

Proceso nº 37751

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta número 48

Bogotá, D.C., veintidós de febrero de dos mil doce.

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto, tanto por el señor MAURICIO EDUARDO GÓMEZ SANDOVAL como por su defensor, contra la sentencia de primera instancia proferida de manera anticipada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual lo condenó por los delitos de falsedad ideológica en documento público, en concurso homogéneo y sucesivo y heterogéneo con tentativa de hurto agravado.

HECHOS

Así fueron presentados por el a quo en la sentencia apelada:

“Los hechos materia de juzgamiento tuvieron ocurrencia el 21 de noviembre de 2003, cuando siendo aproximadamente las 4 de la tarde, se presentaron en la vivienda ubicada en la diagonal 41 número 48-45 de la ciudad de Bogotá, los señores PEDRO ENRIQUE QUIROGA LEYES y DAVID ORLANDO CALDERÓN QUIROGA, quienes para la época se

desempeñaban como Investigadores Judiciales del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación, sujetos éstos que exhibiendo el oficio número 002, fechado 23 de octubre de 2003, suscrito por el Doctor MAURICIO GÓMEZ SANDOVAL en su calidad de Fiscal 72 Delegado ante los Jueces Penales de Circuito de Bogotá, emitido, aparentemente, dentro del sumario de la radicación 492191, ingresan a la referida residencia y proceden a realizar un allanamiento y registro, encontrando dentro de un maletín 1.341 billetes de 100 dólares americanos, esto es 134.100 dólares, de propiedad del señor EFRAÍN ARTURO BONILLA ARCINIEGAS, médico cirujano de profesión y dueño del inmueble, dinero que los investigadores toman en su poder e intentan llevarse.

Sin embargo, como quiera que una de las residentes de la vivienda allanada, la señora LOURDES MARÍA BONILLA BARROS, dudó de la legalidad del procedimiento, adelantado por los funcionarios del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, le solicitó al vigilante del conjunto residencial diera informe a la Policía Nacional de lo que estaba ocurriendo, llamado por virtud del cual varios uniformados se presentaron al inmueble, quienes luego de adelantar labores de verificación, pudieron comprobar que la orden de allanamiento en la cual se amparaban los citados investigadores no era legal, por lo que de inmediato los dólares incautados fueron recuperados y los señores PEDRO ENRIQUE QUIROGA LEYES y DAVID ORLANDO CALDERÓN QUIROGA fueron capturados y puestos a disposición de la autoridad judicial competente.

Por su parte, el Doctor MAURICIO EDUARDO GÓMEZ SANDOVAL en su calidad de Fiscal 72 Delegado ante los Jueces Penales de Circuito de Bogotá, al enterarse, el mismo 21 de noviembre de 2003, que los investigadores PEDRO ENRIQUE QUIROGA LEYES y DAVID ORLANDO CALDERÓN QUIROGA fueron descubiertos y capturados en desarrollo del ilegal allanamiento que realizaban, con fundamento en la orden escrita firmada por él, procedió, dentro de la investigación previa, distinguida con la radicación 492192, que se adelantaba en su despacho por el delito de enriquecimiento ilícito, a emitir con fecha

23 de octubre de 2003, una resolución mediante la cual ordena librar misión de trabajo por el término de 10 días al Cuerpo Técnico de Investigación, para que designen un investigador que establezca la existencia del inmueble de la diagonal 41 número 48-45, determinando su plena identificación y ubicación; providencia que, según lo demuestra el proceso, contiene falsas motivaciones, en la medida que su real fecha de proferimiento lo fue el 21 de noviembre de 2003, y lo ordenado no concuerda con el objeto de la instrucción dentro de la cual se profirió dicha resolución judicial.

Por estos hechos, los señores PEDRO ENRIQUE QUIROGA LEYES y DAVID ORLANDO CALDERÓN QUIROGA fueron condenados por el juzgado 30 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de abril de 2008, como responsables de los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso con hurto calificado y agravado, a la pena de 148 meses de prisión. Decisión que al ser apelada fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá a través de providencia del 26 de mayo de 2009, modificándola en el sentido de imponer a los procesados la pena de 88 meses de prisión, bajo la precisión que los delitos por los cuales deben responder son los de falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y hurto agravado en la modalidad de tentativa.”

