persiguen con el recurso extraordinario a la luz del artículo 180 del C. de P.P. y porque del contexto argumentativo se advierte con claridad meridiana que no se precisa de la intervención de la Sala de Casación para hacer efectivo un derecho material a favor de alguno de los intervinientes.

Contra esta determinación se hace legalmente viable la insistencia prevista en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, importa advertir -como se hizo desde la providencia de diciembre 12 de 2.005, radicado No. 24.322- que ante la carencia de regulación en su trámite la Sala lo ha señalado así:

a- La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que inadmite la demanda de casación u oficiosamente provocada dentro del mismo lapso por alguno de los Delegados del

Ministerio Público para la Casación Penal –en tanto no sean recurrentes– el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates o suscrito la inadmisión.

b- La respectiva solicitud puede formularse ante el Ministerio Público a través de sus Delegados para la Casación Penal, ante uno de los Magistrados que haya salvado voto respecto a la decisión de inadmitir o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

c- Es potestad del funcionario ante quien se formula la insistencia someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión y en este caso así lo informará al peticionario en un término de quince (15) días.

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

RESUELVE:

1) NO SELECCIONAR la demanda de casación formulada contra la sentencia del 10 de febrero de 2009, proferida por el Tribunal Superior de San Juan de Pasto.

2) Contra esta decisión procede el recurso de insistencia a la luz del inciso segundo del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTÍZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-034/99

2CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de casación penal, auto del 10 de marzo de 2009, rad. núm. 31381.