

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP16022-2014

Radicación N° 41434

(Aprobado Acta N° 397)

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014).

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor de la procesada **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, en contra de la sentencia del 30 de abril de 2013, por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia la condenó como autora responsable del delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y del de abuso de función pública, cometidos en

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

su condición de Juez Promiscuo Municipal de Turbo. A causa de ello, le impuso 36 meses de prisión, 50 salarios mínimos legales mensuales de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas durante 60 meses. Le negó la condena de ejecución condicional, lo mismo que la prisión domiciliaria y correlativamente, ordenó su captura.

HECHOS

En el fallo recurrido, se redactaron de la manera como sigue:

Se asegura en las diligencias que los hechos por los cuales se ordenó la investigación en contra de la señora Elvia Lucía Restrepo Londoño, tuvieron ocurrencia en el municipio de Turbo (Ant.), cuando fungía en aquella municipalidad como Juez Promiscuo Municipal encargada en diferentes oportunidades y profirió las siguientes decisiones:

1. El 11 de septiembre de 2009, concede detención domiciliaria al señor Jhon Freider Arias Espinosa a quien la Fiscalía le había imputado el delito de Administración de Recursos Relacionados con Actividades Terroristas, Concierto para Delinquir Agravado y Homicidio Agravado. Decisión tomada en contra de lo dispuesto en los artículos 1 y 4 de la ley 750 de 2002 que prohíbe la concesión de la detención domiciliaria si se trata de delito de homicidio.

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

2. El 16 de diciembre de 2009, revoca la medida de aseguramiento de detención intramural al señor Domingo Rubio Hernández, quien había sido capturado en flagrancia, transportando una nave en el mar con 120 kilogramos de cocaína; decisión que tomó simplemente con base en declaraciones de conducta y constancias sobre la vida privada del imputado. Es decir sin aducción de nuevos elementos materiales probatorios o nueva información, después de impuesta la medida y sin argumento alguno para controvertirla.

3. El primero de octubre de 2009, concede detención domiciliaria a Carlos Adrián Quiceno y Francisco Manuel Ramírez, quienes tenían medida de aseguramiento por el delito de Concierto para Delinquir Agravado. Se concede bajo consideración de que son padres cabeza de familia, que no lo eran y alegando aplicación de principios de presunción de inocencia y buena fe.

4. El 27 de julio de 2009, concede detención domiciliaria al señor Aníbal Portela, quien tenía medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de Concierto para Delinquir Agravado. Se concede con la gaseosa alusión a principios que la constitución (sic) consagra.

5. El 18 de septiembre de 2009, concede la detención domiciliaria a los señores Henry de Jesús Arguez y Robinson Caicedo, quienes tenían medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de Tráfico de Estupefacientes, pues les incautaron en altamar la cantidad de 3.400 kilogramos de cocaína. Se concede sin nuevos argumentos que no hubieran podido ser atendidos al imponérsele la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario.

6. El 10 de septiembre de 2010, concedió permiso para trabajar al señor Guillermo Cerén Villorina, dando trámite a la solicitud a pesar de que dicho señor estaba privado de la libertad en investigación adelantada por la ley 600 de 2000 y por cuenta del Fiscal 22 de la Unidad Nacional contra el Terrorismo. Es decir sin competencia ninguna.

DECURSO PROCESAL

1.- El 30 de abril de 2012, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Antioquia le formuló imputación a la doctora **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, por los delitos de prevaricato por acción en concurso homogéneo y abuso de función pública. Esa diligencia, la llevó a cabo en el Juzgado 32 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín.

2.- El 24 de julio de 2012, la imputada realizó un preacuerdo con la Fiscalía tendiente a aceptar la imputación tal y como se le formuló, a cambio obtener un descuento del 50% en pena, convenio aprobado por el Tribunal en audiencia celebrada el 10 de abril de 2013.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal, luego de poner de presente los términos atinentes al preacuerdo, pasa a realizar una síntesis de los elementos de juicio que acreditan la condición de funcionaria pública de la doctora **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**; seguidamente, hace lo propio con los que evidencian la materialidad de los 5 delitos de prevaricato por acción y del de abuso de función pública, entre ellos, los proveídos señalados como manifiestamente ilegales, los audios de las correspondientes audiencias, la entrevista de la titular del juzgado en donde por algunos períodos fue encargada la procesada, o sea de la doctora JENNY QUIROZ VÁSQUEZ y similares diligencias de otros servidores judiciales de la municipalidad en donde se suscitaron los hechos.