ANTECEDENTES

El 25 de febrero de 2004 se profirió resolución de apertura de la investigación en contra de GÓMEZ SANDOVAL, quien fue vinculado mediante declaratoria de persona ausente, de acuerdo con resolución de 22 de octubre de 2007, y definida su situación jurídica con la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, de acuerdo con proveído de 25 de agosto de 2010.

La clausura de la instrucción se produjo mediante resolución de 14 de octubre del mismo año, luego de lo cual se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación,

la que al ser apelada fue confirmada mediante providencia de 30 de junio de 2011, en la cual se precisó que los delitos por los cuales se llama a juicio al ex fiscal GÓMEZ SANDOVAL son el de falsedad ideológica en documento público en concurso homogéneo y sucesivo (tres documentos falsos en total), y heterogéneo con hurto agravado en nivel de tentativa.

El 24 de mayo de este mismo año se logró la captura de GÓMEZ SANDOVAL, quien aceptó los cargos contenidos en la resolución de acusación proferida en su contra cuando se surtía el traslado previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

Como consecuencia de lo anterior, el 23 de septiembre siguiente, se profirió sentencia condenatoria en su contra.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Luego de analizar tanto la materialidad de las conductas punibles contenidas en el pliego de cargos formulado contra GÓMEZ SANDOVAL y de verificar la existencia de pruebas que demostraban su responsabilidad penal, el Tribunal Superior de Bogotá profirió el correspondiente fallo.

El proceso de individualización de la pena partió de identificar que como el delito de falsedad ideológica en documento público era el más grave (de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 10 años –artículo 286-), el primer cuarto fluctuaría entre 48 y 60 meses de prisión, y entre 60 y 75 meses el de la pena accesoria.

A partir de esta consideración, se le impusieron los primeros sesenta meses de la sanción principal y 75 de la accesoria, por la expedición del primero de los documentos ideológicamente falsos, esto es, dentro del primer cuarto de movilidad, no obstante la existencia de un fallo condenatorio proferido contra GÓMEZ SANDOVAL por la misma

Corporación –calendado el 1º de diciembre de 1998 y confirmado por esta Sala mediante proveído de 9 de julio de 2002 por el delito de concusión-, la gravedad de los hechos investigados, la evasión por más de siete años del accionar de la justicia; sumas a las que se agregaron 30 meses por las otras dos falsedades, y 20 meses más por la tentativa de hurto, llegando a un acumulado de 110 meses de prisión y 75 de interdicción de derechos y funciones públicas.

Como consecuencia de la sentencia anticipada, y en reconocimiento del principio de favorabilidad en relación con la reducción prevista para este evento en la Ley 906 de 2004, el Tribunal disminuyó los anteriores montos en una tercera parte, quedando finalmente en 73 meses y 9 días de prisión y 50 meses de interdicción de derechos y funciones públicas.

El a quo, además, negó a GÓMEZ SANDOVAL la suspensión condicional de la ejecución de la pena por no satisfacerse el factor objetivo; y también la sustitución de la prisión domiciliaria, argumentando la gravedad del delito, el antecedente de la sentencia condenatoria en su contra originada en una situación similar a la que aquí se le reprocha; y, además de no reunir los requisitos con fundamento en los cuales se le pudiese considerar padre cabeza de familia, dado que los menores hijos de GÓMEZ SANDOVAL están al cuidado personal de su progenitora, tal como aparece en diferentes constancias obrantes al proceso.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor cuestionó el monto de la pena privativa de la libertad impuesta a su asistido, así como la no concesión de la prisión domiciliaria.

Su argumentación inició por criticar que en la sentencia se invocara el antecedente penal que tiene su defendido, toda vez que, según lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, sólo pueden considerarse para negar los subrogados penales y los

mecanismos sustitutivos de las penas, las condenas proferidas en los cinco años anteriores; lo cual dejaría por fuera de dicho límite temporal el mencionado antecedente.

Como consecuencia de ese error, aduce, se dejó de reconocer al condenado, la atenuación punitiva a que tenía derecho dadas las apremiantes circunstancias personales y laborales presentes en la ejecución de la conducta punible, además de su intención voluntaria de anular o disminuir sus consecuencias después de cometida la conducta, y la carencia de antecedentes penales; eventos previstos en el artículo 55 de la Ley 599 de 2000.

El recurrente además reclamó que la acción penal originada en el delito de tentativa de hurto se encontraba prescrita al momento en que cobró firmeza la calificación del mérito del sumario, por lo que solicitó su declaratoria con la consecuente reducción de pena.

El libelista también se mostró inconforme con las siguientes consideraciones vertidas en la sentencia: 1) que su patrocinado hubiera estado por varios años en actitud de rebeldía procesal, cuando durante todo este tiempo se dedicó al ejercicio profesional del derecho, sin que nunca fuese citado “a la dirección correcta”; 2) se calificara de muy grave su falta, cuando ni siquiera estuvo en el lugar de los hechos; y, 3) que se considerara a su representado como poseedor de una personalidad inescrupulosa y por tanto un peligro social, como argumento para negarle la prisión domiciliaria, cuando era evidente que durante los años en que se dedicó al ejercicio de la abogacía de manera independiente, exhibió una conducta intachable.

En conclusión, aduce que debió imponerse a su defendido la pena de 48 meses de prisión, además de ser favorecido con la sustitución de la prisión domiciliaria, dada su condición de padre cabeza de familia y vecino excepcional; con todo lo cual pretendió rebatir las consideraciones del Tribunal, según las cuales la concesión de esa medida causaría

alarma y desconsuelo social, máxime que hacía ya varios años no laboraba en la administración de justicia.

Finalmente, advierte que, como consecuencia de la privación de la libertad del acusado, sus menores hijos (uno de quince años y otro de dos) quedaron desamparados sin su presencia, a lo que se suma la ausencia de la progenitora, quien diariamente debe alejarse de su domicilio para cumplir con sus compromisos laborales.

A su turno, el señor MAURICIO EDUARDO GÓMEZ SANDOVAL, planteó su desacuerdo con el fallo a partir de invocar su inocencia, y señalar que la aceptación de los cargos tuvo origen en la mera evitación del juicio, y en la expectativa de que con las correspondientes reducciones de pena y la dosificación sensata de las mismas, volvería de inmediato al seno de su familia; esforzándose por mostrar detalles relacionados con su instrucción a los hechos materia de juzgamiento, y en consecuencia para advertir que fue condenado sin la existencia de prueba que comprometiera su responsabilidad penal.

En suma, solicita que se redosifique la pena que se le impuso, la cual no debió superar los 48 meses de prisión, y además que se le concedan los mecanismos sustitutivos de la prisión domiciliaria, vigilancia electrónica y condena de ejecución condicional; y subsidiariamente, que se declare la nulidad de todo lo actuado toda vez que se violó su debido proceso, al superarse de manera excesiva los términos con que contaba la administración de justicia para adelantar, tanto la indagación como la investigación; además que como no fue citado correctamente, se le violó el derecho de defensa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según lo previsto en el artículo 75.3 del Código de Procedimiento Penal -Ley 600 de

2000-.

Son múltiples y variados los problemas que se presentan a consideración de la Sala, los cuales se resolverán de acuerdo con el alcance de cada inconformidad. Se procederá en primer término a analizar la solicitud de nulidad elevada por el acusado, luego se atenderá el reclamo de la supuesta prescripción de la acción penal del delito de hurto en la modalidad de tentativa, para posteriormente revisar el proceso de individualización de la pena; y, al final, analizar los cuestionamientos realizados por los recurrentes, frente a la negativa de la prisión domiciliaria.

En relación con la argumentación ofrecida por el acusado, con la cual pregonaba su inocencia, la Sala recuerda al apelante, quien además tiene formación jurídica y experiencia como fiscal seccional, que de acuerdo con lo normado por el artículo 40 de la Ley 600 de 2000 –específicamente el inciso 9º- se limita la impugnabilidad del fallo condenatorio producido como consecuencia de la sentencia anticipada, al disponerse:

“Contra la sentencia procederán los recursos de ley, que podrán interponer el Fiscal General de la Nación o su delegado, el Ministerio Público; el procesado y su defensor respecto de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la extinción del dominio sobre bienes. La parte civil podrá interponer recursos cuando le asista interés jurídico para ello.”

