

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 169.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil trece (2013).

V I S T O S

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el 5 de febrero de 2013, confirmatoria de la emitida el 16 de noviembre de 2012, por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esa ciudad, en la cual se condenó a la acusada a la pena principal de 10 años y 8 meses de prisión, junto con multa en cuantía de 1333,33 salarios mínimos legales mensuales, como autora del delito de tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Allí mismo se decretó la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena privativa de la libertad, y se negaron a la procesada los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

H E C H O S

En el fallo de segunda instancia, se narró lo ocurrido, de la siguiente forma:

“Aproximadamente a las 7 y 10 de la noche del 21 de abril de 2010, miembros de la

Compañía Antinarcóticos que había instalado un retén en el sector conocido como “Alamos Norte”, en la vía que del municipio de Pupiales conduce al de Ipiales, realizaron un registro a un vehículo automotor donde viajaban las señoras IRMA ORTIZ MIRANDA y CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ, encontrando en poder de ambas sustancia estupefaciente en cantidad total neta de 3011 gramos, circunstancia que motivó su captura inmediata.

Se supo que a la segunda de las mencionadas le fue hallado adherido en su cuerpo 4 paquetes y 4 más en un bolso que llevaba, contentivos éstos de 1584 gramos de heroína, según prueba científica practicada a lo largo de la actuación.”

DECURSO PROCESAL

Capturadas en flagrancia las ocupantes del automotor, el día 22 de abril de 2010, se realizaron ante el Juez Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ipiales (Nariño), las audiencias preliminares de legalización de la aprehensión, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento.

En el decurso de las audiencias, el Juez de Control de Garantías determinó legal la captura y facultó que se formulase imputación por el delito de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, en contra de Irma Ortiz Miranda y CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ. A los cargos se allanó la primera, razón por la cual fue rota la unidad del proceso.

A renglón seguido, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, en contra de CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ, aunque después fue mutada por confinamiento domiciliario.

El 14 de mayo de 2010, la Fiscalía presentó un escrito que consigna el preacuerdo al que se llegó con CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ, el cual fue repartido al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, oficina judicial que aprobó el pacto en audiencia celebrada el 17 de agosto de 2012.

El 16 de noviembre de 2012, fue proferida la sentencia condenatoria de primer grado, allí mismo apelada por la defensa de la acusada, en cuanto, negó a ésta el sustituto de prisión domiciliaria.

Sustentado oportuna y adecuadamente el recurso, con fecha del 5 de febrero de 2013, fue emitida la sentencia de segunda instancia que confirma en su integridad lo decidido por el A quo, motivando ello que la defensa acudiese al recurso extraordinario de casación, en escrito que ahora se analiza en su adecuada fundamentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

Único cargo

Con amparo en la causal primera consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor de la procesada acusa a la sentencia de segundo grado de haber violado directamente la Constitución Política colombiana, al dejar de aplicar el artículo 4°, en consonancia con los artículos 1, 5, 42, 44 y 45, de la misma, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional que amplía el concepto de familia de crianza.

En concreto, el demandante controvierte la manifestación del ad quem referida a que la Ley 750 de 2002, que contempla beneficios penales para la madre -o el padre-cabeza de familia, limita el concepto a los hijos del procesado o procesada, pero no a todos quienes dependan de ellos, como sí lo hace la Ley 82 de 1993.

En contrario, trae a colación el recurrente, apartados de decisiones de la Corte Constitucional en los cuales se habla de los distintos tipos de familia -adoptiva, de crianza, monoparental, ensamblada-.

Seguidamente, advierte el impugnante que la decisión del Tribunal, en cuanto ignoró que a pesar de la calidad de primos entre sí, la acusada ha actuado como verdadera madre

cabeza de familia de un menor, va en contra de lo consagrado en el artículo 1° de la Constitución, que demanda la prevalencia del interés general, a más que se pasa por alto el artículo 44 ibídem, referido al interés prevalente de los niños y al derecho a contar con una familia y no ser separado de ella; y el artículo 45 siguiente, que contempla la protección y formación integral del adolescente.

Luego, el casacionista cita publicaciones que desarrollan el tema de las necesidades afectivas de los menores, junto con jurisprudencia de la Corte Constitucional atinente al derecho a no ser separado de la familia.

Por último, recurre el demandante a lo consignado en la Sentencia SU-388 de 2005, obra de la Corte Constitucional, donde se detallan los requisitos para estimar la condición de madre cabeza de familia, aseverando que en el caso de su representada judicial todos ellos se cumplen, dado que tiene la responsabilidad de una persona incapacitada para trabajar (su primo menor de edad); la responsabilidad es de carácter permanente; se trata, el favorecido con la manutención, de un menor abandonado por su madre biológica; y se presenta una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.

En este último punto, remite el casacionista a lo expresado por la A quo en el fallo de primer grado, donde se afirmó que la obligación con el menor perfectamente podía ser cubierta por José Antonio Alegría, pues, desconoce que este fue condenado a una pena superior a 11 años por similar delito de tráfico de estupefacientes. Incluso, agrega el recurrente, lo sucedido informa que el padre de CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA la utilizó como correo humano, aprovechándose de su situación de marginalidad y pobreza extrema.

A su vez, afirma el casacionista que “no comparte” lo manifestado por la A quo cuando, recurriendo a reciente jurisprudencia de la Corte¹, significa que aún si se

considera madre cabeza de familia la acusada, el tipo de delito ejecutado impide otorgarle la prisión domiciliaria.

En sentir del demandante, la misma jurisprudencia citada por la A quo, permite aquí conceder a la procesada el sustituto reclamado, dado que esta “realizó su conducta bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad y pobreza extrema, y como es una persona humilde e ingenua, fue utilizada por su padre JOSÉ ANTONIO ALEGRÍA, como correo humano”.

Pide el impugnante, para finalizar, que se otorgue a la acusada el sustituto penal de la prisión domiciliaria y se le permita trabajar.

CONSIDERACIONES

Ya de manera amplia, reiterada y pacífica, la Corte ha fijado las pautas que gobiernan el recurso extraordinario de casación, en el entendido que no es un mecanismo ordinario que faculte proseguir con discusiones ya cubiertas en las instancias, pues, tiene como objeto central la existencia de un error no solo notorio sino trascendente, a partir del cual se faculta la revisión de los fallos.

Esa naturaleza extraordinaria del recurso, implica, además, que se deban cubrir precisas obligaciones argumentativas, como quiera que a la sede casacional llega el fallo de segundo grado prevalido de una doble connotación de acierto y legalidad que sólo puede desquiciarse con el cumplimiento de esas exigencias, entre otras razones, porque el solo enfoque diferente, así se exponga con suficiencia retórica, no demuestra el yerro que hace posible la revocatoria o modificación de lo decidido.

En el caso concreto, el recurrente acudió a la causal primera de casación, pretendiendo entronizar una supuesta vulneración de la ley sustancial, o mejor, de principios constitucionales, en lo decidido por el Tribunal cuando negó a la procesada el sustituto

de la prisión domiciliaria.

Empero, ese estudio dogmático profundo que se reclama del demandante en casación cuando se trata de la violación directa de la ley, ha sido hábilmente dirigido no hacia la demostración de que el ad quem incurrió en error al interpretar lo que la norma sustancial contiene –artículo 314, numeral 5° de la Ley 906 de 2004-, sino respecto de una muy particular interpretación de la principalística constitucional, si bien sugestiva en su tesis, bastante limitada en sus efectos, pues, ya se sabe, por el camino de interpretar de forma descontextualizada e interesada la textura amplia de un principio constitucional, siempre será posible defender cualquier tesis, mucho más, si en soporte de lo dicho se citan de forma aislada y con bastante poca identidad fáctica, providencias de la Corte Constitucional que se refieren en abstracto a determinados derechos, en particular, los de los niños y su pregonada preeminencia.

Ya se sabe del largo trasiego constitucional que ha verificado la jurisprudencia, a partir del cual se concluye que no existen derechos absolutos y siempre será posible delimitar tensiones entre ellos, que obligan acudir al método de la ponderación.

Pero también ha sido instituido sin discusión que los derechos, todos, pueden ser limitados, siempre que no se afecte su núcleo básico.

Las instancias, en punto de los requisitos para acceder a la prisión domiciliaria con base en lo estipulado en el numeral 5° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, por remisión expresa que a este hace el artículo 461 de la misma normatividad, advirtieron que el beneficio, en lo que al ámbito penal compete, sólo irradia a los condenados que tienen bajo su tutela hijos menores, en seguimiento de lo que sobre el particular contempla la Ley 750 de 2002.

Sobra significar que la norma en la cual se contempla el beneficio sólo permite la hipótesis de que la procesada –o el procesado, conforme lo extendido por la Corte

Constitucional- sea madre cabeza de familia “de hijo menor de 12 años o que sufre incapacidad mental permanente” (con el matiz que introdujo la Corte Constitucional en la Sentencia C-154 de 2007, extendiendo a 18 años la edad y eliminando el carácter permanente de la enfermedad).

Entonces, si se conoce y acepta que la persona bajo el cuidado de la procesada no es su hijo, sino primo suyo, no es factible significar que existe una errada interpretación de lo que la norma consagra.

Pero, si además, para demostrar lo contrario se acude a la principalística constitucional, que se quiere hacer valer en abstracto, sin definir la posibilidad de restricciones, mucho más si corresponde a la necesaria tensión entre los derechos de la sociedad y las limitaciones de quien es condenado por la comisión de un delito, con los beneficios a que deben acceder los menores, el asunto deriva hacia simple ejercicio retórico que jamás demuestra en la interpretación del Tribunal algún tipo de error ostensible y trascendente que obligue de la intervención de la Corte en sede de casación.

Finalmente, lo que aquí se examina no es la demostración del error propio de la casación, sino la postura diversa que respecto de lo decidido por las instancias tiene el demandante, tópico ajeno al recurso extraordinario.

Por lo demás, si claro se tiene que en los fallos de las instancias existe comunidad inescindible, en lo que no se aparte de la confirmación efectuada por el Ad quem, aún si el tema de la posibilidad de acceder al beneficio cuando se tiene al cuidado personas menores de edad diferentes de los hijos, pudiera allanarse en gracia de la discusión, es lo cierto que la A quo, remitiendo a reciente decisión de la Sala e incluso a lo que sobre el tema ha sostenido la Corte Constitucional, examinó la naturaleza y gravedad del delito -típico de narcotráfico, la acusada portando ocultos en su cuerpo varios kilos de heroína, lo que le valió una pena superior a 10 años de prisión- de cara al compromiso

con la sociedad de la procesada, para concluir, en la ponderación entre derechos en juego, que en el caso concreto era menester aplicar con todo rigor la sanción intramural.

En contra, el recurrente no perfila un discurso que permita advertir error en la auscultación de la funcionaria, sino que de forma genérica sostiene no compartir tales argumentos, o introduce circunstancias meramente especulativas, ajenas a lo discutido o demostrado en el trámite procesal, que refieren una supuesta condición de marginalidad de su representada judicial o la presunta utilización que de ella hizo su progenitor.

En suma, las instancias negaron a la acusada el sustituto de prisión domiciliaria, por dos factores: la inexistencia de vínculo filial entre ella y el menor a su cargo, y la ponderación del caso concreto que obligó preferir los derechos de la sociedad.

A ambos respondió el demandante, no demostrando que se interpretó mal lo consignado en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, conforme el cargo propuesto, sino a partir de sus particulares e interesadas inferencias que surgen, para el primer caso, de una muy laxa interpretación de normas constitucionales, o de, para el segundo, especulaciones fundadas en hechos diferentes a los que gobernaron las decisiones atacadas.

En consecuencia, como la Corte no advierte en el trámite del proceso o el contenido de las decisiones, vulneración trascendente de garantías fundamentales que impongan su intervención oficiosa, se inadmitirá la demanda de casación.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

INADMITIR la demanda de casación presentada en nombre de CLAUDIA VIVIANA ALEGRÍA ORTIZ, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo del

presente proveído.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con el punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO A. CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencia del 22 de junio de 2011, radicado 35943.