

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado Ponente

SP6699-2014

Radicación N° 43524.

Aprobado acta No. 162.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada STELLA RAMÍREZ VARGAS, en contra de la sentencia del 5 de marzo de 2014, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima) la condenó como coautora responsable del concurso de delitos constitutivos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, cometidos en su condición de Juez Quinta Penal del Circuito de esa ciudad.

HECHOS

En el fallo impugnado, el A quo los sintetiza de esta manera:

“En su condición de Juez Quinta Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Ibagué, la doctora STELLA RAMÍREZ VARGAS profirió 6 sentencias de tutela calendadas 9 de mayo, 10 de mayo, 6 de septiembre, 11 de septiembre, y dos el 8 de octubre de

2012, dentro de los radicados 2012-00015, 2012-00016, 2012-00043, 2012-00046, 2012-00053 y 2012-00054, respectivamente, las que fueron manifiestamente contrarias a la ley, por cuanto ordenó el reconocimiento de pensiones y reliquidación de las mismas, sin que los accionantes NORELLA MERCEDES NOVOA GONZÁLEZ, JULIO HERNANDO URBINA ÁVILA, MARCELA SÁNCHEZ DE BUITRAGO, MARÍA CRISTINA REMOLINA VARÓN, FLOR MYRIAM JIMÉNEZ CASTEBLANCO y LUIS FRANCISCO MELO BECERRA, tuvieran derecho a ello, desconociendo la [Constitución Política](#), la ley y las líneas jurisprudenciales que sobre esos temas concretos en materia de la procedencia de la acción de tutela en pensiones ha fijado la Corte Constitucional.

En virtud de esos fallos, y sin tener derecho a ello, JULIO HERNANDO URBINA ÁVILA. MARÍA CRISTINA REMOLINA VARÓN y LUIS FRANCISCO MELO BECERRA recibieran (sic) las sumas de \$18'097.615 pesos, \$ 117'088.404 pesos y \$531'370.150 pesos, respectivamente, cuando las entidades cumplieron los fallos ilegales”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencias preliminares llevadas a cabo el 20 de noviembre de 2013 en el Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de control de garantías de Ibagué (Tolima), se legalizó la captura de STELLA RAMÍREZ VARGAS¹ y se avaló la imputación que la Fiscalía le formuló por el concurso heterogéneo y homogéneo de conductas punibles de falsedad material en documento público, prevaricato por acción (6), cohecho propio y peculado por apropiación en favor de terceros (3), tipificadas en los artículos 287, 423, 405 y 397 del Código Penal, en su orden, cometidas con las circunstancias de menor agravación del numeral 1° del artículo 55 y de mayor punibilidad de los ordinales 2, 9 y 10 del artículo 58, de esa codificación.

La procesada, tras indicar que entendía los cargos, manifestó que no se allanaba a los mismos.

En dicha oportunidad, se instaló la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, la cual se suspendió para continuarla al día siguiente; en la nueva sesión, el defensor de la imputada (hoy apelante) indicó que su representada tenía interés en aceptar parcialmente la incriminación formulada la fecha anterior, correspondiente a los ilícitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación a favor de terceros, con el fin de poder acceder a la rebaja punitiva de la mitad.

Aprobado lo anterior por la juez de garantías, dispuso la ruptura de la unidad procesal y seguidamente aseguró a la inculpada con detención preventiva en el lugar de residencia.

Asumido el conocimiento del proceso por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, tras resolver lo concerniente a los impedimentos expresados por varios magistrados de esa Corporación, el 7 de febrero de 2014 realizó las diligencias de verificación de allanamiento e individualización de la pena y sentencia.

El fallo de primera instancia fue dictado el 5 de marzo siguiente, declarándose la responsabilidad penal de la acusada RAMÍREZ VARGAS en el concurso delictual por ella aceptado, esto es, en tres delitos constitutivos de peculado por apropiación en favor de terceros y seis de prevaricato por acción.

Consecuente con su determinación, la Sala A quo le impuso las penas principales de 262 meses de prisión, multa por el equivalente a 628,495 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 10 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y las sanciones accesorias de pérdida del empleo o cargo público, e inhabilitación permanente, en los términos del artículo 122 de la [Constitución Política](#). Asimismo, le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y

prisión domiciliaria.

En contra de la mencionada providencia, el defensor de la enjuiciada interpuso oportunamente el recurso de apelación.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal, luego de resumir los hechos, identificar a la acusada y repasar el decurso procesal, se refiere al instituto del allanamiento a cargos, con el fin de anticipar que los elementos de juicio recaudados hasta el momento, son lo suficientemente idóneos para predicar, sin duda, la realización objetiva de las conductas imputadas a aquella.

En esa medida, alude en primer término al sustento fáctico de los seis delitos de prevaricato por acción atribuidos, destacando que en cada caso la jueza investigada desbordó el alcance de las normas que regulan la acción de tutela, así como lo contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al reconocer derechos pensionales a personas que no reunían los requisitos legales y en contravía de lo decantado jurisprudencialmente.

Acto seguido, realiza idéntica labor en lo concerniente a los tres ilícitos constitutivos de peculado por apropiación en favor de terceros, concluyendo así “la perfecta adecuación de los comportamientos a los tipos penales imputados y aceptados por la procesada”.

Determinada la responsabilidad de la inculpada, el A quo anuncia abordar lo atinente a las consecuencias jurídicas, partiendo por resumir los planteamientos esgrimidos por las partes e intervinientes en la audiencia de individualización de la pena y sentencia.

Luego, inicia la labor de dosificación punitiva, estableciendo que el tipo penal más grave es el de peculado por apropiación en favor de terceros regulado en el inciso 2° del artículo 397 del Código Penal, cuya pena tasa con base en las directrices de los artículos 60 y 61 Ibidem, teniendo en cuenta además que fueron estructuradas una circunstancia de menor punibilidad y tres de mayor agravación, consagradas en los artículos 55-1 y 58-2-9-10 Ejusdem, respectivamente.

Establecidas las penas principales para esa conducta punible, el juzgador de primer grado procedió a aplicar las reglas del concurso, fijando unos nuevos montos sobre los cuales reconoció la rebaja de pena de la mitad como consecuencia de la aceptación de cargos, obteniendo así las sanciones finales anteriormente reseñadas.

A continuación, explica que niega los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, por no cumplirse el requerimiento objetivo, respecto del primero, y por expresa prohibición legal, con relación al segundo.

Adicionalmente, como en este evento se adujo la condición de madre cabeza de familia de la acusada de cara a la obtención de ese último beneficio, el fallador consigna una extensa disertación sobre el tópico, a partir de lo consagrado en las Leyes 906 de 2004 -arts. 314-5 y 461- y 750 de 2002 y lo decantado por la jurisprudencia de la Sala, como soporte para efectuar la ponderación entre los derechos del hijo menor de la implicada y los de la justicia, definiéndose a favor de la última, pues, determina que la desprotección del menor no es tan absoluta y que en el domicilio no se cumpliría con los fines de la pena.

Por último, el Tribunal dispone dejar sin efectos jurídicos tres actos administrativos que se emitieron con base en las actuaciones ilegales de la jueza investigada.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Anuncia el defensor apelante, que son dos los aspectos que no comparte del fallo recurrido, correspondientes al proceso de dosificación punitiva y a la negativa de conceder la prisión domiciliaria.

Con relación a la tasación de la pena, la primera crítica que denuncia tiene que ver con el desconocimiento de la obligación que contiene el inciso 1° del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, que obliga al fallador a fijar de manera individual los cuartos medios, siendo éste un acto reglado y no discrecional o potestativo. Ello, porque el A quo decidió “amalgamar los cuartos medios”, desconociendo los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, varios de los cuales cita.

Por esa razón, opina el memorialista, la fijación de la sanción partió de presupuestos errados, ya que la ubicación en cada uno de esos cuartos estaba determinada por la concurrencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad, denominadas equivocadamente en la sentencia como atenuantes y agravantes.

Dichas circunstancias, agrega, deben endilgarse expresa y concretamente desde la imputación por parte de la Fiscalía, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, con el fin de facilitar la eventual controversia jurídica y posibilitar que el inculcado haga las manifestaciones pertinentes con pleno conocimiento de las consecuencias procesales que de ello se deriva, tal como ha sido considerado doctrinal y jurisprudencialmente, acorde con varias transcripciones que trae a colación.

Bajo tales presupuestos, el impugnante dice que verificará lo acontecido en la audiencia de formulación de imputación, para establecer si respecto de las circunstancias de mayor punibilidad se agotaron las exigencias legales y se atendieron las directrices de la Corte. Al efecto, aclara que dicho acto se llevó a cabo en dos sesiones diferentes, de las cuales trasuntó lo pertinente, haciendo saber que en la primera de ellas se endilgaron las conductas punibles, entre ellas las de prevaricato por acción y peculado

por apropiación, cometidas con la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 55 del Código Penal y las de “mayor punibilidad de que trata el artículo 58 en sus numerales 2°, 9° y 10°”.

Resalta que la imputación en tales términos, que fue avalada por la jueza de garantías advirtiéndole que se dio a conocer de manera pormenorizada la situación fáctica de cada comportamiento, no fue aceptada por su defendida.

Sin embargo, en la segunda sesión, celebrada al día siguiente, la defensa hizo conocer al despacho el deseo de la imputada de aceptar algunos de los cargos “que le habían sido enrostrados en desarrollo de la primera sesión de la audiencia concentrada”, lo cual fue validado por las partes. De esta manera, tras precisarse que el allanamiento recaía sobre los ilícitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, los cuales reiteró genéricamente la jueza, su prolijada los aceptó.

A pesar de lo anterior, el recurrente asevera que la alusión a las circunstancias de mayor punibilidad se hizo de manera etérea, genérica e imprecisa por parte de la fiscal, pues, no indicó su denominación jurídica ni el componente fáctico, impidiendo “la controversia dialéctica que debe permear” un acto de tal importancia. Por ello, estima que la procesada “en ningún momento hizo manifestaciones de aceptación de las multicitadas circunstancias”, las cuales tampoco fueron mencionadas por el juzgado de garantías.

Para la defensa, asegura, es imposible determinar si se está sancionando doblemente un mismo comportamiento, en clara afectación del principio del non bis in idem, con el agravante de que no se delimitaron los cuartos medios, pese a que el A quo dice haberlo hecho, para luego imponer una pena exagerada, “apuntalada sobre unas supuestas circunstancias de mayor punibilidad que no encuentran apoyatura (sic) en los registros”.

También con relación a la tarea dosimétrica, aunque sin mayores explicaciones y

de manera confusa, el libelista censura la forma como se aplicaron las reglas del concurso, afirmando no estar de acuerdo con el “50% de las penas mínimas restantes” establecidas para cada conducta punible, de nuevo desatendiéndose lo dicho por la Sala acerca del tópico.

Pide, por consiguiente, que se modifique el ordinal segundo del fallo, estableciendo la sanción penal dentro de los límites legales, excluyendo las circunstancias de mayor punibilidad y aplicando correctamente la “dosificación concursal”.

De otro lado, en lo que atañe a la negativa de la prisión domiciliaria, insiste en que la tensión de derechos entre los fines de la sanción penal y el interés superior del niño, en este caso el hijo de la procesada de 7 años de edad, debe inclinarse indefectiblemente a favor del último.

En opinión del censor, no son de recibo las razones que esgrime el fallador con relación a la posibilidad de que otros parientes puedan velar por el menor. Lo cuestiona, entonces, por no haber analizado los elementos de prueba aportados por la defensa, encaminados a demostrar de manera contundente que el joven se encuentra en una situación particularmente especial que hace imperativo el acompañamiento permanente de la madre.

Así, luego de enunciar dichos medios de convicción –certificación de psiquiatra infantil e informe psicológico-, reitera que no fueron objeto de examen juicioso y detallado por la judicatura, “a efectos de determinar, como erradamente lo concluyó, que prevalecía el interés punitivo del estado sobre el interés superior del menor”, sin tener en cuenta su especialísima situación, en la que de acuerdo a los conceptos emitidos, es innegable e irremplazable la presencia de la madre para su desarrollo psicosocial, al punto tal que su encarcelamiento lo afectaría gravemente.

Para terminar, dice que los precedentes citados por el juzgador no se avienen al

presente asunto, insiste en cómo debe resolverse el conflicto de intereses, denuncia la violación del artículo 44 de la [Constitución Política](#), cita precedente constitucional sobre la prisión domiciliaria, aboga por la aplicación del favor rei, y pide que una vez restablecida la sanción impuesta a su defendida, se “sustituya el encerramiento intramural de carácter penitenciario por la prisión domiciliaria que prevé la ley”.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado a los no apelantes, se pronunciaron, en el orden que se indica, los representantes de la Fiscalía, de dos de las entidades afectadas y del Ministerio Público, en estos términos:

1. La Fiscalía.

La Fiscal Cuarta delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué pidió la confirmación del proveído atacado, al considerar que los argumentos de la defensa carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Refiriéndose, en primer término, a las críticas a la dosificación punitiva, transcribe la parte pertinente de la sentencia, con el objeto de destacar que ninguna irregularidad advierte en la ubicación en los cuartos medios, la cual asoma legal, debido a que a la imputada se le endilgaron circunstancias de menor y mayor punibilidad que fueron aceptadas por ella.

Seguidamente, asegura que no es cierto que las circunstancias de mayor punibilidad no hayan sido reseñadas fáctica y jurídicamente en la audiencia de formulación de imputación, la cual es citada parcialmente por el apelante, pues, consta en los registros que sí se hizo, al punto tal que cuando la jueza de garantías preguntó a la inculpada si había entendido de manera clara los hechos atribuidos por la Fiscalía, respondió afirmativamente, lo cual era de esperarse si se tiene en cuenta que es abogada penalista y

por años fungió como juez penal.

En suma, estima el memorialista que habiéndose aceptado la incriminación en tales términos, la fijación de la pena procedía en los cuartos medios.

Con relación a los reparos que formula el impugnante en lo concerniente a la aplicación de las reglas del concurso, asevera el fiscal que no hará mayores comentarios, no solo porque la actuación del Tribunal se ajusta a la ley, sino también porque no se sustentó la postura.

Finalmente, en lo atinente al reproche alusivo a la negativa de la prisión domiciliaria, sostiene que los elementos de juicio cuyo examen echa de menos el censor, carecen de vocación probatoria, toda vez que no se acreditó la idoneidad técnico-científica de los peritos. Además, el defensor no demostró debidamente la condición de madre cabeza de familia de su representada y frente a la forma en que el fallador resolvió la tensión entre los derechos del niño y los fines de la pena -tópico sobre el que diserta ampliamente-, considera acertado que se haya inclinado en favor de los últimos, amparado en varios precedentes jurisprudenciales.

2. El Instituto del Seguro Social.

El apoderado del Seguro Social parte por destacar que, contrario a la afirmado por el recurrente, en la audiencia de imputación sí se hizo una completa y clara reseña fáctico-jurídica, en la cual se incluyeron las circunstancias de mayor punibilidad que posteriormente fueron aceptadas por la investigada y que conducían a que la pena se estableciera en los cuartos medios de movilidad punitiva. Además, le llama la atención que la defensa que intervino en dicha diligencia, en ningún momento pidió aclaración, adición o modificación alguna con relación a los hechos y aspectos jurídicos allí esbozados.

Con relación a la tarea dosificadora, asegura el libelista que el juzgador sí aludió a la existencia de dos cuartos medios y determinó allí la sanción, con base en la coexistencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad, acatando lo señalado en el artículo 61 del Código Penal.

Luego, se refiere a la naturaleza de la audiencia de imputación, defiende las razones que esgrimió el Tribunal para incrementar las sanciones a partir de la gravedad de las conductas y la magnitud del daño causado, y avala la forma en que se aplicaron las reglas de concurso, siendo claro que el fallador sí diferenció cada uno de los delitos imputados.

Ya en lo que corresponde a los reparos del defensor frente a la denegación de la prisión domiciliaria, aduce que parte de una premisa errada al suponer que se demostró la condición de madre cabeza de familia de la acusada, pues, esa circunstancia no fue reconocida en el fallo, ni se aviene al concepto establecido en el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, el cual analiza exhaustivamente, para al final concluir, como lo hizo el A quo, no solo que no se aportó prueba idónea sobre el particular, sino también que el menor hijo de la procesada puede quedar bajo la tutela de su hermana mayor o sus abuelos.

En esa medida, opina que la imputada no tiene derecho a la sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria, lo cual refuerza trayendo a colación múltiples citas jurisprudenciales sobre los criterios que deben ser tenidos en cuenta al momento de resolver el juicio de ponderación entre los derechos del menor y los principios de justicia e interés general, “que entre otros se vieron menoscabados por un servidor público que tenía como mandato el proteger derechos fundamentales, mediante la recta y eficaz administración de Justicia”.

3. Colpensiones.

El apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones solicita que se desestimen los argumentos del recurrente y, por consiguiente, se confirme la sentencia atacada.

Al efecto, empieza por realizar extensa citación del precedente de la Sala acerca de los criterios para fijar la punibilidad, con el objeto de respaldar la tarea desarrollada por el A quo, pues, en claro acatamiento de lo establecido legal y jurisprudencialmente, se ubicó en los cuartos medios y fijó una pena “apropiada”.

De igual manera, rechaza las críticas que hace el apelante con respecto a la indeterminación de la imputación jurídica en lo que corresponde a las circunstancias de mayor punibilidad, dado que, la Fiscalía sí las formuló. Por ello, lamenta que la defensa no haya ilustrado debidamente a la procesada, pretendiendo ahora desplazar al juez de garantías cargas que no le conciernen, pues, su labor se centra en verificar la legalidad del acto y de “la libertad del imputado en la aceptación cuando éste ha sido previamente asesorado por su defensor”.

Seguidamente, sostiene que el impugnante no acierta explicar de qué forma se vulneró el principio del non bis in idem, ya que le da un alcance que no tiene.

Por último, enuncia la normatividad que regula los subrogados penales, para resaltar que en este caso están prohibidos expresamente. Adicionalmente, cita proveído de la Corporación para indicar que para la concesión de la prisión domiciliaria tampoco basta con demostrar la condición de madre cabeza de hogar, sino que deben valorarse igualmente otros criterios, como lo hizo el fallador, al considerar que otros miembros de la familia podían ocuparse del hijo menor de la implicada.

Sumado a lo anterior, dice oponerse de manera vehemente al otorgamiento de aquél beneficio, en tanto, la ley y la jurisprudencia exigen la reparación a la víctima como presupuesto para ello.

4. El Ministerio Público.

Luego de resumir la actuación procesal y los argumentos de la defensa, el Procurador 104 Judicial Penal II de Ibagué rechaza los cuestionamientos en torno a la dosificación punitiva, habida cuenta que el Tribunal sí acató los criterios del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, en la medida en que definió la conducta más grave y posteriormente se ubicó en los cuartos medios, en atención a las circunstancias de menor y mayor punibilidad que dedujo fáctica y jurídicamente el fiscal y fueron aceptadas por la investigada.

En tales condiciones, estima que la procesada, quien además es abogada especializada y ex-juez penal, sí tenía pleno conocimiento de la imputación efectuada “con todas y cada una de las conductas punibles y con sus respectivos agravantes y atenuantes”. De ahí que al día siguiente, cuando en la segunda sesión decidió aceptar parcialmente los cargos formulados en la primera, no era necesario que se hiciera una nueva imputación fáctica y jurídica, como equivocadamente lo pretende la defensa.

Ya con relación a las reglas del concurso, afirma el representante de la sociedad que se aplicaron correctamente, y que incluso el juzgador se mostró benévolo al tomar como base el 50% del mínimo de cada una de las penas a imponer por los restantes ilícitos.

En lo que respecta a la prisión domiciliaria, aclara que si bien en su momento dejó a consideración del A quo la concesión o no del beneficio, estima que en esta ocasión se hace necesario realizar un pronunciamiento en aras de salvaguardar los derechos y garantías del hijo menor de la imputada, por medio de un estudio pormenorizado del caso.

Así, sin desconocer la gravedad de los delitos, considera que no debe ser el único factor a tener en cuenta, sino también los intereses y la protección del menor, tal como lo ha considerado la jurisprudencia en otras oportunidades. Por ésta razón, no comparte el análisis del Tribunal -del que consigna un resumen-, pues, por el afán de enviarle un

mensaje negativo a los demás funcionarios judiciales, atenta contra la dignidad de la inculpada y afecta los derechos y garantías constitucionales de su hijo, los cuales enuncia a continuación, para resaltar que el encarcelamiento de la madre lo privaría de ellas, ya que quedaría solo y abandonado, pues, solo su progenitora puede acompañarlo en su tratamiento farmacológico y terapéutico, así como que es la única persona que lo comprende y orienta en su difícil patología.

Agrega que los medios de convicción aportados por el defensor acreditan la condición de madre cabeza de familia la acusada, así como que los demás parientes no están en condiciones de velar por el bienestar del niño. Adicional a ello, el informe psicológico y la historia clínica del joven establecen la especial relación de dependencia que tiene con su progenitora, lo cual descarta que otro pariente pueda hacerse cargo de él.

En suma, en la ponderación de derechos, estima que por encima de los intereses sociales en el cumplimiento de las penas, está el interés superior de proteger los derechos del niño, como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política. Pide, por tanto, que se analice la condición de madre cabeza de familia de la implicada, pues, el fallo de primer grado edifica la decisión negativa de conceder la prisión domiciliaria con base en la gravedad y modalidad del hecho, sin tener en cuenta ese aspecto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión previa.

Teniendo en cuenta el cargo de Juez Quinta Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) que desempeñaba la procesada STELLA RAMÍREZ VARGAS para el momento de los hechos y de la relación inmanente de estos con la función asignada a la misma, es la Corte competente para conocer en segunda instancia del fallo emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, bajo cuya ritualidad

se ha venido adelantando el presente trámite procesal.

En efecto, debe recordarse que a la inculpada RAMÍREZ VARGAS se le acusa por haberse valido de esa condición para adoptar varias sentencias de tutela tildadas de ilegales, a través de las cuales ordenó a diversas entidades pagar millonarias cantidades en favor de algunas personas a quienes reconoció derechos pensionales, desatendiendo la normatividad vigente y la prolífica jurisprudencia que se ha proferido sobre el particular.

En concreto, las actuaciones de la jueza investigada se realizaron en seis trámites de tutela adelantados en el año 2012, con los cuales finalmente resultaron favorecidos Julio Hernando Urbina Ávila, María Cristina Remolina Varón y Luis Francisco Melo Becerra, a los que el Instituto del Seguro Social canceló las sumas de \$18'097.615.00, \$117'088.404.00 y \$531.370.150.00, respectivamente; es decir, de las seis decisiones prevaricadoras, en últimas lograron ejecutarse tres de ellas, en claro detrimento del patrimonio estatal.

Claro está, si bien los hechos anteriores dieron lugar a que a la acusada se le imputaran los delitos de falsedad material en documento público, cohecho propio, prevaricato por acción (6) y peculado por apropiación en favor de terceros (3), es lo cierto que finalmente sólo se allanó a los dos últimos, propiciando así la ruptura de la unidad procesal.

Así las cosas, quedando evidenciado que en este evento la implicada aceptó su responsabilidad en aquellos ilícitos, lo cual fue avalado por el juez de garantías y el Tribunal de conocimiento, es de esperarse que el defensor recurrente dirija todos sus esfuerzos a tratar de contrarrestar lo decidido por el último en torno a las consecuencias jurídicas, marginando de la discusión lo concerniente a la prueba sobre la responsabilidad.

Es así como cuestiona, en primer término, el proceso de dosificación punitiva, denunciando que (i) no se delimitaron los cuartos medios de movilidad, (ii) se dedujeron unas circunstancias de mayor punibilidad que no se imputaron fáctica y jurídicamente, y (iii) se aplicaron equivocadamente las reglas del concurso de delitos. Y, en segundo lugar, que no se haya reconocido a su representada la condición de madre cabeza de familia, negándosele, por consiguiente, el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Establecidos así los ejes temáticos de la impugnación, la Corporación los responderá en el orden propuesto por el apelante.

2. Las críticas al proceso de dosificación punitiva.

El defensor denuncia tres irregularidades en que incurrió el fallador de primera instancia al momento de la delimitación de la pena de prisión²; en efecto, asegura que (i) no se determinaron los cuartos medios de movilidad punitiva, (ii) se dedujeron unas circunstancias de mayor punibilidad que sorprendieron a su prohijada, en tanto, no fueron imputadas fáctica y jurídicamente, y (iii) se aplicaron equivocadamente las reglas del concurso de conductas punibles.

Como dichos yerros condujeron a que se estableciera una pena privativa de la libertad por fuera de los límites legales, solicita que se corrijan los mismos, aplicando correctamente lo que la ley y la jurisprudencia señalan frente a éste tópico.

Las partes e intervinientes no recurrentes que dejaron conocer su opinión, al unísono estimaron que en ningún yerro incurrió en Tribunal en el proceso de tasación de las penas, pues, contrario a lo aseverado por el impugnante, se acató lo que legal y jurisprudencialmente se ha dicho sobre la materia.

La Corte, a su turno, para una mejor resolución del asunto responderá dichos cuestionamientos en acápites separados, de la siguiente forma:

2.1. La delimitación de los cuartos medios de movilidad punitiva.

Para contestar a la primera inquietud del defensor, a continuación la Sala repasará cómo fue el proceso de dosificación de la sanción restrictiva de la libertad esbozado por el A quo, con el propósito de verificar si incurrió o no en los errores denunciados y, en caso afirmativo, proceder a adoptar los correctivos del caso.

En éste orden de ideas, se tiene que en la sentencia de primer grado proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué el 5 de marzo de 2014, el juzgador parte por recordar que los ilícitos “imputados y aceptados” por la procesada STELLA RAMÍREZ VARGAS corresponden a seis constitutivos de prevaricato por acción y tres de peculado por apropiación. En esa medida, verifica que mientras la pena de prisión para la primera conducta punible oscila entre 44 y 148 meses (art. 413 del C.P.), en la segunda esos topes dependen de la cuantía y como aquí en uno de los hechos la misma superó los 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2012, determina que dicha sanción va de 96 a 405 meses (art. 397 inciso 2° Ib.).

Anticipando aplicar las reglas del concurso previstas en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, de una vez el Tribunal selecciona la última hipótesis mencionada, por ser la que contiene la penalidad más gravosa, oscilante, como se anotó, entre 96 y 405 meses de prisión.

Es así como manifiesta recurrir a las directrices del artículo 61 de la citada normatividad, a efectos de determinar los cuartos de movilidad punitiva, lo cual hace en estos términos:

“Un cuarto (1/4) mínimo: de 96 meses a 173 meses y 7 días de prisión.

Dos cuartos (2/4) medios: de 173 meses y 8 días de prisión a 327 meses y 22 días de prisión.

Un cuarto (1/4) máximo: de 327 meses y 23 días a 405 meses de prisión”.

De igual modo, destaca que la norma referida indica que el sentenciador podrá moverse “dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva”, lo cual procede en este proceso “por cuanto fue imputada la circunstancia de menor punibilidad del numeral 1° del artículo 55 del Código Penal al no contar la procesada con antecedentes penales (art. 55-1, C.P.), y las de mayor punibilidad de los numerales 2, 9 y 10 del artículo 59 ibídem por haber realizado la conducta esperando un presunto nombramiento como Magistrada, por ocupar un cargo público de dignidad en la justicia Colombiana y por haber obrado en coparticipación criminal”.

Luego, el A quo expone ampliamente las razones por las cuales se aparta del mínimo punitivo -lo cual no es discutido por el apelante-, basándose así en la gravedad del comportamiento y la magnitud del daño causado, para fijar en 300 meses de prisión la pena concerniente a la más grave de las conductas punibles de peculado por apropiación a favor de terceros.

En tales condiciones, partiendo de la base de que esa es la penalidad más gravosa, a continuación tiene en cuenta los ocho ilícitos restantes, respecto de los cuales anuncia que “imputará el 50% de las penas mínimas”, generando ello aumentos correspondientes a 48 y 32 meses para los otros dos peculados, y 24 meses para cada uno de los seis prevaricatos, esto es, sobre la pena de 300 meses hace un incremento de 224 meses, para un resultado parcial de 524 meses, al que deduce el 50% como

consecuencia del allanamiento a cargos, conduciendo ello a determinar la sanción principal privativa de la libertad de 262 meses de prisión.

Ahora bien, con el propósito de constatar si le asiste la razón o no al recurrente, la Sala traerá a colación lo que pacífica y reiteradamente ha sostenido sobre la forma de interpretar y aplicar las normas que regulan las diferentes etapas que debe agotar el fallador para establecer la sanción, del siguiente tenor (CSJ SP, 30 nov. 2006, Rad. 26227; CSJ AP, 29 sept. 2010, Rad. 34939; y CSJ SP, 9 oct. 2013, Rad. 39462, entre otros pronunciamientos):

«...[l]o primero que ha de hacer el juez es fijar los límites mínimos y máximos de la pena, establecidos en el tipo penal por el que se procede, disminuidos y aumentados en virtud de las circunstancias modificadoras de punibilidad concurrentes, que se aplican con base a las reglas que prescribe el artículo 60 del Código Penal, conformándose de esta manera el llamado marco punitivo.

Enseguida procede establecer el ámbito punitivo de movilidad, para lo cual se ha de dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, determinados con base en los fundamentos no modificadores de los extremos punitivos, esto es, las circunstancias de menor y mayor punibilidad señaladas en los artículos 55 y 58 ídem, ámbito que viene a servir de barrera de contención para limitar la discrecionalidad judicial, pues el juez sólo podrá ejercer su arbitrio en la dosificación dentro del tracto formado por los respectivos cuarto.

Pero a pesar de que el método para obtener el ámbito punitivo de movilidad ordena dividir el marco punitivo en cuatro cuartos, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 61 sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad: el primero, conformado con el cuarto mínimo, “cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva”, el segundo, con los dos cuartos medios “cuando

concurran circunstancias de atenuación y agravación punitiva” y, el tercero, con el cuarto máximo “cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva”.

Obtenidos esos tres tratos de movilidad, el inciso 3º del artículo 61 ídem dispone que el juzgador impondrá la pena dentro del cuarto o cuartos que corresponda, ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. Además, en los casos de tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda».

Acorde con lo anotado, lo primero que debe contestársele al impugnante es que no es cierto que el juzgador de primera instancia haya omitido delimitar los cuartos medios de movilidad punitiva, dentro de los cuales finalmente dosificó las penas que le impuso a la acusada RAMÍREZ VARGAS.

Si de acatar la jurisprudencia de la Corporación se trata, el fallador realizó adecuadamente la labor dosificadora, puesto que si bien el artículo 60 del Código Penal alude a la división en cuatro cuartos: “uno mínimo, dos medios y uno máximo”, en el precedente citado la Corte sostuvo que estrictamente “sólo existen tres (3) ámbitos de movilidad”, en referencia al primero o mínimo, al segundo incluyendo los dos medios y al tercero o máximo.

Entonces, en ninguna irregularidad incurrió el Tribunal si al hacer la operación respectiva, determinó “Un cuarto (1/4) mínimo: de 96 meses a 173 meses y 7 días de prisión. Dos cuartos (2/4) medios: de 173 meses y 8 días de prisión a 327 meses y 22 días de prisión. Un cuarto (1/4) máximo: de 327 meses y 23 días a 405 meses de prisión”.

Claro está, lo ideal es que en estos eventos en los que hay concurrencia de circunstancias de mayor y menor punibilidad, se especifiquen los cuartos medios, puesto que si la ubicación en los mismos depende del concurso de esas situaciones, habrá de sopesarse si, por lo menos en cantidad, unas priman sobre otras, por manera que si las de menor agravación superan a las de mayor, lo justo es que la sanción se establezca en el primer cuarto medio y si ocurre lo contrario, que las de mayor punibilidad sean las que se presenten en mayor número, opere ello en el segundo cuarto medio.

No se trata, entonces, de una actuación discrecional, como sí sucede cuando el juez decide si aplica o no el mínimo punitivo, pues, en éste caso su intervención se limita a verificar si en la acusación se incluyeron circunstancias de menor y mayor punibilidad, para luego seleccionar el cuarto correspondiente.

Solo así podría explicarse que el legislador al determinar los límites legales de punición una vez fijadas las sanciones mínima y máxima, hable de cuartos medios y no de un cuarto intermedio, precisamente buscando que por criterios objetivos se determine cuál de esos cuartos medios es el que corresponde al caso concreto. De lo contrario, es el simple arbitrio del juzgador el que de manera indiscriminada le permite moverse en el cuarto intermedio y ninguna razón advertiría entonces la necesidad de separarlo a su vez en dos baremos diferentes.

En este mismo sentido, siguiendo con el criterio del legislador y la finalidad que animó la necesidad de determinar objetivamente los cuartos de movilidad punitiva, no puede pasarse por alto cómo para efectos de adscribir la pena en el escenario del cuarto mínimo, claramente se remite a la existencia de únicamente circunstancias de menor punibilidad; y respecto del cuarto máximo, señala como parámetro el que solo se materialicen circunstancias de mayor punibilidad; de lo que se sigue que la definición de cuál de los cuartos medios ha de ser el aplicable a un caso concreto surge necesariamente del criterio objetivo

referido a la combinación cuantitativa de circunstancias de mayor y menor punibilidad.

En éste orden de ideas, si en el presente caso fueron deducidas una circunstancia de menor punibilidad y tres de mayor agravación, ello determina no solo que la pena debe tasarse en los cuartos medios de movilidad punitiva, sino también que específicamente procede en el segundo cuarto intermedio, debido a que las últimas superan en cantidad a las de menor agravación.

Así las cosas, como en este caso el sentenciador no especificó los dos cuartos medios, la Sala, actuando como fallador de instancia, procederá a delimitarlos a fin de verificar si la pena se ubicó o no en el marco correspondiente.

En efecto, como la pena básica va de 96 a 405 meses de prisión y cada cuarto es de 77 meses y 7 días, el A quo estableció que los dos cuartos medios oscilan entre 173 meses y 8 días de prisión y 327 meses y 22 días, los que debidamente diferenciados son: el primero, de 173 meses y 8 días a 250 meses y 15 días y, el segundo, de este guarismo a 327 meses y 22 días de prisión.

En conclusión, si el Tribunal fijó la pena aflictiva de la libertad para la conducta punible de peculado por apropiación en favor de terceros -habiendo previamente determinado que es la más gravosa- en 300 meses, la misma asoma legal, puesto que se ubicó acertadamente en el segundo cuarto medio, el cual tenía la obligación de aplicar, en la medida en que en este evento, se repite, se dedujeron tres circunstancias de mayor punibilidad y solo una de menor agravación.

Ahora, la crítica que hace el recurrente por el hecho de que el juzgador aluda indistintamente a las circunstancias de mayor y menor punibilidad como atenuantes y agravantes, no tiene sentido alguno, no solo porque no está planteando un problema jurídico que merezca acaparar la atención de la Corte, sino porque es el mismo legislador

el que de manera indiferente utiliza dicha terminología para referirse a las primeras.

Efectivamente, en el ya citado inciso 2º del artículo 61 de la Ley 599 de 2000 se alude de manera indiscriminada a las “atenuantes y agravantes” y a las “circunstancias de atenuación y agravación punitiva”, para referirse en forma expresa a las “circunstancias de menor y mayor punibilidad” descritas en los artículos 55 y 58 Eiusdem.

De ahí que ninguna confusión genera que se llamen de una u otra manera, pues, es lo cierto que nada tienen que ver con las circunstancias modificadoras de la punibilidad, atenuantes o agravantes, que se tienen en cuenta en un momento diferente, previo al de definir en cuál cuarto de movilidad punitiva deben establecerse las sanciones.

2.2. La imputación de las circunstancias de mayor punibilidad.

Cuando el recurrente asevera que las circunstancias de mayor punibilidad no fueron objeto de imputación y que, por tanto, su defendida no las conocía ni hizo manifestaciones de aceptación respecto de ellas, parte de una premisa falsa.

Basta revisar las actas y registros para establecer que, efectivamente, al llevarse a cabo la audiencia de formulación de imputación el 20 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de control de garantías de Ibagué, la representante de la Fiscalía realizó una amplia y exhaustiva reseña fáctica, como preámbulo para notificarle a la procesada STELLA RAMÍREZ VARGAS, de manera clara y contundente, que debía responder por el concurso heterogéneo y homogéneo de delitos constitutivos de falsedad material en documento público, prevaricato por acción (6), cohecho propio y peculado por apropiación en favor de terceros (3), tipificados en los artículos 287, 423, 405 y 397 del Código Penal, respectivamente.

De igual manera, desde ese momento procesal y apoyada en el mismo recuento de los hechos, la funcionaria fiscal dejó sentado que se estructuraban la causal de menor agravación del numeral 1° del artículo 55 y las circunstancias de mayor punibilidad de los ordinales 2, 9 y 10 del artículo 58, de la citada codificación.

Frente a la anterior imputación ningún reparo formuló el defensor que intervino en dicha diligencia (hoy impugnante), quien incluso al transcribir la parte pertinente de esa actuación en su memorial de apelación, reconoce que en ese momento fueron deducidas las tres mencionadas circunstancias de mayor punibilidad³.

La incriminación en esos términos fue avalada por la jueza de garantías, quien luego, al preguntarle a la implicada RAMÍREZ VARGAS acerca de su comprensión y entendimiento sobre la múltiple imputación, obtuvo respuesta afirmativa, es decir, en el sentido de que sí entendía los cargos formulados⁴.

Esa circunstancia es maliciosamente ignorada por el defensor en su libelo de sustentación, ya que omite transcribir allí la parte en la que su representada dice entender la imputación, limitándose a dar a conocer simplemente que no se allanó a los cargos.

Continuando con el curso de aquella diligencia, se tiene que esa misma fecha se instaló la audiencia de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, la cual se suspendió para continuarla al día siguiente, 21 de noviembre de 2013.

Así, sin desconocer que se trata de audiencias concentradas -las de legalización de captura, imputación y petición de medida de aseguramiento-, habida cuenta que suelen hacerse de manera continua y sucesiva, es lo cierto que son tres diligencias de naturaleza y con objetos completamente diferentes.

Lo anterior parece escapar al entendimiento del defensor, ya que para referirse a la sesión en la que se continuaba tramitando lo atinente a la solicitud de medida de aseguramiento, en su escrito anota equivocadamente que “La segunda sesión de la imputación se materializó el 21 de noviembre de 2013 ante el mismo juzgado”⁵.

Y agrega: “En dicha audiencia la defensa hizo conocer al Despacho, a las partes y a los intervinientes el deseo de la imputada de aceptar algunos de los cargos que le habían sido enrostrados en desarrollo de la primera sesión de la audiencia concentrada y ello fue validado por la Fiscalía y por el representante del Ministerio Público”.

Frente a ello, debe precisársele al impugnante que la sesión del 21 de noviembre de 2013 no fue, como falazmente indica, la “segunda sesión de la imputación”, sino la continuación de la audiencia de imposición de medida de aseguramiento.

Para ese momento, es menester aclararle también, la audiencia de formulación de imputación ya se había agotado, cumpliendo cabalmente con su objetivo de notificar a la indiciada cuáles son las conductas punibles por las cuales la investiga la Fiscalía General de la Nación. De igual manera, se constató que la procesada entendió dicha formulación de cargos y que su deseo, por lo menos para ese instante, era no aceptar los mismos.

En este orden de ideas, que en la continuación de la diligencia de medida de aseguramiento el defensor haya exteriorizado la voluntad de su representada de allanarse a algunos de los cargos formulados el día anterior, no revive, como erradamente parece entenderlo, la audiencia de formulación de imputación ya culminada.

Cosa diferente es que la jueza de garantías, con la aquiescencia de las partes e intervinientes, haya aceptado verificar esa situación, propiciando de manera informal un allanamiento a cargos en un escenario que legalmente no se estableció para

ese efecto, pues, de acuerdo con lo previsto en los artículos 293, 356 y 367 de la Ley 906 de 2004, la aceptación unilateral de responsabilidad únicamente procede en las audiencias de formulación de imputación, preparatoria y juicio oral.

Claro está, debe advertir la Sala que dicha irregularidad no amerita la invalidación de la actuación, toda vez que no fue trascendente, en tanto, no quebrantó la estructura del juicio, ni desconoció derechos y garantías de las partes e intervinientes; adicionalmente, a la imputada se le reconoció una rebaja de pena legal, correspondiente a la mitad, la cual es totalmente procedente, teniendo en cuenta el estadio procesal en que decidió aceptar los cargos.

Ahora bien, aclarado que la intención de la procesada era aceptar libre, consciente y voluntariamente, además con el debido asesoramiento de su apoderado judicial, su responsabilidad en el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en favor de terceros que le fueron endilgados el día anterior -tal como lo admite el propio defensor-, la jueza de garantías simplemente los enunció en forma genérica, sin aludir a los preceptos que los consagran.

De esa situación, precisamente, es de la que se vale el recurrente para asegurar maliciosamente que las circunstancias de mayor punibilidad no fueron imputadas ni conocidas por su defendida.

Pues bien, la denuncia que hace el apelante raya con la temeridad y la mala fe, puesto que si desde el comienzo anunció que su defendida estaba dispuesta a aceptar parcialmente los cargos formulados el día anterior en la audiencia de formulación de imputación, debe entenderse que con relación a las hipótesis delictivas de prevaricato y peculado, lo hacía de manera plena, admitiendo la calificación jurídica deducida por el ente instructor, incluyendo las tres circunstancias de mayor punibilidad tenidas en cuenta.

No es, como erradamente lo afirma el impugnante, que los cargos aceptados fueron los que informalmente esbozó la jueza de garantías al momento de avalar el querer de la acusada en la diligencia de solicitud de medida de aseguramiento, pues, como bien lo indican los no recurrentes, esa es una función que constitucional y legalmente le fue asignada al fiscal del caso, quien como tal la había cumplido adecuadamente el día anterior en el curso de la audiencia de imputación, que es la designada expresamente por el legislador para ese efecto.

Así lo establece el artículo 286 del Código de Procedimiento Penal de 2004, en estos términos:

“Concepto. La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías”.

Entonces, si la procesada quiso aceptar los cargos por tres peculados y seis prevaricatos formulados la fecha anterior, se entiende, sin mayores cuestionamientos, que se refería a los que fáctica y jurídicamente lucubró la representante del ente instructor en esa diligencia, incluyendo, desde luego, las circunstancias de mayor punibilidad, sobre todo porque en ese acto, se repite, la investigada dijo entender la incriminación, lo que era de esperarse, habida cuenta de su condición de abogada penalista y ex-jueza penal del circuito.

De ahí que habiendo quedado clara la imputación en lo fáctico y lo jurídico, no era necesario que al día siguiente el fiscal repitiera su discurso ni que la jueza de garantías volviera a citar los preceptos que contienen la calificación jurídica, siendo obvio que la imputada los conocía y aunque inicialmente dijo no allanarse a los cargos, posteriormente decidió aceptar su responsabilidad en dos de las conductas punibles endilgadas, lo cual hizo de manera libre, consciente y voluntaria.

Ahora, si lo que el defensor cuestiona es que no haya quedado clarificado por parte de la Fiscalía el sustento fáctico de las circunstancias de mayor punibilidad, diciendo en su memorial de apelación que ello se hizo de manera etérea, genérica e imprecisa, llama la atención de la Corte –como también lo expresa el representante del Seguro Social– que siendo él mismo quien participó en la audiencia de formulación de imputación, haya guardado silencio sobre el particular, sin solicitar que se aclarara el porqué de dicha de incriminación.

Peor aún, resulta insólito que si consideraba que la calificación jurídica estaba viciada, haya permitido que su defendida se allanase en esos términos, pues, como él mismo lo hizo saber al juzgado de garantías, su deseo era aceptar “algunos de los cargos que le habían sido enrostrados en desarrollo de la primera sesión de la audiencia concentrada”, es decir, la de imputación verificada la fecha inmediatamente anterior.

En esa medida, es claro que si la defensa optó por guardar silencio frente a la incriminación endilgada, no puede ahora capitalizar su propia negligencia para aducir que nunca se contextualizaron fácticamente las circunstancias de mayor punibilidad, lo cual, valga decir, tampoco corresponde a la realidad.

En síntesis, para la Corporación es claro, contrario a lo afirmado por el apelante, que las circunstancias de mayor punibilidad sí fueron debidamente deducidas por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación, tanto en lo fáctico como en lo jurídico.

Por ese motivo, no hay ninguna duda de que la procesada RAMÍREZ VARGAS, al aceptar su responsabilidad en los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros y prevaricato por acción, las conocía plenamente, siendo consciente de que la deducción de las mismas tendría efectos en la dosificación punitiva, como efectivamente ocurrió, al determinarse la fijación de la pena de prisión en los cuartos medios de

movilidad punitiva.

Con sobradas razones, entonces, tanto la jueza de control de garantías como el Tribunal de conocimiento, avalaron la legalidad de la imputación y el posterior allanamiento a dos de los cargos por parte de la investigada RAMÍREZ VARGAS.

2.3. La aplicación de las reglas del concurso.

Frente a la crítica que trae a colación el apelante en relación a la aplicación de las reglas del concurso previstas en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, poco tiene que decir la Corte, pues, como lo anotó el fiscal no recurrente, no solo no se fundamentó la postura, sino también porque se advierte que la dosificación punitiva no presenta yerro alguno.

En efecto, el censor se limita a decir que no está de acuerdo con el “50% de las penas mínimas restantes” establecidas para cada una de conductas punibles –en total 8-, sin indicar cuál, en concreto, fue el yerro o la actuación irregular en que incurrió el A quo.

Aunque la falta de motivación es suficiente para desechar el planteamiento del impugnante, no sobra ratificar que conforme se verificó en anterior acápite (2.1), en ningún error incurrió el Tribunal en el proceso de dosificación de la pena restrictiva de la libertad.

Recuérdese que una vez determinó que la sanción para la conducta punible de peculado por apropiación en favor de terceros –habiéndola definido previamente como la más gravosa- era de 300 meses de prisión, a continuación anuncio imputar “el 50% de las penas mínimas” por los restantes ocho ilícitos, generando ello aumentos correspondientes a 48 y 32 meses para los otros dos peculados, y 24 meses para cada uno de los seis prevaricatos.

De la anterior forma, sobre la pena de 300 meses realizó un incremento de 224 meses, para un resultado parcial de 524 meses, al que dedujo el 50% como consecuencia del allanamiento a cargos, conduciendo ello a determinar finalmente la sanción principal privativa de la libertad en 262 meses de prisión.

Basta mirar la anterior operación, para objetivamente verificar que el fallador de primer grado no desatendió las reglas punitivas previstas para el concurso de delitos en el citado artículo 31 del Estatuto Penal.

Ello, no solo porque el aumento aplicado no supera la suma aritmética de las penas individualmente consideradas, sino también por cuanto dicha proporción tampoco sobrepasa el tope máximo hasta el cual puede moverse discrecionalmente el juzgador, el cual correspondería a 600 meses, equivalente hasta el otro tanto de la pena de 300 meses ya dosificada.

Así las cosas, como se ha constatado que las reglas del concurso fueron correctamente aplicadas, ello descarta la ilegalidad de la pena aflictiva de la libertad que denunció la defensa apelante, de manera apresurada y sin ningún tipo de respaldo argumentativo.

3. La no concesión del mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

En lo que concierne a la negativa de la prisión domiciliaria, el defensor insiste en que el conflicto de derechos entre los fines de la sanción penal y el interés superior del niño, en este caso el hijo de la procesada de 7 años de edad, debe inclinarse indefectiblemente a favor del último, pues, considera que sus otros parientes no están en condiciones de hacerse cargo de él, debido a la especial patología que presenta.

Es por ello que también reprocha que el A quo no hubiese analizado los elementos

de prueba aportados por la defensa -en especial la certificación psiquiátrica y el informe psicológico-, encaminados a demostrar de manera contundente que el joven se encuentra en una situación particular que hace imperativo el acompañamiento permanente de la madre, que en este caso es cabeza de familia.

Así, mientras los representantes de la Fiscalía y las víctimas estiman acertada y defienden la decisión del juzgador de primera instancia, el del Ministerio Público pide que se reconsidere la misma, haciendo primar el interés superior del niño y analizando la condición de madre cabeza de hogar de la procesada, dado que, el fallo de primer grado edifica la decisión negativa de conceder la prisión domiciliaria con base en la gravedad y modalidad del hecho, sin tener en cuenta ese aspecto.

Pues bien, lo primero que debe precisar la Sala es que si bien el Tribunal señaló que no concedía el subrogado de la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal y por la gravedad de los comportamientos delictivos, no es cierto, como lo advierte el Procurador delegado, que omitió analizar si la sentenciada ostentaba o no la condición de madre cabeza de familia.

Al respecto, el A quo consignó una extensa disertación, acompañada de múltiples citas jurisprudenciales, al final de la cual determinó no solo que no se acreditó debidamente esa calidad, sino también que en la ponderación entre los derechos del hijo menor de la implicada y los de la justicia, en este evento debía inclinarse por la última, en tanto, la desprotección del hijo no era tan absoluta y en el domicilio no se cumpliría con los fines de la pena.

Adicionalmente, tuvo en cuenta varios precedentes de esta Corporación en los que analizada la gravedad de la conducta en este tipo de comportamientos (delitos contra la administración pública perpetrados por servidores públicos), se descarta la posibilidad de sustituir la prisión intramural por la domiciliaria.

La Corte confirmará la decisión denegatoria del Tribunal.

Para empezar, no puede desconocerse que la primera razón que expuso el fallador es completamente válida, habida cuenta que aludió a la expresa prohibición legal, contenida en los artículos 38B y 68A del Código Penal, modificados por los artículos 23 y 32 de la Ley 1709 de 2014, respectivamente.

La primera de las disposiciones citadas señala que uno de los requisitos para conceder la prisión domiciliaria apunta a “que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000”, precepto que a su turno excluye la concesión de subrogados y beneficios, entre ellos “la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión”, para quienes “hayan sido condenados por delitos contra la administración pública”, situación en la cual se encuentra incurso la acusada RAMÍREZ VARGAS.

Adicionalmente, descartó la condición de madre cabeza de familia de la procesada, lo cual no fue óbice para que explicara amplia y profundamente las razones por las cuales no procedía el beneficio sustitutivo, haciendo especial énfasis en la gravedad de las conductas punibles investigadas.

Es por lo anterior que se convalidará lo decidido por el A quo, pues, debe recordarse, ese aspecto no está proscrito del análisis obligado en torno de la concesión de los subrogados penales.

En lo particular, atinente a la gravedad del delito, su incidencia en el diagnóstico de personalidad del sujeto activo y sus efectos respecto de institutos tales como la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria, ha sostenido la Corte:

«Sin embargo, la gravedad de la conducta indica que la ejecución de la pena es

necesaria. En efecto, el desvalor de acto y su lesividad no sugieren una simple inobservancia de los valores que los servidores públicos están en el deber de acatar al desempeñar la función pública. Al contrario, lo que se destaca es la ruptura con esos fines, dirigidos, en este caso, a realizar materialmente el concepto de vivienda digna (artículo 51 de la Carta Política), como expresión de una política que se inscribe en el propósito no menos importante de generar condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (artículo 13 ibidem).

(...)

Ahora, lo dicho no se constituye en un análisis de la conducta desde la perspectiva ética, como no puede ser, sino que muestra su desvalor y su capacidad para interferir nocivamente el bien jurídico, entendido como un proceso de interacción social y material que preexiste a la norma y que esta valora, recoge y protege. En ese marco, es indiscutible que con la apropiación de bienes del Estado se impidió la materialización de la inversión social, que es tan importante que de acuerdo con el artículo 350 de la carta Política, tiene prioridad sobre cualquier otra.

La gravedad de la conducta es superlativa, traduce un mayor grado de injusto y hace necesaria la ejecución de la pena como respuesta proporcional a la agresión, de modo que la suspensión condicional de la pena es inviable.

También porque los antecedentes sociales del sindicado lo impiden. En efecto, se suele pensar que solo a la llamada delincuencia común se le puede censurar sus antecedentes sociales para impedirles la concesión de beneficios punitivos, mas no a quienes ocupan una posición distinguida en sociedad. Esa visión, por supuesto, corresponde a un claro proceso de “selección positiva” de los eventuales infractores de la ley penal.

Mas los antecedentes sociales del alcalde, que se traducen en su preparación

académica, condiciones económicas y destacada posición política no permiten esta clase de privilegios, pues reflejan mejores opciones de elección a la hora de ejecutar la conducta, que indican que si de esas condiciones se abusó, el peligro para la comunidad es latente⁶».

Es claro, entonces, que la gravedad del delito, de cara a determinar el posible peligro para la comunidad y la personalidad del agente, no solo puede, sino que debe abordarse al momento de analizar el presupuesto subjetivo que para la concesión de la prisión domiciliaria consagra el numeral segundo del artículo 38 del Código Penal.

Lo anterior fue ratificado en la sentencia de casación CSJ SP; 22 jun. 2011, Rad. 35943, en el que la Corte realiza un minucioso estudio refiriéndose al alcance otorgado a los artículos 314-5 y 461 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y abogando por la necesidad de ponderar las funciones de la pena y los fines de la prisión preventiva frente a toda colisión de derechos, valores o principios que estén en juego, resaltando el caso de las madres cabezas de hogar y los hijos menores que pueden resultar afectados con la confinación intramural.

Se concluyó en esa oportunidad que 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.

La argumentación de la Corte en esa ocasión, fue del siguiente tenor:

«Por su parte, es imposible escindir de la pena privativa de la libertad una valoración concerniente a sus funciones, y en ella las circunstancias relativas al

autor del injusto (que en un sentido más amplio hacen parte del juicio de reproche individual como principio rector de la categoría de la culpabilidad) son necesarias a la hora de determinar judicialmente su efectiva ejecución.

Esto es así de acuerdo con el artículo 4 del Código Penal, norma rectora que en tanto tal prevalece sobre las demás disposiciones y rige para la interpretación de todo el sistema. Esta norma estatuye, a modo de fines de la pena, los de prevención general, retribución justa, protección al condenado, prevención especial y reinserción a la sociedad, siendo estas dos últimas “las que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

Por ello, 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...

(...)

Ya sea para imponer de la medida de aseguramiento o para disponer la ejecución de la sanción privativa de la libertad, el estudio de las condiciones particulares del procesado (orientado hacia los fines de la detención preventiva, en el primer caso, y en las funciones de la pena, en el segundo) responde a valores, derechos y principios constitucionales que, por esa misma razón, no pueden ser obviados ni ignorados por los funcionarios a la hora de decretar la detención o prisión domiciliaria, so pretexto de la calidad de cabeza de familia.

De lo contrario, podrían verse afectados, entre otros:

(i) La paz como valor supremo del Estado Social de Derecho (preámbulo de la Constitución Política), así como derecho y deber de todo miembro de la sociedad (artículo

22 ibídem).

(ii) Los fines esenciales de “garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (artículo 2) y de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (ibídem).

(iii) La prevalencia del interés general sobre el particular, fundamento del Estado Social de Derecho (artículo 1).

(iv) El principio de la responsabilidad de los particulares “por infringir la Constitución y las leyes” (artículo 6).

Y (v) el derecho de todos los asociados de acceder a la administración de justicia, o derecho de tutela judicial efectiva, del cual se derivan las garantías de no repetición de las violaciones de derechos humanos, imposición de sanciones a los responsables y aseguramiento de una adecuada reparación a las víctimas (artículo 229).

(...)

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.

2.2.4. 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.

En efecto, cuando los fundamentos de dos normas o disposiciones llamadas a resolver un mismo asunto son incompatibles entre sí (pues obedecen a valores o principios que riñen entre ellos), la solución para el juez en un Estado Social de Derecho consiste en establecer el grado de satisfacción de uno y el correlativo menoscabo del otro, y viceversa, para concluir cuál deberá aplicar, en virtud de su mayor relevancia, según las circunstancias particulares conocidas”.

En síntesis, para la Sala no está prohibida la confrontación, en cada caso, de las circunstancias constitutivas del interés superior del menor con las condiciones personales en el imputado o autor del injusto que justifiquen la procedencia de la detención preventiva o de la ejecución de la pena privativa de la libertad, “en la medida en que estas últimas manifiestan valores constitucionales opuestos que, por el solo hecho de contar con un peso abstracto menor, no pueden ser excluidos de la *sindéresis* judicial”.

En éste orden de ideas, en el presente asunto no puede soslayarse la gravedad de las conductas punibles que se le imputaron a la procesada, tres constitutivas de peculado por apropiación a favor de terceros y seis de prevaricato por acción, a raíz de las cuales se le impuso una pena de 262 meses de prisión, equivalentes a 21 años y 10 meses.

El cumplimiento de dicha sanción en un establecimiento penitenciario responde, a no dudarlo, a valores, derechos y principios constitucionales que en la presente oportunidad no pueden ser obviados ni ignorados por la judicatura, so pretexto

de las especiales condiciones del hijo menor de la inculpada.

Por estas razones, reitera la Corporación, confirmará la decisión del Tribunal A quo, a través de la cual rehusó conceder a la acusada el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria.

4. Conclusión.

Como ninguna de las críticas que formula la defensa apelante en torno al proceso de dosificación punitiva y a la negativa de conceder la prisión domiciliaria tiene eco, la Corte confirmará íntegramente la sentencia objeto de impugnación.

DECISIÓN

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 en su integridad la sentencia del 5 de marzo de 2014, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué condenó a la procesada STELLA RAMÍREZ VARGAS, como coautora responsable del concurso de delitos constitutivos de peculado por apropiación a favor de terceros y prevaricato por acción.

Contra este fallo no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen 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 CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La cual había sido ordenada dos días antes, por el Juzgado Tercero de esa especialidad con sede en Neiva (Huila).

2 Ningún reparo hace, conviene precisar, frente a la determinación de las demás sanciones.

3 Páginas 7 a 9 de su escrito, folios 145 a 147 de la carpeta.

4 Record 2:26:40 del CD correspondiente a la audiencia de formulación de imputación.

5 Página 10 del escrito de argumentación, folios 144 de la carpeta.

6 Entre otras, CSJ AP, 9 feb. 2006, Rad. 21620; CSJ AP, 30 mayo 2007, Rad. 26794; CSJ AP, 29 sept. 2010, Rad. 34.939, y CSJ AP, 28 nov. 2012, Rad 40107.