Como se puede ver, el Legislador determinó de manera expresa los aspectos sobre los cuales reconocía al acusado interés jurídico para apelar el fallo, limitándolo exclusivamente a los tres tópicos indicados en la norma transcrita, vale decir, a lo relacionado con la dosificación de la pena, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y con la extinción del dominio sobre bienes.

De manera que, cualquier discusión originada en la duda probatoria, la falta de prueba de la responsabilidad del condenado en los hechos cuya aceptación realizó de manera

integral, carece de procedencia en esta instancia procesal, precisamente como garantía de seriedad del instituto, en la seguridad de que las aceptaciones de la imputación mediante el mecanismo de la sentencia anticipada no pueden convertirse en rey de burles, de suerte que cuando la pena no responda a las expectativas del acusado, se pueda atacar aquello que antes de su manifestación de conformidad se tenía toda la legitimidad para discutir; lo cual se renuncia a cuestionar precisamente como consecuencia de la aceptación de los cargos.

Máxime que, como sucedió en el caso analizado, se optó por la sentencia anticipada precisamente cuando se estaba en el término de traslado del artículo 400 de la Ley 600 de 2000, esto es, en el momento preciso para ejercer la defensa y la contradicción de la prueba en el curso del debate de la audiencia pública que se preparaba.

Las situaciones sobre las cuales el acusado fundamentó su solicitud de nulidad, fueron causadas de una u otra manera por su evasión del proceso penal, cuya existencia conocía, al punto que los agentes del C.T.I. capturados en flagrancia se pusieron en contacto con él en el mismo momento de su aprehensión para relatarle lo sucedido, episodio a partir del cual, según se indica en la acusación, profirió una orden ideológicamente falsa, y luego abandonó su cargo, tal como se afirma en el fallo apelado, eludiendo su comparecencia a la actuación penal en la que también se le investigaba.

Por eso, la supuesta deficiencia en la citación, y el transcurso del tiempo de la indagación y la investigación, fueron factores que bien pudo evitar el acusado GÓMEZ SANDOVAL si se hubiera presentado al proceso para ejercer su derecho de defensa.

La Sala, a fin de resolver la solicitud de nulidad, llama la atención del procesado en cuanto que, como ya se señaló, la aceptación de la acusación conduce a purgar o convalidar aquellas presuntas violaciones al debido proceso de que se queja, puesto que,

al aceptar su contenido, implícitamente renunció a cualquier discusión en ese sentido; sin que, en todo caso, se observe vulneración alguna a los derechos del acusado.

Se destaca que el instituto procesal de las nulidades se edifica sobre una serie de principios, cuya presencia se reclama a la hora de decretar la sanción procesal extrema que implica su declaratoria, tal como lo ha precisado esta Corporación al indicar¹:

“En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que de acuerdo con dichos principios, solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el error que se advierte (residualidad).”

En cumplimiento del principio de taxatividad hay que advertir que el simple paso del tiempo no se encuentra previsto como causal de nulidad, y más aún, su decreto por esta causa, en nada repararía la situación del acusado originada en la supuesta violación del debido proceso.

Tampoco resulta de recibo como generador de anulación, el hecho de que al acusado se le citó incorrectamente, en cuyo sustento el apelante no deja de hacer manifestaciones genéricas, sin demostrar, ni su ocurrencia, ni la trascendencia de tal proceder.

Por el contrario, en el proceso aparecen múltiples evidencias que indican que GÓMEZ SANDOVAL realmente conocía de la existencia del proceso que se adelantaba, al punto que designó, desde el 25 de junio de 2004 a un profesional del derecho para que asumiera la defensa de sus intereses.

Además, una vez capturado, bien pudo defenderse cuando fue notificado de la resolución de acusación, y en cambio, procedió a aceptar integralmente los cargos contenidos en dicho proveído, sin advertir irregularidad alguna en el proceso y mucho menos, sin protestar la acusación, cuando podía beneficiarse de las bondades del juicio de cara a la contradicción y a la defensa, a lo cual renunció no obstante ser abogado y haberse desempeñado como fiscal.

Así pues, se despacharán desfavorablemente, tanto las solicitudes de nulidad como de absolución propuestas por la defensa.

Frente al argumento de la prescripción de la acción penal en relación con el delito de hurto en grado de tentativa, hay que tener presente que los hechos investigados se cometieron el 21 de noviembre de 2003, y la ejecutoria de la resolución de acusación se produjo el 30 de junio de 2011, esto es, luego de transcurridos 91 meses y 9 días; mientras que el punible de hurto agravado (artículos 239, 241.4 y 267.1 –por efecto de la cuantía-) en grado de tentativa, ofrece un pronóstico punitivo de entre 18 meses y 20 días y 121 meses y 15 días; esto sin entrar a considerar que la participación en el delito contra el patrimonio económico que se le endilga a GÓMEZ SANDOVAL se produjo como consecuencia de su condición de servidor público, circunstancia que amplía el término de prescripción en una tercera parte, o sea a un máximo de 162 meses para que opere la

prescripción de la acción penal en su favor; lapso que, como queda claro, no había transcurrido antes de la ejecutoria de la resolución de acusación.

En todo caso, al margen de dicha circunstancia, es obvio que si solo transcurrieron 91 meses y 9 días, entre el momento de los hechos y el de la fecha de interrupción del término de la prescripción de la acción penal, no se colmó el margen temporal necesario para adoptar la decisión que pretende el apelante. Por lo tanto la acción penal por el punible contra el patrimonio económico en grado de tentativa, no ha prescrito.

La otra reflexión anunciada por los apelantes, según la cual el juez se equivocó en la dosificación de la pena impuesta por el delito base, esto es, el de falsedad ideológica en documento público, carece también de todo fundamento.

En la sentencia apelada se consideró que el margen de movilidad en que debía imponerse la pena básica, era el cuarto mínimo del delito en mención, esto es, entre 48 y 60 meses de prisión; sin tener en cuenta criterios de mayor punibilidad que pudieron estar presentes, como haber obrado en coparticipación criminal (art. 58.10).

Las demás censuras formuladas contra el proceso de dosificación, fueron tan infundadas como intrascendentes: lo primero por cuanto las apremiantes circunstancias personales y laborales presentes en la ejecución de la conducta punible, así como la voluntaria intención de anular o disminuir sus consecuencias no existieron ni en el planteamiento del apelante, quien sólo se limitó a hacer su invocación genérica, sin especificar, en el terreno de lo fáctico, a qué se refería; lo cual, en todo caso resultaba indiferente puesto que el fallador no se excedió del primer cuarto de la pena imponible por el delito más grave, esto es, el de la falsedad ideológica en documento público, como si sólo existieran circunstancias de menor punibilidad.

Por tal razón, se encuentra infundada la inconformidad vertida en los recursos de apelación, toda vez que el Tribunal se movió dentro del cuarto mínimo imponiendo la pena

básica de sesenta meses de prisión, no obstante que el acusado tenía antecedentes penales, consistentes en una sentencia condenatoria por el delito de concusión.

Así, pues, el proceso de individualización de la pena respondió a lo legalmente previsto, motivo por el cual, la pena de 73 meses y nueve días de prisión, y de 50 meses de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta por el Tribunal Superior de Bogotá al señor MAURICIO EDUARDO GÓMEZ SANDOVAL, luego de realizada la evaluación que en su recurso solicitan los apelantes, no será modificada por esta Corporación.

En relación con la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena hay que decir que resulta improcedente por no satisfacerse el factor objetivo, esto es, el que la pena no supere los 36 meses de prisión, motivo por el cual, la petición genérica que en ese sentido hiciera el acusado, será también desatendida, toda vez que, la pena privativa de la libertad que finalmente le fuera impuesta a GÓMEZ SANDOVAL sobrepasó ampliamente dicho límite.

La prisión domiciliaria. El problema jurídico sometido a consideración de la Sala en torno de la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intracarcelaria, es, si puede considerarse al doctor GÓMEZ SANDOVAL, padre cabeza de familia no obstante que sus hijos están al cuidado de su madre, quien diariamente debe ausentarse de su domicilio por razones laborales.

La prisión domiciliaria, como sustitutiva de la intramural -que inicialmente fue reconocida a favor de madres cabeza de familia y que luego la Corte Constitucional, mediante sentencia C-184 de 2003 extendió a los padres que estuvieran en las mismas condiciones-, impetrada por el procesado, tampoco será concedida, por no cumplir con el presupuesto previsto en la Ley 750 de 2002

Esto por cuanto una persona se considera padre cabeza de familia cuando lidera el

núcleo familiar de manera solitaria, esto es, sin la ayuda del otro cónyuge; lo cual no se compadece con la situación de GÓMEZ SANDOVAL.

Para precisar el alcance de dicho sintagma, la Corte Constitucional aclaró²:

“La protección al menor se deriva también de la protección que la Constitución y la ley conceden a la madre cabeza de familia. Efectivamente, el inciso final del artículo 43 constitucional prescribe expresamente que “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, al tiempo que el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 señala para los efectos de dicha ley, una “Mujer Cabeza de Familia”, es aquella mujer que “siendo soltera o casada, 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 ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

En la discusión del Proyecto de Ley 193 /01 Senado, que más tarde se convertiría en la Ley 750 de 2002, se puede apreciar la siguiente explicación³:

“El concepto de mujer cabeza de familia refleja una fuerte incidencia de la inestabilidad de la unión, siendo por lo tanto la mujer quien se hace cargo de la prole cuando esta se separa, no habiendo pareja que asuma conjuntamente la dirección del hogar, para lo cual el Estado debe, por mandato de la Carta, darle un apoyo especial¹.

...

El presente proyecto de ley no sólo busca desarrollar esta obligación constitucional y legal, sino que también pretende una protección especial buscando la total salvaguardia contra toda forma de abandono y desprotección, según la situación irregular en que se encuentren los niños(as) por estar en abandono total o parcial, en peligro físico o moral,

niños(as) en la calle, adolescentes embarazadas, niños(as) maltratadas y abusadas, adolescentes víctimas de conflicto armado, de violencia o de desastres, desplazados, menores trabajadores, menores infractores y contraventores de la ley penal y consumidores de sustancias psicoactivas, originando consecuencias aún más graves para la sociedad y convirtiéndose en un factor de incremento de la criminalidad.

En desarrollo del cumplimiento de estos objetivos se busca facilitar el rol de la mujer colombiana cabeza de familia privada de la libertad, enmarcándose en la búsqueda de un compromiso social que promueva mejores condiciones para el desarrollo individual y colectivo de sus miembros, particularmente de los derechos de los niños y niñas, evitando que los menores e incapaces que se encuentran bajo su cargo queden desamparados, puesto que es ella la única encargada de su protección, manutención y cuidado.” (Destacado fuera del texto original).

Así pues, el presupuesto de padre cabeza de familia, no fue satisfecho por GÓMEZ SANDOVAL, motivo por el cual no se hace merecedor a la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria que solicita.

En todo caso, vale la pena recordar, que de acuerdo con la línea jurisprudencial seguida por esta Corporación hasta hace poco⁴, la concesión, tanto de la sustitución de la detención como de la prisión intramural, por la domiciliaria, era indiferente respecto de las exigencias contenidas en la ley, y, por tanto no importaba el tipo de delito, la existencia de antecedentes penales, ni el comportamiento de su beneficiario⁵:

“En palabras de la Corte, la aplicación del mecanismo de sustitución (así como el de la detención preventiva en el lugar de residencia) “no está limitada por la naturaleza del delito, ni está supeditada a la carencia de antecedentes penales y, menos aún, a la valoración de algún componente subjetivo”⁶.

De esta manera, la Sala estimó tácitamente derogados los requisitos previstos en

los incisos 2º y 3º del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, en virtud de los cuales el juez, antes de conceder el sustituto, debe tener en cuenta “el desempeño personal, laboral, familiar o social”⁷ del infractor (con miras a establecer si el beneficio pondrá en peligro a la comunidad o a las personas que estuviesen a su cargo), y está obligado a negarlo si aquél registra antecedentes penales, salvo por delitos culposos o políticos, o si está siendo juzgado por una conducta de homicidio o genocidio, o afecte cualquier bien jurídico protegido por el Derecho Internacional Humanitario.

Por lo tanto, la tesis jurisprudencial puede sintetizarse de la siguiente forma:

La privación de la libertad en establecimiento carcelario en contra del padre o madre cabeza de familia afecta de modo intolerable los derechos de sus hijos menores de edad (o en estado de debilidad manifiesta) respecto de todas las situaciones en las cuales proceda la imposición de una medida de aseguramiento o la efectiva ejecución de la pena de prisión dictadas por el juez.”

Sin embargo, esta posición fue morigerada por una interpretación posterior⁸, vigente en la actualidad, según la cual, en cada caso, resulta necesario e ineludible realizar una ponderación entre los fines de la medida de aseguramiento o de la pena –según se trate- y las circunstancias del menor por proteger con la sustitución de la internación carcelaria. Así lo ha indicado esta Corporación:

“2.3.1. El numeral 5 del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal no puede ser interpretado de manera aislada en perjuicio del resto del ordenamiento jurídico, pues al operador de la norma no le está permitido dejar inocuos los valores y principios en los que se sustenta los fines de la detención preventiva, instituto para el cual siempre habrá de considerarse circunstancias atinentes a la persona del procesado, incluidas las derivadas de los antecedentes penales que registre.

2.3.2. En cuanto al reconocimiento de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza

de familia, los requisitos de orden objetivo y subjetivo consagrados en el artículo 1 de la Ley 750 de 2002 no pueden entenderse derogados por los artículos 314 numeral 5 y 461 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que estas normas obedecen a un carácter menos restrictivo del derecho a la libertad que desde el punto de vista de la [Constitución Política](#) se justifica por el hecho de no haber sido desvirtuada la presunción de inocencia.

2.3.3. En consecuencia, ya sea por mandato constitucional o específico precepto legal, en ningún caso será posible desligar del análisis para la procedencia de la detención en el lugar de residencia o de la prisión domiciliaria para el padre o madre cabeza de familia, aquellas condiciones personales del procesado que permitan la ponderación de los fines de la medida de aseguramiento, o de la ejecución de la pena, con las circunstancias del menor de edad que demuestren la relevancia de proteger su derecho, a pesar del mayor énfasis o peso abstracto del interés superior que le asiste.”

De otra parte, señala el defensor dentro de su disenso, que a su asistido se le negó la mencionada sustitución de la prisión domiciliaria con el argumento de tener una sentencia condenatoria en su contra –cuya segunda instancia se falló el 9 de julio de 2002-, aplicando de manera inapropiada el artículo 32 de la Ley 1142 de 2007, precepto según el cual, sólo la existencia de antecedentes penales de los últimos cinco años, pueden ser fundamento para negar dicho instituto.

Al respecto, el contenido de la norma mencionada por el impugnante, sentencia lo siguiente:

“La Ley 599 de 2000, Código Penal, tendrá un artículo 68ª el cual quedará así:

Exclusión de beneficios y subrogados. No se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional; tampoco la prisión domiciliaria como

sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los cinco (5) años anteriores.”

Al revisar la sentencia impugnada frente a este tópico, sólo puede concluirse que esta norma no fue sustento para negar a GÓMEZ SANDOVAL la pretendida sustitución del lugar de reclusión; motivo por el cual carece de razón su motivo de inconformidad.

Dentro de las solicitudes genéricas contenidas en su disenso con el fallo apelado, el acusado hizo mención a que se le autorice el mecanismo de vigilancia electrónica, sin enfrentar la justificación que sirvió de soporte a su negativa por parte del a quo, la cual se sustentó en que es una medida sólo aplicable en la fase de ejecución de la pena, de acuerdo con las previsiones del artículo 38 A del estatuto punitivo; en lo cual se le encuentra razón al Tribunal, de manera que la autoridad encargada de analizar su procedencia es el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, encargado de vigilar la ejecución de las sanciones impuestas a GÓMEZ SANDOVAL.

En conclusión, la sentencia apelada será confirmada integralmente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión apelada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Excusa justificada

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN
SALAZAR OTERO

LUIS GUILLERMO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ
SALAMANCA

JULIO ENRIQUE SOCHA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Sentencia de 26 de octubre de 2011, radicado 32143.

2 Sentencia C-154 de 2007.

3 Gaceta del Congreso 175 de 23 de mayo de 2002.

4 Desde el fallo de única instancia del 26 de junio de 2008, radicado 22453.

5 Auto de 22 de junio de 2011, radicado 35943.

6 Sentencia de casación de 30 de septiembre de 2009, radicación 30106.

7 Artículo 1 de la Ley 750 de 2002, inciso 1º. Es de destacar que algunos apartes de

la norma, relacionados con expresiones como “infractora” o “autora”, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2003, “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

8 Expresada en fallo de 22 de junio de 2011 radicado 35943.