

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta No.376

Bogotá, D. C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012).

VISTOS:

La Sala resuelve acerca del cumplimiento de los requisitos de crítica lógica y suficiente demostración de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Olga Lucía Bernal Parra contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria en parte de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, que la condenó como autora de las conductas punibles de captación masiva y habitual de dinero y enriquecimiento ilícito de particulares.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

1. Los primeros fueron declarados por el ad quem en los siguientes términos:

“Se tuvo conocimiento que la señora Olga Lucía Bernal Parra se encontraba inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C. y que figuraba como persona natural en calidad de propietaria de los siguientes establecimientos de comercio: «Inversiones H.R. Zipaquirá», con sede en el municipio de Zipaquirá (Cundinamarca) y matrícula No. 01020778 del 14 de junio de 2000, e «Inversiones H.R. Bogotá», con sede en la ciudad de Bogotá, D.C. y matrícula No. 016990202 del 31 marco de 2007.

De otra parte, el señor Silvano Pinilla Alarcón denunció a la señora Olga Lucía Bernal Parra el 9 de mayo de 2008, indicando que acudió con otros para entregar su dinero en efectivo a la empresa Inversiones H.R., con la expectativa de que el mismo sería devuelto con altos intereses mensuales o semestrales, según el caso, pero al cumplirse los plazos para la entrega del dinero, no fue devuelto, pero sí se defraudó a los usuarios al cobrarles altas tasas de interés sin que existiera contraprestación alguna de bienes y servicios. Tal denuncia fue igualmente realizada por la Superintendencia de Sociedades, al ser intervenida la sociedad Inversiones H.R.

Otras personas interpusieron denuncia por los mismos hechos contra la señora Olga Lucía Bernal Parra, quien figuraba como propietaria y gerente de Inversiones H.R. y por tratarse de una conducta permanente, donde además mediaba una pluralidad de afectados, se decidió, ante la multiplicidad de denuncias, llevar una sola investigación de los hechos por razón de su conexidad.

La Fiscalía, con la recopilación de la información pertinente, creó una base de datos que arrojó como resultado 14.240 (sic) personas afectadas en Zipaquirá (Cundinamarca) y Bogotá, D.C., víctimas que indicaron haber entregado dineros a la señora Olga Lucía Bernal Parra, el que fue garantizado con una letra de cambio, cuyos montos corresponden a la suma total de \$233.936.803.539, suma representativa igualmente del incremento ilegal del patrimonio de Olga Lucía Bernal Parra y del dinero captado de manera ilegal.

La base de datos fue levantada en diferentes espacios de tiempo a medida que las víctimas fueron allegando fotocopias de las letras de cambio firmadas con Inversiones H.R., así como su documento de identificación y demás datos para una posterior ubicación, la que fue entregada con cadena de custodia al perito contable del CTI Carlos José Ospina Grimaldo, llegando al referido número de afectados, siendo así que la base de datos se nutría al llegar la información al citado.

Con los informes del perito del CTI se estableció igualmente que en la captación de dineros realizada por Olga Lucía Bernal Parra mediante Inversiones H.R., participaron empleados de esa empresa bajo su subordinación, los que al parecer también se apoderaron de cuantiosas sumas de dinero que recibieron por razón de sus funciones como empleados de la sociedad.

Del igual modo, sin ninguna autorización legal, Inversiones H.R. captó de forma masiva y habitual dineros del público, obteniendo un incremento patrimonial no justificado, derivado de la actividad ilícita de la captación.

Las víctimas afirman que no se les ha devuelto dinero desde el 17 de noviembre de 2008, perdiendo toda la inversión que realizaron.

La señora Gina Paola Niño, empleada de Olga Lucía Bernal Parra, manifestó en entrevista, que la sociedad H.R. funcionó hasta el 27 o 28 de febrero de 2008 en Zipaquirá y Bogotá, D.C., que siempre tuvo sede en Zipaquirá y que en los últimos meses funcionó una en Bogotá. Aclaró que captaron dineros del público hasta las fechas señaladas y que ella renunció el 29 de mayo de 2008, desconociendo el paradero del dinero captado. Respecto del reintegro del dinero, no sabe a quién se lo devolvieron y a quién no, pero conoce que la gente se encuentra muy afectada.

Además, la Fiscalía señaló que el hermano de la acusada, señor Guillermo Bernal Parra, entregó al ente acusador un pagaré con su carta de instrucciones, en el cual aparece como deudora Claudia Jeaneth Dorado Ortiz y como acreedor el citado, por un valor de \$12.000.000, el cual fue entregado al interventor”.

2. Con fundamento en lo anterior y como no fue posible vincular directamente a la inculpada Olga Lucía Bernal Parra, se le declaró persona ausente, tras lo cual, el 30 de enero de 2009, ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Zipaquirá con Funciones de Control de Garantías, la Fiscalía le formuló imputación como autora de las conductas

punibles de captación masiva y habitual de dinero, no reintegro de dineros captados¹ y enriquecimiento ilícito de particulares.

3. El 25 de febrero de 2009, la inculpada se puso a disposición de las autoridades y se allanó solamente por el delito de captación masiva y habitual de dinero, razón por la cual se dispuso la ruptura de la unidad procesal, sin embargo, esa manifestación fue improbadada en el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá.

4. El 2 de noviembre de 2010, ante el mismo Juzgado, se acusó a Olga Lucía Bernal Parra únicamente como autora del delito de captación masiva y habitual de dinero. Además, la Fiscalía solicitó llevar bajo una misma cuerda procesal esta actuación y la seguida contra la encartada por la conducta punible de enriquecimiento ilícito de particulares por razón de la conexidad existente, trámite último en el que a su vez se le había formulado acusación el 7 de mayo de 2009 por dicha infracción.

5. Aceptada la petición de la Fiscalía e igualadas las actuaciones, al inicio de la audiencia del juicio oral la inculpada aceptó cargos respecto de los delitos por los que se le había acusado.

6. El 17 de febrero de 2012 se dio lectura al fallo, mediante el cual se condenó a la inculpada como coautora de los delitos por los que había sido convocada a juicio, a quien se le impusieron las penas principales de 109 meses y 5 días de prisión y multa de 41.666,67 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, a quien se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pero se le concedió el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria por su condición de madre cabeza de familia.

7. Impugnada la sentencia por uno de los apoderados de las víctimas, el Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo del 19 de abril de 2012, revocó el sustituto de la

prisión domiciliaria concedido a la procesada.

8. Contra la anterior providencia, el abogado de la inculpada presentó recurso de casación.

LA DEMANDA:

Cargo único:

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el apoderado de la inculpada denuncia la falta de aplicación de los artículos 38 del Estatuto Punitivo, 1º de la Ley 750 de 2002, 8º y 9º del Código de la Infancia y la Adolescencia y 9º de la Convención de los Derechos del Niño.

En sustento de esa formulación, una vez transcribe las consideraciones del Tribunal que llevaron a negar a la acusada el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, menciona que la definición legal de esta última calidad está prevista en los artículos 2º de la Ley 82 de 1993 y 1º del Decreto 190 de 2002, tras lo cual evoca apartes de una sentencia de esta Corporación², en donde se indica que además de constatarse la condición aludida, deben concurrir otros factores.

Expresa que respecto de la procesada se reúnen los requisitos para el otorgamiento de la prisión domiciliaria, como en efecto lo concluyó el a quo, y agrega que únicamente de esta manera se asegura el bienestar integral de los hijos de aquella, valga decir, no solo el suministro de alimentos, sino el afecto que una madre es capaz de brindar.

Añade que si bien la hermana y el tío materno de los menores están en condiciones de prodigar tal sentimiento a los niños, en todo caso no tienen la capacidad de asumir el papel de madre.

De otra parte, afirma que a pesar de que el Tribunal le negó la prisión domiciliaria a la inculpada por el alto impacto social de los delitos por los que se le sentenció y por la gran cantidad de dinero arrebatada a los clientes de la empresa de su propiedad, con base en lo cual se dedujo “que el desempeño social, familiar y laboral de la procesada es digno de reproche” y, por tanto, no se le podía conceder la prisión domiciliaria, igualmente no debe perderse de vista que en el caso particular concurren los requisitos que la Corte previó en la decisión atrás referenciada³, en orden a conceder el mecanismo sustitutivo en cuestión.

Señala que para los delitos por los que la procesada fue condenada no está prohibida la prisión domiciliaria, ni tampoco “encuentra razones” para que la segunda instancia haya revocado el sustituto otorgado por el a quo.

Luego de evocar una decisión de esta Sala⁴ en donde se recuerdan los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia contemplados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002 y de referirse a otra⁵ en la que se indica que se debe tener en cuenta la gravedad del delito al estudiar su concesión, expone que si bien su prohijada cometió unos ilícitos que —como todos— deben ser reprochados y castigados ejemplarmente, no puede ignorarse que en este caso están comprometidos unos niños que necesitan del cuidado de su madre, mas no el de la hermana o un tío como lo pretende el Tribunal, pues el beneficio es para aquellos y no a favor de ésta.

Agrega que el “desempeño personal, laboral y social de la procesada está más que demostrado a lo largo del proceso”, pues desde su entrega facilitó la información de las cuentas de su empresa y “devolvió buena parte de los dineros apropiados como producto de la actividad ilícita a la que se dedicaba”.

Una vez expresa que en el artículo 8º del Código de la Infancia y la Adolescencia se consagra el “interés superior de los niños” y en el artículo 9º ibídem se alude a la

“prevalencia de sus derechos”, concluye que en el asunto de la especie se “violentaron los derechos de los menores hijos de Olga Lucía Bernal Parra... [al desconocerles] el derecho a tener una madre a su lado que vele por su bienestar, no solo material sino espiritual, es decir, por su desarrollo integral”.

Para concluir, recuerda el contenido del artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño y expresa que en este caso el Tribunal “prefirió ir en contravía” de las disposiciones mencionadas, “atendiendo más al capricho de los lesionados económicamente, que al bienestar de los menores” hijos de la acusada, por lo que solicita casar la sentencia y que se le conceda la prisión domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

I. Sobre el recurso de casación en la Ley 906 de 2004:

1. De conformidad con lo preceptuado en el artículo 181 de la ley anotada, este medio de impugnación se erige en un mecanismo de control constitucional y legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales, el cual, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 180 ibídem, tiene como propósito alcanzar (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías fundamentales de las partes e intervinientes, (iii) la reparación de los agravios eventualmente inferidos a éstos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

2. Con el ánimo de hacer efectivo el cumplimiento de esos objetivos, en la Ley 906 de 2004 le fueron otorgadas a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia facultades especiales, entre otras, la de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la discusión planteada, así lo ameriten.

3. Lo anterior no implica que este mecanismo sea de libre formulación, o que esté

desprovisto de todo rigor y que sea una oportunidad procesal para proponer debates al estilo de las instancias, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude a él debe ceñirse a determinados requerimientos de claridad, precisión, coherencia y suficiencia, en orden a comprobar el reparo propuesto, por lo que ha de seguir una presentación que se ajuste a la causal invocada en aras de persuadir a la Corte de revisar el fallo de segunda instancia, para que lo corrija en razón de ser contrario al derecho sustancial o violatorio de las garantías fundamentales de las partes o intervinientes.

4. De allí que el inciso 2° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, prevea que no será admitida la demanda de casación si el actor carece de interés para acceder a este medio de impugnación, no indica la causal, no la desarrolla adecuadamente, o “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”, lo que puede presentarse cuando la Corte observe que los aspectos reprochados carecen de trascendencia frente a lo ocurrido en la actuación y decidido en el fallo impugnado.

II. Presupuestos de crítica lógica y suficiente demostración de la causal primera de casación:

1. Como dicha causal recoge la violación directa de la ley de carácter de sustancial, su denuncia impone al demandante circunscribir el debate al escenario exclusivamente jurídico y de allí que el casacionista deba asumir incondicionalmente la apreciación de los medios de conocimiento fijada por el fallador, pero además, es necesario que se someta a la realidad fáctica declarada en la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

2. Ahora, tres son los conceptos a través de los cuales se llega a la violación directa de una norma de derecho sustantivo, siendo del caso anotar que cada uno de ellos exige

composiciones argumentativas claramente definidas e independientes.

3. Así, cuando lo perseguido es demostrar la exclusión evidente de una norma, se impone comprobar el error acerca de su existencia, validez o falta de selección.

4. Empero, si se pretende evidenciar la aplicación indebida de una determinada disposición, el esfuerzo ha de orientarse a constatar la defectuosa adecuación del supuesto fáctico probado respecto de la hipótesis contemplada en el precepto.

5. Finalmente, si lo deseado es poner de presente la interpretación errónea de la norma, la tarea se debe concentrar en comprobar que a ésta se le confirió un efecto limitado o excedido distinto al derivado de su contenido.

6. Adicionalmente, es preciso mencionar que como la interpretación errónea parte de la base que la disposición vulnerada es correctamente seleccionada, no debe confundirse con los casos donde por dársele un alcance equivocado, no es aplicada o se utiliza en forma indebida.

7. En efecto, es pertinente recordar que la aplicación indebida o la exclusión de una norma se pueden dar a consecuencia de su errónea interpretación.

8. En estos eventos, el yerro de hermenéutica conduce, en punto de la aplicación indebida, a desbordar el verdadero sentido de la disposición y, por ello, se la pone a gobernar un asunto que no contempla. En cuanto hace a la exclusión de su aplicación, el error en la exégesis del precepto lleva a restringir sus efectos jurídicos y por eso no se la utiliza.

9. Ahora, cuando se alega que como fruto de la interpretación de la norma se incurre en su no aplicación, como sucede en el presente asunto, corresponde al impugnante (i)

precisar el aspecto de derecho objeto del ataque y establecer la naturaleza del instituto jurídico recogido en él, puntualizando su ubicación en el ordenamiento positivo, (ii) especificar cuál fue la exégesis dada en la sentencia al mismo, (iii) indicar las razones por las que ella resulta equivocada y (iv) explicar porqué la comprensión propuesta en la demanda es la correcta, lo que impone demostrar la coherencia de la interpretación formulada por el actor frente a las categorías jurídicas relacionadas con la temática y respecto del universo regulatorio inherente al punto de derecho cuestionado.

10. Igualmente, conviene mencionar que la simple postulación de una interpretación plausible paralela a la consignada en la sentencia no tiene cabida en sede de casación, por cuanto el recurso extraordinario no está instituido para prolongar discusiones al estilo de las instancias.

11. En otros términos, frente a la interpretación razonada y razonable de la norma realizada por el Tribunal, no es posible intentar el recurso extraordinario, si el orden jurídico, los valores, principios, derechos y demás garantías de las partes e intervinientes, son respetados a través del entendimiento que de los preceptos hace el ad quem.

12. Efectuadas las anteriores precisiones, agota la Sala el examen de los requisitos de crítica lógica y suficiente demostración de la demanda de casación presentada por el apoderado de la procesada Olga Lucía Bernal Parra.

III. Sobre el único cargo formulado:

1. Como el libelista pretende que se case la sentencia y, en consecuencia, que se le conceda a la procesada la prisión domiciliaria como madre cabeza de familia, para lo cual ofrece un discurso alejado de las exigencias propias de la causal primera de casación, pues simplemente opone su postura personal a la plasmada por el Tribunal, en medio de lo cual cuestiona los hechos y la apreciación probatoria fijada en el fallo e, incluso, no demuestra yerro in iudicando alguno; ello obliga a manifestar desde ahora que la

demanda será inadmitida.

2. En efecto, de entrada se observa que contrario a lo señalado inicialmente en relación con la forma como se debe enfocar la causal primera de casación, estos es, a través de un alegato en derecho plegado a la situación fáctica consignada en el fallo y de conformidad con la valoración probatoria determinada por el Tribunal, el demandante cuestiona la capacidad de la hija mayor de la acusada para asumir la atención de sus hermanos menores, cuando precisamente una de las conclusiones a las que arribó el ad quem es que del “cuidado integral de los infantes” puede encargarse aquella, pues si bien actualmente adelanta sus estudios universitarios, “nada indica que no esté en capacidad de ello”.

3. Sobre particular el juez colegiado agrega que igualmente la inculpada cuenta con familiares cercanos, como es el caso de su hermano, “quien aun cuando opone razones de índole personal para no asumir el cuidado y manutención de los menores, tampoco padece de limitaciones físicas o trastornos mentales que le impidan desarrollar y continuar con tal labor, máxime cuando ya tuvo bajo su tutela a los tres hijos de la sentenciada... [por lo] que las razones que expone para no continuar con las labores de cuidado que prodigaba a los menores no son suficientes para desatender tal obligación”. Además, el ad quem recuerda si bien el padre de los niños falleció, “cuentan con familia paterna que puede asumir su cuidado”.

4. Es más, en la sentencia de segunda instancia, contrario a lo aducido por el censor, para quien únicamente la procesada está habilitada para atender a sus hijos infantes, se aclaró que “una cosa es ser la progenitora de un menor de edad... y otra diferente es tener a su cargo el cuidado integral de aquel de manera exclusiva, circunstancia que no se acreditó en el presente caso, máxime cuando dichos infantes nunca se han visto desprovistos de cuidado y manutención básicas que les procure una vida en condiciones dignas, al haber estado bajo el cuidado de su abuela materna, su tío y

su hermana mayor de edad”, razón por la cual se concluye en el fallo impugnado que “no se encuentran satisfechos los requerimientos de índole legal y jurisprudencial... para conceder a la señora Olga Lucía Bernal Parra el sustituto de la prisión domiciliaria en calidad de madre cabeza de familia”.

5. No solo conspira contra la admisibilidad de la censura el cuestionamiento que hace el memorialista de los hechos y respecto de la apreciación de las pruebas conforme lo dispuso el Tribunal, sino que, en gracia a discusión, no muestra el error in iudicando en que se habría incurrido en la sentencia impugnada.

6. En este sentido, se tiene que el actor contrae su queja a señalar que el ad quem basó la negación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria en que se generó un alto impacto social con los delitos por los que la encartada resultó sentenciada, así como por la cantidad de dinero arrebatada a las víctimas, tras lo que, bajo su particular percepción, se dedica a intentar demostrar que en el caso de la especie se cumplen los requisitos contemplados en el artículo 1º de la Ley 750 de 2002, en medio de lo cual enfatiza en la necesidad de que sea la procesada la encargada del cuidado integral de sus menores hijos, en aras de hacer prevalecer los derechos consagrados en los artículos 8º y 9º del Código de la Infancia y la Adolescencia y 9º de la Convención de los Derechos del Niño, lo que impone mencionar que con ello simplemente el censor deja de lado la segunda parte del análisis adelantado por el Tribunal en el fallo, en donde éste, para consolidar la conclusión a la que arribó, es decir, la negación del referido mecanismo sustitutivo, puso de presente la doctrina vigente de esta Corporación.

7. Lo anterior hace necesario recordar, que cuando se invoca, como sucede en el sub iudice, la causal primera de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 que recoge la violación directa de la ley sustancial y, además, en concreto se discute la no aplicación de una norma que a juicio del demandante es la llamada a gobernar el caso, es preciso evidenciar bajo un alegato en derecho el error del juzgador y a su vez

la pertinencia de su aplicación, según se dejó plasmado en detalle inicialmente.

8. Como esa carga argumentativa es omitida por el libelista, quien simplemente se dedica a magnificar los derechos de los menores, de allí se sigue que en realidad ninguna labor desplegó el censor en orden a evidenciar un error en la decisión del juez colegiado.

9. Para percatarse de la ausencia de error en el fallo impugnado en punto de la negación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria a favor de la procesada como madre cabeza de familia, nótese que allí se recordó, siguiendo criterio de autoridad⁶, la necesidad de “estudiar los antecedentes penales que registra la sentenciada, su entorno laboral, personal, familiar o social, así como la modalidad de las conductas punibles por las que se adelanta el proceso, para establecer la procedencia del sustituto penal en mención, realizando para ello un juicio de ponderación al estar de por medio el interés superior de unos menores de edad, que pueden verse afectados con la privación de la libertad de su progenitora”.

10. Sobre el particular, el Tribunal trajo los siguientes apartes de la decisión de esta Corporación:

“...la Sala ha contemplado que, para la concesión de la prisión domiciliaria, los fines de la pena constituyen tanto la razón como el horizonte por el cual es deber del funcionario estudiar las condiciones relativas al «desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado», de que trata el artículo 38 del Código Penal:

«...el pronóstico al que se condiciona el reconocimiento de la pena sustitutiva, por sujetarse a su vez al entorno laboral, personal, familiar o social del sentenciado, ha de conciliar el sentido y fines de la pena, de modo que en éstos pueda armonizarse la prevención general y la especial, pues si bien es tan legítimo que, en un adecuado sistema de política criminal que orienta aquella función con arreglo a los

principios de protección de los bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad, el derecho penal está llamado a desempeñar una labor profiláctica en abstracto, no menos lo es que, dados los presupuestos de garantía de los derechos del procesado, también se encuentra orientado a cumplir una función de prevención especial, pero no en un sentido negativo bajo el falso entendido de que existen delincuentes irrecuperables que seguramente volverán a reincidir, sino en uno contrario en que, de manera positiva y dentro del respeto por la autonomía y dignidad del condenado se propenda hacia su resocialización.

En ese orden, el diagnóstico, así relativo, que demanda la norma en que se fundamenta la pena sustitutiva, obedece ciertamente a un juicio positivo sobre esa función preventiva especial pues, a no dudarlo, los supuestos subjetivos para su reconocimiento, en la medida en que se refieren a las condiciones personales, familiares, laborales o sociales del sentenciado, deben examinarse dentro de la posibilidad que éste tenga, a futuro, de vulnerar bienes jurídicos en relación, obviamente, con dicho entorno»⁷.

(...)

Por lo tanto, la privación de la libertad en el lugar de residencia del procesado en razón de su condición de padre o madre cabeza de familia no puede en principio suscitar situaciones intolerables de impunidad, es decir, aquellas en las cuales el derecho reconocido del menor afecta de manera grave o desproporcionada la realización efectiva de los fines del proceso o del cumplimiento de las funciones propias de la pena, todo ello dentro del ámbito de los objetivos que el derecho penal imponga por mandato constitucional en el caso concreto.

En este orden de ideas, si el juez, por un lado, encuentra en determinado asunto que se reúnen los requisitos de naturaleza legal y constitucional para imponer la detención

preventiva en un sitio de reclusión, o bien para decretar la ejecución material de la pena en un establecimiento carcelario, pero al mismo tiempo advierte que en aras del derecho del hijo menor o incapacitado sería recomendable no quebrantar la unidad familiar, está ante una colisión de principios que pese al interés superior de este último deberá resolver mediante el llamado juicio de ponderación.

(...)

Por consiguiente, aún en el evento de concluir que el numeral 5º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal desplazó al artículo 1º de la Ley 750 de 2002 (tanto en materia de prisión como de detención domiciliaria) en cuanto a la menor exigencia de requisitos, no habría razón alguna para concluir acerca de la imposibilidad de estudiar factores relativos al procesado, o a los antecedentes penales que registre, pues en virtud del juicio de ponderación en la aplicación de la ley se verá obligado a sopesar las circunstancias concernientes al interés superior del menor con las atinentes a los fines de la medida de aseguramiento, o a los de la ejecución de la pena, en aras de determinar si el mayor peso abstracto de uno de los principios en pugna es traducible en uno específico.

Es decir, el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos. Y dejar como único requisito de la detención o prisión domiciliaria para los padres o madres cabeza de familia la constatación de la simple condición de tal convierte en absoluto el derecho del menor a no estar separado de su familia, y además lo hace en detrimento de unos institutos (la detención preventiva en centro de reclusión y la ejecución de la pena en establecimiento carcelario) que no sólo atienden a principios y valores constitucionales (como la paz, la responsabilidad de los particulares y el acceso a la administración de justicia de todos los asociados), sino que deben ser determinados por las circunstancias personales del agente, motivo por el cual tienen

que ser ponderadas en todos los casos”. (las subrayas son del Tribunal).

11. Entonces, de los fragmentos transcritos por el Tribunal de la decisión de esta Sala, se extrae que puso especial énfasis en el juicio de ponderación que debe hacerse entre los derechos de los menores y el cumplimiento de las funciones propias de la pena, de manera que tanto en dicho pronunciamiento como aquí, la conclusión a la que se llegó fue la misma, esto es, “impedir una intolerable impunidad” derivada de la concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, pues frente al sub lite no podía desconocerse que los delitos ejecutados por la acusada tuvieron “un gran impacto social en la comunidad de Zipaquirá (Cundinamarca) al constituirse como víctimas dentro del presente proceso más de 14.240 (sic) personas, a quienes se defraudó... por la suma de \$233.936.803.539, cuantía de considerables proporciones, en la cual la procesada incrementó ilícitamente su patrimonio”.

12. Evocado el contenido de la sentencia en punto de la negación del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, claramente se advierte que el impugnante no hace el más mínimo esfuerzo por demostrar porqué en este caso no había lugar a privilegiar las funciones de la pena y sí los derechos de los menores, amén de que dicho sea de paso, en modo alguno estarían en riesgo gracias a la existencia de familiares plenamente capacitados para velar por su cuidado integral.

13. Así las cosas, tal como se indicó desde el comienzo, se inadmitirá la demanda.

14. Finalmente, es preciso señalar que no se observa que con ocasión del fallo impugnado o dentro de la actuación, efectivamente se hayan violado los derechos o las garantías de las partes e intervinientes, como para que tal circunstancia imponga superar los defectos del libelo en orden a decidir de fondo, según lo preceptúa el inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

IV. Sobre el mecanismo de insistencia:

1. La declaratoria de inadmisibilidad de la demanda tan sólo permite el “recurso de insistencia presentado por alguno de los magistrados de la Sala o por el Ministerio Público”, según lo consagra el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

2. Ahora, como en la citada ley no se reguló la manera concreta de materializar dicho instituto, la Sala⁸, previa definición de su naturaleza, precisó las reglas que han de seguirse para el efecto, así:

La insistencia sólo puede ser promovida por el demandante dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la providencia por medio de la cual la Corte resuelve no seleccionar la demanda de casación, con el fin de provocar que reconsidere lo decidido.

También podrá ser propuesta oficiosamente por alguno de los delegados del Ministerio Público para la casación penal —siempre que el recurso extraordinario no haya sido interpuesto por un Procurador Judicial—, el Magistrado disidente o el Magistrado que no haya participado en los debates y suscrito la providencia que inadmite la demanda.

La solicitud se puede presentar ante el Ministerio Público a través de sus delegados para la casación penal, o frente a uno de los Magistrados que haya salvado voto, en cuanto a la decisión mayoritaria de inadmitir la demanda, o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión.

Es potestativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en que informará de ello al peticionario en un plazo de 15 días.

El auto a través del cual no se selecciona la demanda de casación, trae como consecuencia la firmeza de la sentencia de segunda instancia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conlleve a la admisión de la demanda.

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

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Olga Lucía Bernal Parra.
2. ADVERTIR que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es viable la interposición del mecanismo de insistencia en los términos precisados por la Sala.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Artículo 316 A del Código Penal, adicionado por el artículo 2º del Decreto 4336 de 2008, expedido tras la declaratoria del estado de emergencia económica y social mediante el

Decreto 4333 del mismo año.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2010, No. 25632.

3 Ver pie de página anterior.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 16 de julio de 2003, radicación No. 17089.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 30 de mayo de 2007, radicación No. 30799.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 22 de junio de 2011, radicación No. 35943.

7 Providencia de 31 de agosto de 2001, radicación No. 15003. En sentido similar, autos de 16 de agosto de 2001, radicación No. 18506, y 17 de junio de 2003, radicación No. 18684, entre otras.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de diciembre de 2005, radicación No. 24322.