Así mismo, se interesa por explicar los reatos por los que se procede e inicia la labor tendiente a verificar la subsunción de las conductas reprochadas en los respectivos tipos penales, y a ella vincula el caudal probatorio con el que se acompañó el acta de preacuerdo.

Sugiere que es indudable que la procesada materializó los tipos penales arriba enunciados y que lo hizo con total conocimiento y voluntad y, por tanto, sus acciones generaron grave perjuicio al bien jurídico de la administración pública, lo que aparejado a la admisión de

responsabilidad de ella con ocasión del preacuerdo suscrito con la Fiscalía, permite concluir reunidas las exigencias del artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar.

Los aspectos objeto del recurso, los definió según se pasa a detallar.

1. La prisión domiciliaria.

Indica que, en tanto la acusada incumple los requisitos de la Ley 82 de 1993 para reconocerla madre cabeza de familia, no es procedente dicho sustituto por esa, ni por otra vía.

Arriba a esa conclusión, luego de examinar las pruebas documentales que con tal pretensión allegó la defensa técnica, las que, dice, indican la mayoría de edad de sus dos hijos; la mujer ya tiene una niña de 7 años y ambas siempre han vivido en Medellín; el hombre sí está con ella en Turbo y aunque sufre diabetes, hipertensión y sobrepeso, su incapacidad para trabajar quedó sin ser acreditada, además esas enfermedades muchas personas las padecen y aún así, se pueden valer por sí mismas.

Descarta de esa manera, que **RESTREPO LONDOÑO** tenga bajo su cuidado menores de edad o personas incapacitadas.

Apelando a jurisprudencia¹ en pro de verificar si por diferente vía el subrogado resulta otorgable, remarca que en casos como el presente el mismo no emerge aconsejable. En concreto, niega la prisión domiciliaria.

2. Suspensión condicional de la condena.

En la sentencia se tachan de graves las conductas punibles por las que se condenó, al haber faltado la acusada, al juramento que prestó en aras de impartir justicia y porque atentó contra la administración pública en una región con presencia de bandas criminales

Deriva ese lastre, también, de la intensidad del dolo con que actuó la implicada, porque pudo cumplir cabalmente con los deberes que le imponía su investidura, ya que su formación profesional y experiencia se lo permitían.

No basta, sostiene, la carencia de antecedentes para acceder al beneficio, toda vez que el artículo 63 del Código Penal demanda un análisis en conjunto con miras a saber si es necesario el tratamiento penitenciario.

Señala que la paz jurídica de la comunidad es uno de los fines de la prevención general que puede verse

¹ Se refiere al radicado 16519 del 22 de agosto de 2002, Corte Suprema de Justicia.

quebrantada cuando los asociados ven que quienes han atentado gravemente contra sus intereses regresan inmediatamente a la libertad; igual, les queda una sensación de impunidad en vez de concientizarse de que esas personas tendrán consecuencia reales y serias por su actuar.

Finalmente, el *a quo* negó ambos sustitutos y ordenó la captura de la procesada.

LA IMPUGNACIÓN

El defensor de la doctora **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, discrepa de lo dispuesto en la sentencia de primera instancia en tanto la privó de los subrogados y lo hace en los siguientes términos:

Pone de presente que el juez no puede reducir su labor a decir la ley de manera mecánica, pues se haría palpable la ausencia de justicia en sus decisiones, siendo desde esa perspectiva que critica que el juez colegiado basara su negativa en cuanto a los anteriores institutos, en la naturaleza y modalidad del hecho, sin analizar a la acusada desde su individualidad; auscultar el entorno que la acoge y verificar la conducta mostrada antes y después de los hechos.

Expone que su representada ninguna predisposición tiene hacia el delito. El que se le reprocha responde a un accidente en su vida, dedicada siempre a sus hijos y nieta, a quienes dota de lo necesario a fin de que continúen sus estudios. Además, a la acusada la caracteriza el deseo de superación, tanto que obtuvo su título de abogada a edad madura, habiendo tenido que trabajar primero para sufragar los costos universitarios.

Sostiene que es ilógico deducir la personalidad que caracteriza a su asistida, de la gravedad de la conducta punible y concluir sobre esa base, la necesidad del tratamiento penitenciario, ya que los hechos delictivos que aceptó son algo ocasional en la vida de **RESTREPO LONDOÑO**, que ha estado marcada por el acatamiento a la ley y la no incursión ni siquiera, en infracciones de carácter disciplinario, por lo que se debe tener claro que la condena en su contra ha afectado gravemente su vida personal, laboral, social y familiar.

Argumenta que resulta inviable señalar que la concesión del subrogado implica enviar un mensaje de impunidad a la sociedad, pues ello sería tanto como intimidar a las personas, rebajar su dignidad y fundar el establecimiento de las relaciones en la amenaza estatal.

Adicionalmente, desconoce las posibilidades de eficacia del mecanismo, por cuanto el mismo constituye pena y puede ser revocado en cualquier momento; además, se asimila a un medio de corrección ya que exige como compromiso observar buena conducta y presentarse periódicamente ante la respectiva autoridad.

Aparte de lo anterior, mal puede perderse de vista el aspecto socio pedagógico activo del subrogado al estimular a la acusada para que durante el período de prueba se reintegre a la sociedad que es lo que ha venido haciendo porque se encuentra ejerciendo la profesión de abogada, desde que, en un acto de arrepentimiento se desvinculó de la administración de justicia y el encontrarse en esa situación hace que sea mínima la probabilidad de reincidencia, al saberse que los delitos atribuidos están ligados al cargo público que ya no ostenta.

Reclama de la Corte, una decisión basada en parámetros de racionalidad y proporcionalidad que consulte la realidad de su defendida en los ámbitos individual, familiar y social, pues si se le priva de la libertad se le causaría un daño mayor del necesario, dado que nunca ha sido delincuente habitual.

Estima suficientes esas reflexiones para que se le conceda a **RESTREPO LONDOÑO**, el subrogado de la condena

de ejecución condicional, incluso la prisión domiciliaria, en tanto que no colocará en peligro a la comunidad, según ya lo dio a conocer y porque además, siempre concurrió al proceso.

Finalmente, aduce que no conviene en todo lo que argumentó el Tribunal con miras a marginarla de la condición de madre cabeza de familia, toda vez que si bien su hija y nieta viven en otra ciudad, es ella la que las sostiene, sin que se pueda pensar en la falta de disposición de aquella para el trabajo, lo que ocurre es que el encontrarse cursando estudios superiores le imposibilita trabajar, circunstancia que obliga a la abuela a apersonarse del cuidado de la pequeña.

Depreca así, la revocatoria del fallo para que se le conceda a su defendida cualquiera de los subrogados en cuestión.

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, al tratarse de una decisión proferida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en

un proceso adelantado contra una juez municipal, por conductas realizadas en ejercicio de sus funciones.

Entrando en materia, ha de recordarse que el Tribunal no le suspendió condicionalmente la ejecución de la pena a **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, porque consideró graves las conductas punibles por las que la condenó.

El defensor, quien reconoce la gravedad del comportamiento de su prohijada, rechaza que ese aspecto sea el que determine la negativa del subrogado, puesto que la decisión justa y, por lo tanto, proporcional y racional, será la que tome en consideración la noble personalidad que caracteriza a su asistida, en tanto nunca antes le había fallado a la sociedad, ya que siempre se desarrolló intachablemente, responde a una madre de familia que vela por sus hijos y estos tópicos son los que deben guiar la decisión.

Resultó obligada la comparación acerca de la manera como el Tribunal y el censor asumieron el análisis del mecanismo sustitutivo, en orden a significar que aquel procedió debidamente, al extender su examen a la gravedad de la conducta punible. Sirvió también, para denotar que el abogado de ninguna manera rebate el juicio de valor negativo inmerso en el fallo, en punto del mismo aspecto, labor a la cual no podía renunciar sino que aboga para que

se deslinde del trabajo analítico, desconociendo que se trata de una exigencia normativa contenida en el artículo 63 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente:

Suspensión condicional de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad concurrentes con ésta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, se exigirá su cumplimiento.

Se observa de la anterior transcripción, que se trata de una norma que podría catalogarse de autónoma, en tanto su aplicabilidad no depende de otra, como aquellas en las que están ausentes los elementos que las predisponen para

regular un caso en concreto y, por esas falencias, hacen remisión a las que sí contienen los supuestos suficientes para operar.

Allí, se pone de presente entonces, el período dentro que del cual dicha interrupción es viable; la clase y medida de la pena; los aspectos que por ostentar un cariz subjetivo como los antecedentes personales, sociales y familiares del penado, la modalidad y gravedad de la conducta punible, demandan del juez reflexiones connaturales a los mismos que serán las que le permitan formarse un criterio acerca de la necesidad de que se ejecute la sanción, siendo importante precisar que el legislador ninguna posibilidad de que el subrogado se aplicara a eventos en que el castigo fuese diferente al de la prisión, contempló

A la par, sugiere que el juez, si a bien lo tiene, exija el cumplimiento de otras penas diferentes a las privativas de la libertad, siempre que, tratándose de servidores públicos que por dolo o culpa grave hayan dado lugar a que se condene al estado a una reparación patrimonial, estén a paz y salvo porque ya hicieron el respectivo reintegro. Ello, explica la remisión al canon 122 superior.

Según lo anterior, se hacen palpables los ámbitos a los que debe ceñirse la valoración del funcionario judicial en pos de emitir pronunciamiento de mérito frente a ese

modelo normativo que modifica las condiciones de cumplimiento de la condena.

Y, es que, en cuanto a las exigencias de carácter cualitativo, el texto y la redacción del precepto a esa altura, son inequívocos al imponer que se conjuguen los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta, entendiendo por ésta la mayor o menor afectación del bien jurídico tutelado con la norma que infringió el sentenciado.

No se desprende la existencia de una permisión para que el juez escoja a su arbitrio, una o algunas de esas materias, las sopesa y si el resultado que aparece niega la necesidad del tratamiento penitenciario, adopte la decisión pertinente.

Inevitablemente, debe sujetarse a la totalidad del contenido normativo y cuando quiera que de éste dimanen rasgos de discrecionalidad, el operador judicial habrá de disponer de esa facultad con vistas a los componentes axiológicos de razonabilidad y proporcionalidad; lógicamente, dándole vigencia dentro del asunto, al derecho a la igualdad.

Esa metodología, es diversa a la que propone el libelista, para quien dichos principios, en el marco de la suspensión condicional de la condena, se hacen sostenibles así por así, es decir, sin tener como referentes los tópicos que le dan sentido como subrogado penal a aplicar una vez se tiene conocimiento certero de las circunstancias de todo orden en que el sentenciado defraudó las expectativas jurídico penales, así como también, de la intensidad de dicha defraudación.

Como viene de verse, se trata de un evento de interpretación de la ley y es natural, pues cotidianamente debe asumirse en los derroteros que se persiguen a la hora de administrar justicia.

Pero antes que ello, es una cuestión que obliga a reconocer que los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley, de la forma como lo prescribe el artículo 230 Constitucional y, precisamente, el anterior sustento y las conclusiones se acompañan con lo dicho en anterior oportunidad por la Sala cuando destacó:

... los funcionarios judiciales están sometidos al imperio de la ley, tal como lo establece el artículo 230 de la Constitución Política, de modo que no es posible desconocer el principio de legalidad, principio basilar del Estado Social de Derecho, por abstractos motivos de *«justicia y equidad»*², a los cuales acudió el

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

representante, o porque se considere, frente a situaciones particulares, que extinguir la acción penal y decretar la cesación del procedimiento por prescripción afecte los derechos fundamentales de las víctimas «*al debido proceso y a la tutela judicial efectiva*».

... las consecuencias adversas en el evento de adoptar la postura del recurrente serían intolerables, pues no sólo llevaría a adoptar decisiones arbitrarias y subjetivas, en un claro menoscabo de la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante ley... (CSJ AP 2 Jul. 2014, Rad. 41793).

Quedó precisado cómo al funcionario judicial le está vedado desoir el mandato legal, claro está, cuando no tenga potísimas razones para derivar una postura centrada en que el mismo se aparta de la norma superior.

Repasando la sentencia impugnada, se destaca que el *a quo* se convenció de la improcedencia del sustituto en cuestión a partir de someter a escrutinio el proceder infractor de la acusada, el que calificó de grave, tanto por ser reiterado como por materializarse en una región del país en donde las bandas criminales ejercen su poderío que aprovecharon “*los intereses torcidos de quien debía impartir justicia*” y enlazó ese aspecto con la prevención general que, como función, le cabe a la pena orientándolo con pertinente criterio de la Corte, enfatizando que sin darse por descontado dicho ámbito, es intrascendente que los

² *Ibidem*.

restantes tópicos del artículo 63 del Código Penal concurren, ya que el análisis debe hacerse en conjunto.

En definitiva, ninguna objeción le cabe a la postura de la primera instancia que desembocó en declarar la inviabilidad del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Entre tanto, ante el advenimiento de la Ley 1709 de 2014, la cual le introdujo algunas modificaciones al subrogado en cuestión, se ofrece imperioso revisar si, en su nueva versión, dicho instituto le resulta más cómodo a la procesada, de suerte que le pueda ser suspendida la ejecución de la condena.

El artículo 29 de dicha normatividad, transformó el mecanismo en los siguientes términos:

Artículo 63. Suspensión de la ejecución de la pena. *La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la*

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.

3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento.

Ahora bien, el canon 32 de la novísima ley, modificó el 68A del Código Penal y, en vista de que al mismo alude el numeral segundo del mandato acabado de transcribir, resulta necesario reproducirlo igualmente.

Artículo 68A. Exclusión de los beneficios y subrogados penales. *No se concederán; la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.*

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; delitos contra la libertad, integridad y formación sexual; estafa y abuso de confianza que recaigan sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; extorsión, lesiones personales con deformidad causadas con elemento corrosivo; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal.

Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

***Parágrafo 1°.** Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código.*

***Parágrafo 2°.** Lo dispuesto en el primer inciso del presente artículo no se aplicará respecto de la suspensión de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares sean indicativos de que no existe la posibilidad de la ejecución de la pena.*

Contrastada la antigua norma con la actual, se puede advertir que la modificación se contrajo, para los efectos que aquí imperan, a suprimir de aquella el requisito cualitativo, de tal suerte que ahora el mecanismo depende de que se satisfagan meras exigencias de orden objetivo.

Dentro de ese contexto, ahora el funcionario carece de todo margen de discrecionalidad para aplicar dicho instrumento y, por tanto, los juicios de valor al respecto, quedaron sin incidencia alguna, los cuales en vigencia del original precepto verdaderamente eran imprescindibles, toda vez que aspectos como los relativos a los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, lo mismo que la modalidad y gravedad de la conducta punible, solo podían diagnosticarse a través de una labor tal.

Con base en la nueva regulación de la materia, tampoco es viable que a **RESTREPO LONDOÑO**, se le

modifiquen de manera más grata, las condiciones de ejecución de la condena, en tanto que si bien la gravedad de la conducta punible es un factor abolido, lo cierto que el legislador reveló otro que, en el caso en estudio, no hay cómo pasarlo por alto.

En efecto, en el numeral 2° del artículo 63 ya transcrito, se señala que el juez concederá la medida, es decir, el subrogado, si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso segundo del artículo 68A de la ley 599 de 200, siempre que se cumpla con el requisito objetivo señalado en el numeral 1° del mismo precepto, valga acotar, que la pena impuesta sea de prisión y no exceda de 4 años.

Allí, según también lo permite observar la transcripción, se hace hincapié a los delitos dolosos contra la administración pública y no hay duda de que el prevaricato por acción y el abuso de función pública que precipitaron la condena contra **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, obedecen a esa clase de reatos.

En otras palabras, la justiciable no se hace merecedora al subrogado de la condena de ejecución condicional conforme a la Ley 1709 de 2014, porque los delitos que agotó están expresamente excluidos de dicho beneficio. La misma exclusión, obra en cuanto a la prisión

domiciliaria, de acuerdo al artículo 23 ibídem, que adicionó el 38B a la Ley 599 de 2000.

A la inquietud de la cual ya se ocupó la Sala, el recurrente suma otras dos.

Una, consistente en que se le otorgue a su asistida la prisión domiciliaria “porque lo que ha sido su desempeño personal, laboral, familiar, social del sentenciado (sic), no permite inferir que ponga en peligro a la comunicad, nótese, que se trató de un hecho aislado en su vida, en relación directa con una función pública, que ya no ejerce, y ha dado con suficiencia, muestras de comparecencia, ha estado presente en todas las audiencias y requerimientos del órgano instructor y la magistratura misma”.

Bien se alcanza a observar que el libelista, de una parte, no ataca los motivos en que se fundó el Tribunal cuando negó dicha gracia, a pesar de que los mismos correspondan a cuanto ha decantado la jurisprudencia de esta Sala; de otra, en ningún grado argumenta para mostrar que el desempeño de su prohijada en punto de los 4 tópicos que enuncia y realmente a los que el jurisdicente se debe sujetar a fin de decidir si concede el beneficio, es el debido.

Habla de que **RESTREPO LONDOÑO**, ha cumplido con la obligación de concurrir al proceso; de su condición de infractora inexperta, y agrega que los hechos delictivos por

los cuales enfrenta a la administración de justicia tuvieron relación directa con una función pública que ya es cosa del pasado. Sin embargo, esas disquisiciones en manera alguna se identifican son los mentados factores –acerca de ellos ningún desarrollo hizo-, y por ende, se distancia del cumplimiento de la carga que le impone acreditar que el juez colegiado se equivocó al negarle a **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**, la reclusión domiciliaria.

Adicionalmente, extraña que el censor le dé realce al desempeño laboral de la implicada e indique que desde ese enfoque jamás colocará en peligro a la comunidad, cuando indefectiblemente es el que mayormente debe ser reprochado, pues se valió de las funciones que desempeñaba para infringir el ordenamiento jurídico.

La segunda preocupación del defensor, la constituye el rechazo del *a quo* a reconocer que la procesada es madre cabeza de familia, porque no vive con su pequeña nieta, ya que ésta se encuentra con su progenitora en otra ciudad. A lo cual, expresa que es indiferente esa circunstancia, toda vez que lo sustancial atiende a que la hija de **RESTREPO LONDOÑO** se encuentra en Medellín mientras culmina sus estudios, por lo que su lugar debe asumirlo su madre y abuela de la menor y eso la ubica dentro de las condiciones para poder ser reclusa en su vivienda.

Ha de recordar el memorialista, que el Tribunal se ciñó a los presupuestos del artículo 2° de la Ley 82 de 1993 en aras de verificar si en la acusada concurrían las exigencias que la erigen en mujer cabeza de familia, lo cual descartó con base en los elementos de persuasión que fueron puestos a su orden. Indicó que sus dos descendientes son mayores de edad y, que si bien, su hija es la mamá de una pequeña, lo cierto es que no se encuentra a su cuidado, dado que éstas residen en Medellín, al paso que ella en Turbo.

Independientemente de lo anterior, en circunstancias normales, valga decir, en las que la madre goce de salud que le permita proveerse de lo necesario para vivir ella y su niña, así la subsistencia sea congrua, no tiene por qué la abuela de ésta alegar que el cuidado que ella le puede profesar a la menor tiende a desmerecer el que le brida aquella, para así, acceder a la condición privilegiada que se analiza.

Variaría la situación, si alguna patología sensible aquejara a la menor y realmente su madre no tuviera a quién confiársela mientras trabaja o que fuera la procesada la que tuviera que mantenerlas, incluso, costear los tratamientos y medicamentos de la pequeña, por ser quien goza de empleo.

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

En el evento que ocupa la atención de la Sala, no se reportó una situación tal, aparte de que el defensor evadió explicar si definitivamente escapa a las posibilidades de la mamá de la niña estar al frente de ella, cuál es la razón para que el papá no la supla o los padres de éste.

Entonces, lo que trasluce el discurso del impugnante es su intención de convertir contra todo, en mujer cabeza de familia a **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO** y, directamente por ahí, hacerla acreedora del sustituto.

Corolario de los anteriores razonamientos, es la confirmación de la sentencia apelada.

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 Antioquia, respecto de la doctora **ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO**.

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

Segunda instancia No. 41434
ELVIA LUCÍA RESTREPO LONDOÑO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria