

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

AP509-2015

Radicación n° 42900

(Aprobado Acta No. 032)

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Miguel Orlando Peña Pirazan, en contra de la sentencia del 18 de noviembre de 2013, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca lo condenó como autor responsable del delito de concusión, cometido en su condición de Fiscal Seccional de Funza, imponiéndole como pena principal 49 meses de prisión y 33,33 salarios mínimos legales mensuales de multa; asimismo, accesoriamente, lo inhabilitó para ejercer derechos y funciones públicas durante 40 meses. Le negó la condena de ejecución condicional, lo mismo que la prisión domiciliaria y, consecuentemente, dispuso su traslado de su residencia a un centro carcelario, tan pronto como se advierta la ejecutoria de dicho fallo.

CUESTIÓN FÁCTICA

El 8 de enero de 2013 Cristian Andrés Godoy González, interpuso denuncia por el delito de enriquecimiento ilícito, correspondiéndole al Doctor Miguel Orlando Peña Pirazan en su condición de Fiscal 3º Seccional de Funza-Cundinamarca.

Lucero Lancheros López, fue citada telefónicamente para que concurriera el 26 de marzo siguiente con el fin de rendir entrevista en relación con el mencionado asunto, ocasión aprovechada por el funcionario para ponerle en conocimiento los hechos de la actuación y, advertirle, que podría ser privada de la libertad a la vez que se ofreció a ayudarla, proponiéndole que se encontraran afuera de la oficina con el fin de darle explicaciones al respecto, pero resultó exigiéndole dinero y, entre ellos, acordaron una cantidad, habiendo quedado postergada la entrega, la cual quedó pendiente de manera definitiva, toda vez que la indiciada puso en conocimiento de las autoridades los hechos.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 24 de abril de 2013, la Fiscalía Octava Delegada ante el Tribunal Superior de Cundinamarca, le formuló imputación al doctor Miguel Orlando Peña Pirazan por el delito de concusión, diligencia llevada a cabo en el Juzgado 43 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá. El imputado, a quien se le afectó con detención preventiva domiciliaria, aceptó los cargos conforme le fueron dictados.

2.- El 13 de mayo de 2013, el fiscal encargado del asunto presentó escrito de acusación, junto con los respectivos elementos materiales probatorios y evidencias físicas.

3.- Asumido el conocimiento de las diligencias por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, el 25 de julio siguiente verificó el allanamiento y, el 12 de septiembre, realizó la audiencia de individualización de pena y sentencia.

4.- El 18 de noviembre de 2013, fue dictado el fallo condenatorio en contra de Miguel Orlando Peña Pirazan con imposición de las penas indicadas en antelación.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, primeramente, advierte que la aceptación de cargos realizada en la audiencia de formulación de imputación por parte de Miguel Orlando Peña Pirazan, cuya condición de funcionario de la Fiscalía General de la Nación, dice, no se presta a discusión, fue libre, voluntaria, consciente y estuvo asistido por un defensor. De esa manera, se percata que primó el respeto a las garantías fundamentales del implicado.

Con la denuncia interpuesta por la afectada Lucero Lancheros López, a la cual dedicó gran espacio, las entrevistas de Libardo Montaña Espinel y Luz Mery Sánchez, vigilante y aseadora de las instalaciones de la Fiscalía en Funza, presenciales de la visita que hizo la quejosa a esas dependencias, la misma que el acusado le sugirió que negara, los resultados de las labores de vigilancia y seguimiento a él y a la víctima, en las que se cuentan las relacionadas con un encuentro que sostuvieron en las dependencias de Compensar de la avenida 68 en esta ciudad y el contrato que la muestra como vendedora de un inmueble, confirma que Peña Pirazan le prometió a Lancheros López ayudarla en la investigación que le adelantaba, a cambio de una contraprestación.

Aclara que la concusión es un delito de mera conducta, de manera que si bien no se alcanzó a hacer la entrega del dinero exigido por el implicado, ello para nada afecta la consumación del reato.

Estima, que es tan cierto cuanto ha concluido, que ninguna otra alternativa distinta a la de aceptar los cargos le quedó al fiscal señalado, en cuyo favor ninguna causal eximente de responsabilidad, se constata.

Así, observó cumplidos los requisitos que atañen al proferimiento de fallo condenatorio

dentro del proceso regido por la Ley 906 de 2004.

Negó el subrogado domiciliario con base en que la pena fijada en la ley para el delito de concusión, rebasa los 5 años de prisión, siendo éste el límite que, para la procedencia del instituto, conforme a su facultad de configuración normativa, tuvo a bien determinar el legislador, sin que pueda afirmarse que esa exigencia luce irrazonable o desproporcionada; menos aún, transgresora del algún principio, derecho o garantía.

A su juicio, es evidente la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad del artículo 38 del Código Penal, en cuanto al requisito precedentemente atendido, tras el objetivo de que Peña Pirazan pueda acceder a dicho sustituto, lo que le permitiría ocuparse cotidianamente de la menor con discapacidad física y mental, de la cual es su padre.

Lo ve de tal manera, en tanto que el precepto no se contrapone a los cánones Superiores 1, 2, 5, 13, 40, 41, 42 y 44, ni al bloque de constitucionalidad, toda vez que el beneficio contemplado ahí, lo estipuló el legislador esperando que el sentenciado purgara la pena de prisión en su domicilio, siempre y cuando cumpla con lo que al efecto demanda la norma, independientemente de que lo agobien problemas en su salud, la de su familia o se presente alguna otra clase de circunstancia que merezca ser asumida personal y directamente por él, pues de la solución de estos impases se ocupa otro mecanismo jurídico.

Recuerda entonces, que el legislativo cubrió con una protección adecuada los derechos de la población infantil, discapacitada y cualquier otra que requiera de especial asistencia, al expedir la Ley 750 de 2002, en tanto que ésta se endereza a mantener en su residencia al procesado que tenga a su cargo personas en esas circunstancias, haciéndole más llevadera la vida a éstas y ejecutando simultáneamente el castigo señalado al reo, siendo imprescindible observar lo deducido en las sentencias SU-388

de 2005 de la Corte Constitucional y 35943 del 22 de junio de 2011, dictada por esta Sala.

Recurrió a jurisprudencia constitucional (proveídos C-600 de 1998 y T-614 de 1992), para explicar que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad requiere que la contradicción entre un precepto y la norma fundamental sea palmaria y, a fin de advertir, que la disposición legal goza de presunción de constitucionalidad, reiterando de paso, la existencia de una vía singular que se ocupa de la problemática del procesado.

Empero, se muestra pesimista de que, del todo, puedan ser satisfechas sus premisas, toda vez que la menor específicamente no ha estado al cuidado de Peña Pirazan dado que nunca se ha echado de menos la asistencia maternal, que podría reemplazarse, en caso de que obstáculos laborales se interpongan entre la joven y su mamá, por el acompañamiento de los demás familiares.

En esos términos, es que se resiste a dejar de lado, a virtud de la manida excepción, el aparte del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, según se lo impetró la defensa y, por lo tanto, se reafirma al denegar la prisión domiciliaria a Miguel Orlando Peña Pirazan.

EL RECURSO

El defensor se apartó de la negativa de conceder la prisión domiciliaria a su asistido, inserta en el fallo de primer nivel.

Para sustentar su postura, realiza un recorrido por los hechos de la acusación, la actuación procesal, lo que fue su intervención en la audiencia que describe el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, con indicación de las evidencias que incorporó allí incluso, la

sugerencia de analizar la procedencia del test de proporcionalidad.

Acto seguido, aborda críticamente las premisas argumentativas a partir de las cuales el juez colegiado decidió adversamente acerca del instituto citado en precedencia y, entroniza, su planteamiento referente al acogimiento para el caso, de la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, cuya aplicación debe ser parcial, ya que solo cobijaría a cuanto alude al quantum que de 5 años, aparece allí fijado.

Aduce, asimismo, que Ana María Peña Gaspar es hija del procesado, tiene de 17 años de edad, sufre de retardo sicomotor no progresivo, a consecuencia de encefalopatía hipóxica isquémica y crisis generalizada de tipo tónico. Desde el plano de los procesos de ejecución y del criterio de la conducta adaptativa, corresponde, en su orden, a la de un niño de 2 años y 10 meses y de 5 años.

Agrega que la menor que ha sido sometida a 14 cirugías del fémur por crecimiento anormal de esta parte del cuerpo, es altamente dependiente de su papá y, así, lo confirmaron las sicólogas Claudia Caicedo Espinel y Claudia Gamboa Aldana, quienes, según el apelante, además establecieron que de ser separada de uno de sus padres, padecería graves afectaciones en su salud mental que conllevaría perjuicios a su desarrollo.

Aun afrontando esa calamitosa situación, Oliva Gaspar Tovar ninguna posibilidad tiene de estar todo el tiempo con su hija, ya que como servidora del CTI su jornada laboral diaria es muy prolongada, y se entrega a ella en municipio diferente al de Mosquera que es en donde tiene asiento la familia, pero adicional a ello, la necesidad de mayores

ingresos para su hogar hace imperiosa la dedicación a otras actividades que incrementan el riesgo de no permanecer con su ser querido.

Revela que el hermano de Ana María es estudiante universitario y su hermanita apenas tiene 7 años de edad, siendo ese panorama indicativo de la nula asistencia que ellos le podrían brindar y no existe más familia como para ampararse en ella. La posibilidad de que la menor se acople a personas diferentes a sus progenitores, es sumamente remota, ya que los intentos enderezados a ese fin han fracasado, señala.

Insiste en que, de manera clara y concreta, la exigencia objetiva de 5 años o menos, referida en el artículo 38 de la Ley 599 de 2000 que le impide al acusado pagar la sanción privativa de la libertad en su domicilio socorriendo a su menor y enferma hija, se opone al interés constitucional de la adolescente de desarrollar su existencia dignamente desde su minusvalía mental, porque necesitando del acompañamiento permanente de su progenitor, dicha preceptiva se lo niega.

Por eso, menciona como normas superiores que sufren ese desconocimiento, las relativas a los derechos inalienables de la persona, protección especial a personas que por su condición física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, garantía de protección integral a la familia, prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, adicionando otras, del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Para el libelista, existe un conflicto de mandatos de diferente jerarquía que se soluciona aplicando los de carácter fundamental ya referidos, armonizados con los del estatuto legal de los infantes y adolescentes antes mencionado, en donde sobresalen los relacionados con la garantía del pleno y armonioso desarrollo de niños y adolescentes, calidad de vida de niños con discapacidad, lo mismo que el que lleva a entender que el interés superior de niños y adolescentes comporta una justificación integral y

simultánea de todos sus derechos humanos.

Encuentra necesario, reconsiderar la constitucionalidad parcial del preanotado canon 38 y, admitir, como corrección al respecto, que cuando mucho no sea de 5 años la exigencia normativa, sino de 8, a efectos de que el acusado obtenga la prisión domiciliaria, imprescindible para que la vida de su hija afligida por la patología ya conocida, resulte menos atormentada, pues así asegurará los cuidados que él puede brindarle.

Critica al Tribunal por advenir que la excepción de inconstitucionalidad mal puede servir de medio para incumplir una norma jurídica, pues, señala, en ningún momento se ha pensado en ello y está visto que Peña Pirazan es consciente de que debe purgar la pena en establecimiento carcelario, mas la situación de su hija, cuya madre está imposibilitada por razones laborales -ya fueron expuestas-, para ocuparse de ella, circunstancia que se agrava por la repulsa de la menor para adaptarse a otras personas, lo obliga a buscar la protección constitucional.

En cuanto a las exigencias de índole subjetiva connaturales a la prisión domiciliaria, depreca atender la evidencia que aportó en la audiencia de individualización de pena, conformada por la historia clínica de Ana María Peña Gaspar, entrevistas de los esposos Peña Gaspar y de otras personas que, entre varias cuestiones, corroboran la condición de la adolescente y su dependencia en relación con su progenitor, así como los efectos negativos que se le generarían a su salud mental, en el evento en que éste fuera a parar a la cárcel, aparte de las condiciones personales, laborales y sociales del inculpado, haciendo parte de dicha documentación igualmente, los registros civiles de nacimiento de sus hijos, entre otros documentos.

Finaliza, solicitando a la Corte que revoque parcialmente la sentencia impugnada para en su lugar, conceder la prisión domiciliaria a su asistido Miguel Orlando Peña Pirazan.

CONSIDERACIONES

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a desatar el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el presente caso, conforme a lo reglado por el artículo 32.3 de la Ley 906 de 2004, ya que la misma ha sido proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, contra un fiscal seccional por conductas realizadas en el ejercicio de sus funciones.

Por las limitaciones que impone el instrumento procesal activado en este asunto, solo es viable para la Corte, analizar la denegatoria de la prisión domiciliaria que adoptó el fallador de primera instancia, en tanto que es ese preciso aspecto el que concita la discrepancia del memorialista.

La propuesta que milita en el libelo de impugnación, es que se acuda al control constitucional por vía de excepción, respecto del primer ordinal del inciso primero del artículo 38 de la Ley 599 de 2000, con el fin de que la prisión domiciliaria ya no sea una opción solo de quienes han incurrido en conductas punibles reprimidas, en su linde inferior, con pena de prisión de 5 años o menos, sino también, de quien incursionó en delito cuya sanción parte de 8 años de aflicción corporal.

La razón que inspiraría esa maniobra jurídica, tendría que ver con el objetivo de afirmar los derechos de la adolescente hija de Miguel Orlando Peña Pirazan, quien sufre una crónica minusvalía de carácter mental y, por ello, más que alguien que la cuide, la atienda, le haga las terapias y la estimule, requiere que sea su padre el que asuma esas tareas, al haberse generado a través del tiempo, fuertes lazos sentimentales que lo hacen irremplazable ante la menor.

Siendo así, la discusión gira entonces, en derredor de la posibilidad de aplicar en este evento un control constitucional de cariz difuso o concreto, es decir, el que se adopta en virtud del artículo 4 Constitucional ante la incompatibilidad o, si se quiere, abierto desconocimiento en que incurre la ley frente al ordenamiento superior en pos de

la reivindicación para el sub judice, de los mandatos cuya irrestricta supremacía, dimana incontrastable.

Pues bien, la postulación del impugnante no deja de sorprender a la Sala, en tanto que, contando con los supuestos de hecho que se emparentan con un instrumento legal que ha sido dispuesto por el normador en procura de atender los derechos de las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, tienen dificultades con su salud, en fin, pero infortunadamente quien las cuida y ve de ellas, enfrenta la posibilidad de ir a prisión o mantenerse allí, como lo es la reclusión residencial del hombre o mujer cabeza de hogar, se inclina por otro cuya teleología se revela por completo diferente y, naturalmente, las exigencias que determinan su procedencia.

Y, no solo eso, sino que se propone e impetra a través del recurso, derruir esa misma norma -dígase el artículo 38 del Código Penal- cuya razón de ser se encuentra en demasía distante de la de aquella que se ocupa de aquellos que concentran matices verdaderamente muy singulares, verbi gratia, el del acusado, ya que su descendiente tan es menor de edad como presa de una patología de índole psicofísica irreversible.

Para expresar la idea menos densamente: si como lo advera el recurrente, la hija del acusado, por cierto menor de edad, padece una enfermedad que le resta cualquier esperanza de valerse por sí misma, de adquirir un desarrollo mental y de responder a cualquier estímulo de la forma como lo haría cualquier congénere suyo que no se encuentre en esas especiales circunstancias y, en virtud de esa situación, el acompañamiento permanente de su padre es esencial, siendo, por tanto, incompatible con ese drama la reclusión carcelaria de éste, es claro así, que, por lo que debió optar la defensa técnica fue por la prisión domiciliaria para personas cabeza de hogar.

Ese es el instrumento que, en materia penal, responde a la aspiración del

Constituyente centrada en que el Estado proteja el interés superior del menor o del hijo que entraña una severa discapacidad. Se encuentra previsto en la Ley 750 de 2002, destinado en un principio, apenas a la mujer cabeza de familia, mas con total acierto la Corte Constitucional mediante sentencia C-184 de 2003, lo hizo extensivo a los hombres cuyas circunstancias, respecto de hijos menores o impedidos de alguna manera en su salud, se identificaran exactamente con las de las mujeres cabeza de familia.

Ahí, en sede de prisión domiciliaria para el hombre a cargo de un hogar, coherente con las previsiones legales, tal y conforme ya se destacó, es completamente indiferente la pena mínima adjudicada por el legislador para el precepto infringido, aspecto que, visto está, sí conlleva relevancia dentro del otro sustituto perseguido por el impugnante y que aunque se identifica en la denominación, sus exigencias y finalidad son diferentes.

Eso, demuestra que el mecanismo que dejó de lado el recurrente ostenta patente benignidad y mayor sentido humanista; por ello, era el llamado a postular, dadas las premisas fácticas que singularizan el evento en análisis, pues, se repite, esa configuración legislativa fue inspirada por circunstancias idénticas a las del implicado, siempre que agobiaran a las madres cabeza de familia pero jurisprudencialmente, se acondicionó para los varones.

Claro que la demostración de los presupuestos que convierten a una persona en cabeza de familia no conlleva per se a privilegiársele con la prisión domiciliaria, puesto que, para la salvaguardia de otros derechos cuya titularidad en manera alguna radica en cabeza del sujeto pasivo de la acción penal, el legislador consagró unas exigencias que demandan juicios de valor por parte del funcionario judicial y son de tal envergadura, que si se las declara insatisfechas tornan improcedente el sustituto y, a ello, es menester agregar que tampoco deja que se acceda a dicha forma de ejecución de la condena, la prohibición expresa contenida en el tercer inciso del artículo primero de

la Ley 750 de 2002.

A la vez, la institución por la que propende el impugnante -prisión domiciliaria “ordinaria”- , bien puede complacerse en su plano cuantitativo y todavía ser susceptible de frustrarse su aplicación a determinado caso, de no cumplirse con los postulados de carácter cualitativo, que si bien giran en función de objetivos diferentes a los de la Ley 750 de 2002, la verdad es que son iguales para ambos subrogados.

Por eso, resulta claramente inoficioso y hasta carente de sentido jurídico, el cometido que demanda la defensa técnica del acusado, pues así como en la ley 750 la prisión domiciliaria no depende solo de que se posea la condición de cabeza de familia, en la que describe el artículo 38 del Código Penal, tampoco es estarse sólo al requisito referido a la pena mínima de 5 años para el delito ejecutado.

Además, abandonó el compromiso de elaborar un análisis que le permitiera afirmar que el desempeño personal, laboral, familiar o social de su asistido -todo por cuanto abogó al respecto, fue por tener en cuenta la documentación que le aportó al Tribunal-, supera el escrutinio que impone la normativa, pues el cometido lo hizo descansar en la remoción del factor temporal, según ya ha sido puesto de presente.

En ese orden, se torna superfluo emprender un típico examen de constitucionalidad para este caso concreto, en donde habría que dilucidar ab initio, los valores, principios y derechos que se buscan proteger con el mandato legal que se cuestiona. Superada esa fase de la labor, encarar la ponderación característica de esta clase de cometidos y, finalmente, fijar la postura acerca de cuál axiología o derechos deben primar: si los invocados por el memorialista o los que subyacen en la norma atacada.

A ese respecto, es claro que en la sustentación de la alzada, repetidamente se afirmó la vulneración de toda una constelación de normas Superiores y otras más del

Código de la Infancia y la Adolescencia, -sobre éstas se hizo recaer la noción de bloque de constitucionalidad-, que amparaban a la hija del sentenciado y, se advirtió, que la reivindicación que se hacía imperiosa, lo único que la posibilitaba era la concesión del manido sustituto a Miguel Orlando Peña Pirazan , para lo cual habría de derrumbarse, por inconstitucional, parte del artículo 38 del Código Penal.

Lo llamativo es que el jurista no pasó de hacer esa larga enunciación, es decir, advirtió suficiente esa metodología, sin desentrañar el sentido de esa vasta agrupación normativa y seguidamente, poner a prueba su peso frente a los antagónicos valores y principios, o sea, sobre los que se asienta la preceptiva cuya remoción pretende.

Por otra parte, en mucha menor medida y sin el rigor metódico, comparativo y argumentativo propio de esos trabajos orientados a afirmar o negar la constitucionalidad de la norma legal, el mencionado sujeto procesal aludió simplemente a los intereses del Estado y la sociedad como el soporte del mandato del legislador que carga con el reproche del opugnador.

De nada serviría, se reitera ahora desde otra perspectiva, optar por la invalidez planteada por el apelante, menos cuando la Ley 1709 de 2014 en su artículo 23, estipuló la gracia en análisis para los ilícitos con pena mínima de 8 años o menos y, ello, coincidencial y exactamente, se identifica con la propuesta del jurista.

La inviabilidad del quehacer que estimula el defensor, se recrudece si a medida que se avanza en la detección de las normas aplicables al evento, lo mismo que en el análisis de éstas, siguen apareciendo obstáculos infranqueables.

Efectivamente, el artículo 68A del Código Penal, fue modificado por la Ley 1474 de 2011 y, a partir de la vigencia de esa legislación, la prisión domiciliaria de la que ahora se ocupa la Sala, quedó expresamente prohibida para quienes hayan sido condenados, entre otros, por delitos contra la administración pública, bien jurídico

protegido con el tipo penal de la concusión, solo para citar ese, toda vez que obedece al que aquí importa.

De suerte que, verdaderamente, se ofrece insustancial la concurrencia de los requisitos de un beneficio jurídico-penal, si el mismo soporta la exclusión ya vista.

Debido a ello es que los funcionarios judiciales cuando advierten esa clase de previsión legal, renuncian a la ponderación de los requisitos en sí de la norma que contiene la gracia y, simplemente, la niegan en virtud de la proscripción que rige frente a determinados delitos y, ese proceder, es perfectamente válido.

Es menester, hacer la salvedad en el sentido de que la mentada prohibición, tal y como se acaba de ver, no es una innovación de la Ley 1709 de 2014, pues si lo fuera, mal podría aplicarse al presente caso que es anterior a esta normatividad. Lo que acontece es que, en la acabada de mencionar, se mantuvo la desautorización en cuestión con algún matiz, pues procede solo ante punibles dolosos de la misma naturaleza.

En suma, se confirmará la sentencia impugnada.

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, contra Miguel Orlando Peña Pirazan.

Contra la presente providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria