

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP11235-2015

Radicación n° 45927

Aprobado Acta No. 295

Bogotá D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil quince (2015).

La Corte resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia de 27 de marzo de 2015, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán absolvió a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA de los cargos que le fueron imputados como autor del concurso heterogéneo de delitos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público.

HECHOS

Según se reseña en el escrito de acusación, a las 6:15 P.M. del 1° de enero de 2007, en el barrio Villa del Sur, vereda «Puerto» del municipio de Balboa, Cauca, funcionarios de la Policía Nacional capturaron a Robinson Samboní Burbano, Wilson Muñoz Córdoba y Óscar Bolaños López cuando llevaban consigo en el vehículo en que se transportaban 4.351.5 gramos de cocaína.

Como consecuencia de ello y a efectos de poner a los capturados a disposición de la autoridad competente, el subintendente de la SIJIN Javier Parra Espitia, intentó, sin éxito, contactar a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA, quien se desempeñaba como Fiscal 2° Seccional de ese municipio y prestaba turno de disponibilidad para esa fecha.

Ante la imposibilidad de ubicar al funcionario competente, Parra Espitia, a las 10:00 P.M., se comunicó telefónicamente con el Asistente del despacho, Roger Hernán Mera López, quien le hizo saber que no se encontraba en la ciudad y acordó con él que recibiría las diligencias al día siguiente, pero con fecha de 1° de enero.

Como consecuencia de lo anterior, en la mañana del 2 de enero, el subintendente concurrió a las instalaciones de la Fiscalía 2° Seccional, donde Mera López efectivamente recibió la documentación correspondiente y plasmó como fecha de recepción de las mismas 1° de enero a las 10:00 P.M.

El 3 de enero de ese mismo año, a las 9:30 a.m., MUÑOZ CABRERA radicó ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Balboa la solicitud de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, que se instaló ese día a las 10:00 A.M. y en la cual se decretó la ilegalidad de la aprehensión por vencimiento del término previsto en el artículo 28 de la Constitución Política.

La actuación prosiguió únicamente contra Wilson Muñoz Córdoba y Óscar Bolaños López, pues Samboní Rubiano aceptó los cargos y, en desarrollo de la misma, se agotó el plazo de 30 días con que MUÑOZ CABRERA contaba, de acuerdo con el artículo 175 de la Ley 906 de 2004, para radicar el escrito de acusación sin que ello hubiera ocurrido.

Del vencimiento de dicho término, el acusado informó a la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán mediante oficios No. 52 y 78 de febrero 23 y marzo 21 de 2007, fecha esta en la que elaboró una constancia en la que consignó que las diligencias

fueron recibidas por el despacho a su cargo el 2 de enero a las 22:00 P.M.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia preliminar celebrada el 5 de julio de 2013 ante el Juzgado 1° Penal Municipal Ambulante con Funciones de Control de Garantías de Popayán, la Fiscalía le formuló imputación a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA como autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por omisión agravado, definidos en los artículos 286, 414 y 415 de la Ley 599 de 2000.

2. El 31 de octubre de esa anualidad, la Fiscalía radicó el escrito en el que atribuyó al imputado las conductas punibles aludidas; acusación formulada en audiencia realizada el 22 de enero de 2014, ante una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán.

3. El 7 de mayo de 2014 se llevó a cabo la audiencia preparatoria, en la que el Tribunal decidió sobre las solicitudes probatorias elevadas por las partes.

Contra esa decisión, en cuanto le fue desfavorable, la Fiscalía interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por esta Corporación mediante auto de 2 de julio de 2014.

4. El juicio oral se agotó en varias sesiones, concretamente, los días 11 de agosto de 2014, 2 y 3 de febrero y 3 y 4 de marzo de 2015, fecha última en la que el a quo anunció el sentido absolutorio del fallo.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal consideró que las pruebas practicadas en juicio no permiten forjar el conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de los delitos investigados.

Indicó que el delito de prevaricato por omisión, según lo tiene discernido de antaño

esta Sala, requiere para su configuración «de la autonomía de la voluntad», es decir, que «debe existir en el ánimo del actor la intención de resistirse al cumplimiento de la obligación para la cual existe un término legal fijado».

En ese orden, continuó, si bien es cierto que objetivamente MUÑOZ CABRERA retardó el cumplimiento de un deber, concretamente, el de solicitar ante el Juez de Control de Garantías la legalización de la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López, lo cierto es que no se logró demostrar que ello fuera consecuencia de un comportamiento doloso, sino que se debió a «razones externas», tales como el desconocimiento del recientemente implementado sistema acusatorio y la falta de elementos que estimó requeridos para la actuación a cumplir.

Lo que es más, se demostró que la prueba de identificación preliminar homologada, que era necesaria para llevar a los involucrados ante el Juez, sólo se obtuvo en la noche del 2° de enero de 2007 e, incluso, no se precisó si fue entregada al ahora acusado ese mismo día o al siguiente.

El a quo adujo que si bien MUÑOZ CABRERA debía estar disponible para el momento de la captura y no lo estaba, ello podría eventualmente constituir una falta disciplinaria, no penal, de la que por demás fue absuelto, máxime que de todas maneras se probó que los Jueces de Función de Control de Garantías en Balboa trabajaban sólo en horario laboral, de modo que incluso si hubiera estado en su oficina, no habría sido posible para él legalizar la aprehensión en ese momento.

Agregó que, además, el Fiscal asumió que no podía concurrir ante la autoridad judicial sin la prueba P.I.P.H. y, según se conoció, no había sido capacitado en el funcionamiento del procedimiento penal de tendencia acusatoria, todo lo cual permite concluir que su comportamiento fue simplemente culposos.

Estimó que esa conclusión se afianza en mayor medida al constatar que el inculpatado

no podía tener conocimiento de que Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López serían capturados, por lo que su ausencia en el despacho de ninguna manera puede reputarse como una omisión dolosa, menos aún dirigida a lograr su liberación como consecuencia del vencimiento de los términos.

En lo que tiene que ver con el delito de falsedad ideológica en documento público, señaló que, de acuerdo con la prueba practicada en juicio, las diligencias completas, esto es, incluida la prueba P.I.P.H., fueron recibidas por la Fiscalía de la que era titular MUÑOZ CABRERA en la noche del 2 de enero de 2007.

En ese orden, la constancia suscrita por el Fiscal en el sentido de que ello ocurrió a las 10:00 P.M. de esa fecha no se ofrece contraria a la realidad y, por lo mismo, no puede afirmarse espuria, aun cuando quizá sea equivocada.

Agregó que quien plasmó como fecha de recepción de los actos urgentes puestos a disposición por el subintendente Parra Espitia la del 1° de enero fue el Asistente Mera López, no el acusado, a quien entonces no es posible atribuirle responsabilidad por ese hecho.

LA IMPUGNACIÓN

El Delegado de la Fiscalía, por vía de la apelación, pide que se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se condene a MUÑOZ CABRERA como autor de los delitos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público.

1. En relación con la primera conducta punible aludida, alegó que el a quo perdió de vista que en la acusación se le atribuyó al enjuiciado su comisión tanto en la modalidad de retardar como en la de omitir; mientras la primera tiene que ver con que sólo el 3° de enero de 2007 pidió la celebración de la audiencia preliminar de legalización de captura y permitió el vencimiento del término legal, la segunda está vinculada con el

hecho de no haber estado presente y disponible el 1° de enero de 2007 para cumplir con sus funciones.

Luego de citar jurisprudencia de esta Corporación sobre la configuración del delito imputado, afirmó que la conducta de MUÑOZ CABRERA, en cuanto se abstuvo de comparecer a su despacho en el turno de disponibilidad, comportó el incumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 250, numeral 8°, de la Carta Política, así como en los artículos 114, 200, 205 y 207 de la Ley 906 de 2004, incluso, en el Manual de Funciones para el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales o Promiscuos del Circuito.

A su vez, el retardo que se le atribuye significó el desconocimiento de lo mandado en los artículos 28 y 250 Superiores y en los artículos 2, 114 y 302 de la Ley 906 de 2004.

Añadió que los actos que omitió y retardó el acusado tenían un término legal para su realización, y que aquél tenía pleno conocimiento tanto de las normas que debía acatar como del plazo mismo, a pesar de lo cual incurrió en la conducta omisiva que se le atribuye, pues tratándose de un «Fiscal avezado en las lides del Derecho, un Fiscal que se había formado como tal en las entrañas del ente investigador y acusador», no podía obrar de otra forma.

Sostuvo que si bien el sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria había sido recientemente implementado para la fecha de los hechos, lo cierto es que el deber de legalizar la captura, así como las funciones de dirección y coordinación de la investigación propias de los Fiscales, existían también en los códigos de procedimiento penal de 1991 y de 2000 y, por tanto, es obvio que MUÑOZ CABRERA los conocía.

Afirmó que las pruebas practicadas «demostraron plenamente que el acusado...de manera real y efectiva sabía que tenía que estar en su puesto de trabajo a partir del día domingo 31 de diciembre de 2006, para asumir a partir de las 00:00 horas... todas las eventualidades que acontecieran», de modo que su conducta fue dolosa.

Lo que es más, incluso después de que se enteró de la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López, lo cual ocurrió el 2 de enero, el acusado persistió en su comportamiento omisivo, pues sólo el día 3 de ese mes concurrió ante los Jueces de Control de Garantías para legalizar ese procedimiento.

El opugnador señaló que las «razones externas» que el a quo adujo como determinantes de la conducta de MUÑOZ CABRERA no fueron demostradas y se soportan en una suposición carente de asidero probatorio.

En ese sentido, averó que no se requería capacitación específica sobre la Ley 906 de 2004 para comprender que la captura debía ser legalizada ante una autoridad judicial, como también que es inadmisibles la excusa de que carecía de los elementos de trabajo necesarios para ello, pues lo único que necesitaba era imprimir y diligenciar los formularios; además, no era necesario contar con la prueba P.I.P.H. para legalizar la captura, sino únicamente para la formulación de imputación y la imposición de medida de aseguramiento, máxime que en el actual sistema de procesamiento penal rige el principio de libertad probatoria.

Manifestó que MUÑOZ CABRERA fue absuelto en la investigación disciplinaria que se le abrió por permitir el vencimiento del término para acusar, previsto en el artículo 165 de la Ley 906 de 2004, lo que nada tiene que ver con los hechos objeto de juzgamiento, pero además, que el no concurrir a su puesto de trabajo para atender los asuntos a su cargo trasciende del ámbito disciplinario y configura el delito de prevaricato por omisión.

Concluyó que el Tribunal erró al exigir prueba de que la omisión atribuida al enjuiciado tenía por propósito beneficiar a los capturados, pues ello no hace parte de la estructura básica del delito imputado, que se perfecciona con la simple verificación de la conducta allí descrita.

2. En punto a la conducta punible de falsedad documental, el apelante partió por precisar

que el Tribunal comprendió erradamente el cargo, que no consistió en imprimir como fecha de recepción de las diligencias la del 1° de enero, pues ello hizo el Asistente Mera López, sino en haber suscrito, el 21 de marzo de 2007, una constancia en la que consignó, en contravía de la realidad, que fueron recibidas el 2 de enero a las 10:00 P.M.

Ese documento es falaz, pues la realidad es que las diligencias fueron entregadas al despacho por el subintendente Parra Espitia el 2 de enero a las 10:00 A.M. e, incluso, fueron reportadas telefónicamente en la noche del día anterior al Asistente Mera López.

Así las cosas, afirmó demostradas tanto la materialidad del delito contra la fe pública como la responsabilidad de MUÑOZ CABRERA por su comisión, pues la confección del documento mendaz fue dolosa y tuvo como propósito «sanear su actuar tardío», trasladando «hábilmente la responsabilidad en su cuerpo de Policía Judicial».

NO RECURRENTES

1. El defensor de confianza de VÍCTOR MUÑOZ CABRERA pidió, en primer lugar, que se declare desierta la alzada, pues en su criterio, el Delegado de la Fiscalía no controvertió los sustentos de la sentencia confutada, sino que se limitó a criticarlos «de manera muy genérica».

Subsidiariamente, solicitó que se confirme el fallo absolutorio.

En ese sentido, adujo que de acuerdo con la resolución No. 1496 de 28 de diciembre de 2006, el traslado del acusado al sistema penal acusatorio sólo sería efectivo «previa entrega del cargo debidamente inventariado y recibo del nuevo en la misma forma», lo cual no ocurrió, de modo que no le era exigible estar disponible desde las 00:00 del 1° de enero de 2007.

Añadió que el apelante pretende deducir el dolo del aspecto simplemente objetivo de las conductas imputadas, pero además, que la constancia que se afirma espuria no merece ningún reproche, pues al suscribirla, MUÑOZ CABRERA simplemente «hizo lo correcto cuando advirtió la imprecisión en que incurrió su asistente».

2. El Agente del Ministerio Público partió por precisar que el a quo sí analizó la configuración del delito de prevaricato por omisión en la modalidad de omitir, y no únicamente en la de retardar, como erradamente lo alega el apelante.

Arguyó que no se acreditó que la ausencia del procesado en su despacho fuera producto de un comportamiento doloso, como tampoco que el retardo en la solicitud de la audiencia de legalización de captura lo haya sido, pues es claro que no se contaba con la prueba P.I.P.H., la cual era necesaria para dicho efecto, máxime que se demostró que el acusado «tuvo dificultades para el diligenciamiento e impresión de los formatos de solicitud, para lo cual debió desplazarse a otra oficina».

En relación con la falsedad documental, explicó que se pudo probar que la prueba P.I.P.H. fue allegada al despacho después de las 8:30 P.M. del 2 de enero, por lo que no resulta «insensato el registro de la fecha de recepción por parte del ex fiscal investigado».

CONSIDERACIONES

Sobre la sustentación del recurso.

El propósito de los recursos, concretamente de la apelación, es permitir a la parte perjudicada por una decisión controvertir ante el superior jerárquico de quien la profiere los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos que la soportan, a efectos de demostrar su incorrección y, consecuentemente, suscitar su revocatoria¹.

En tal virtud, corresponde al interesado exponer las razones del disenso, no de manera genérica y abstracta, sino mediante la confrontación concreta de los soportes de la decisión recurrida, de modo que el funcionario competente para decidir la alzada pueda contrastarlos con las alegaciones de quien recurre y llegar a una conclusión sobre su acierto o desacierto.

Así, la sustentación de la impugnación, desde la perspectiva de la teoría general de proceso, corresponde a una carga cuyo incumplimiento da lugar a que la misma sea declarada desierta.

En efecto, el artículo 179A de la Ley 906 de 2004 dispone que «cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición»; supuesto que se verifica no sólo ante la omitida presentación de la fundamentación del recurso, sino también ante la constatación de que los argumentos allí contenidos no comprenden una verdadera censura del fallo confutado, o lo que es igual, una debida sustentación².

En el presente asunto, ninguna razón le asiste al defensor de MUÑOZ CABRERA al reclamar que se declare la deserción de la impugnación, pues el apelante, de manera suficientemente clara, exteriorizó las razones por las que considera equivocadas las apreciaciones probatorias y jurídicas que brindan soporte a la sentencia de primera instancia, no de forma abstracta como aquél lo acusa, sino concreta y concisa.

La Sala, en consecuencia, no accederá a lo solicitado, de modo que la decisión que en esta sede se profiera necesariamente será de fondo o mérito.

Competencia.

1. De conformidad con el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia

absolutoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

2. Esclarecido lo anterior y en el cometido de examinar las censuras elevadas por el opugnador, la Sala partirá por analizar lo atinente al delito de prevaricato por omisión para después, de manera discriminada y en aras de la claridad, estudiar lo correspondiente al reato de falsedad documental.

Sobre el delito de prevaricato por omisión.

1. De acuerdo con el artículo 414 de la Ley 599 del 2000, comete prevaricato por omisión «el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones».

Se trata, ha dicho la Sala, de un tipo penal abierto o en blanco, pues para su comprensión integral se hace necesario acudir a las disposiciones que consagran el deber o acto soslayado, y que se perfecciona cuando el servidor público, alternativamente, omite, retarda, rehúsa o deniega un acto propio de sus funciones³.

En ese sentido, importa precisar para el caso en examen, que la omisión y el retardo «no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquélla, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente»⁴.

En lo que tiene que ver con el aspecto subjetivo del delito aludido, es claro, porque así lo dispuso el legislador, que el mismo sólo admite la modalidad dolosa, lo que supone que sólo se configura si «el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber», de modo que no basta, en el cometido de verificar si se actualizó el tipo penal, «el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal»⁵.

2. En el caso concreto, los hechos jurídicamente relevantes atribuidos por la Fiscalía a MUÑOZ CABRERA en la audiencia de formulación de imputación se concretaron de la siguiente manera:

«Así las cosas, reportado el caso por la policía uniformada al señor jefe de la sub SIJIN de Balboa, Cauca, el señor subintendente Javier Parra Espitia, éste a las 6.20 de la noche...procuró ubicar en la sede de la Fiscalía General de la Nación de Balboa, Cauca, a algún servidor público de la Fiscalía General de la Nación, no encontrando a nadie, por lo cual procedió a comunicarse vía telefónica con el Fiscal Seccional 002 de Balboa, Cauca, el señor Víctor Muñoz Cabrera, con resultados negativos, en la medida que éste no contestó el teléfono a pesar de estar en turno de disponibilidad para esa fecha...

Al no poderse entablar comunicación con el Fiscal de turno... el subintendente Parra Espitia entró en contacto vía telefónica con el asistente de Fiscal... quien se encontraba en su sitio de residencia, ubicada en la municipalidad de Bolívar, Cauca, para que le fueran recibidas las diligencias... recibiendo como respuesta que se comunicara con el fiscal titular del despacho... o en su defecto él le recibiría las diligencias al día siguiente, 2 de enero de 2007, con fecha de 1° de enero de 2007...

Como quiera que el señor Fiscal Seccional Víctor Muñoz Cabrera no se encontraba en la población de Balboa, Cauca, para atender los casos que ingresaran...a pesar que era su obligación, las diligencias con personas capturadas...fueron recibidas físicamente el día siguiente 2 de enero de 2007...

El día siguiente, miércoles 3 de enero de 2007, a las 8:00 A.M., el Fiscal Seccional 02 de Balboa, Cauca, el doctor Víctor Muñoz Cabrera, elaboró la solicitud de audiencia preliminar concentrada...haciendo entrega de tal solicitud en el Juzgado Promiscuo Municipal de Balboa, Cauca, a las 9:30 A.M...

El Fiscal Seccional Víctor Muñoz Cabrera tenía máximo hasta las 0:15 de la madrugada del día miércoles 3 de enero de 2007 para haber llevado a cabo la audiencia de legalización de legalización de captura...retardando con ello un acto propio de sus funciones» (récord 7:00 y siguientes).

En similar sentido, la imputación fáctica se precisó en el escrito de acusación y en la formulación verbal de ésta, así:

«...como presunto AUTOR penalmente responsable del delito de PREVARICATO POR OMISIÓN AGRAVADO...por NO haber estado presto el día lunes festivo 1° de enero de 2007 a las 6:20 P.M. a atender el llamado de la Policía Judicial para asumir sus funciones de dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico científica de las actividades de Policía Judicial, relacionadas con la captura en flagrancia de los señores (...), acorde con lo nombrado en el Inc. 2° del art. 200 de la Ley 906/04 y a pesar que la captura de los antes nombrados se había verificado a las 6:15 pm del día lunes festivo 1° de enero de 2007, y ser Fiscal del Sistema Procesal Penal de la Ley 906/04, que debía estar pendiente desde las 00:00 horas de ese día para asumir el conocimiento de los asuntos que Policía Judicial colocara en su conocimiento...no estuvo en la sede del Despacho para cumplir con sus deberes y obligaciones...al punto que sólo el día miércoles 3° de enero

de 2007 vino a demandar del Juzgado...las respectivas audiencias concentradas...dando lugar con dicha omisión a que se decretara la ilegalidad de las capturas...» (fs. 20 y 21; récord 6:10 y siguientes).

Tanto en la teoría el caso presentada por la Fiscalía en la vista pública como en el pedido de condena elevado a la culminación del debate probatorio, el señalamiento de la situación fáctica objeto de investigación se mantuvo idéntico (CD 1, segundo corte, récord 6:00 y siguientes; CD 3, segundo corte, récord 3:00 y siguientes).

Así, el Delegado reprocha a MUÑOZ CABRERA dos actos distintos y diferenciables, en concreto, i) no haber estado disponible para atender los asuntos de su competencia el día lunes 1° de enero de 2007, aun cuando debía hacerlo, y ii) no haber puesto a disposición de la autoridad judicial competente a los aprehendidos dentro del término de 36 horas previsto en la Ley para la legalización de la captura.

A pesar de ello, consideró que dichas conductas configuraron un único delito de prevaricato por omisión, con lo cual les atribuyó el tratamiento jurídico atinente a la pluralidad de hechos cometidos con unidad de designio o propósito.

De acuerdo con lo expuesto, se hace evidente que no asiste razón al apelante al afirmar que el Tribunal a quo no examinó en su integridad la conducta atribuida al enjuiciado, pues en el fallo recurrido se observa, como quedó reseñado en precedencia, que dicha Corporación no sólo valoró la omitida comparecencia al despacho a su cargo el 1° de enero de 2007, sino también el retardo en la legalización de la captura de los indiciados y concluyó, respecto de una y otra, que no están revestidas de trascendencia penal.

3. Que para la época de los hechos el acusado se desempeñaba como Fiscal 2°

Seccional de Balboa, Cauca, es algo que no ofrece controversia, pues ello fue sustraído del debate probatorio mediante estipulación celebrada entre la Fiscalía y la defensa (f. 1, c. e).

Tampoco suscita debate, porque fue demostrado por la Fiscalía y no lo cuestiona la defensa, que a las 6:15 P.M. del 1° de enero de 2007, se dio captura en ese municipio a Robinson Samboní Burbano, Wilson Muñoz Córdoba y Óscar Bolaños López, quienes llevaban consigo sustancia estupefaciente posteriormente identificada como cocaína en cantidad de 4.351.5 gramos.

Se acreditó también, sin que tal circunstancia fuera objeto de discusión, que el subintendente Javier Parra Espitia acudió a la Fiscalía 2° Seccional de Balboa, de la que era titular MUÑOZ CABRERA, a efectos de poner a su disposición a los capturados, pues ese día entró en vigencia en ese Distrito Judicial la Ley 906 de 2004 y se había programado para el nombrado el turno de disponibilidad.

Parra Espitia atestó que le resultó imposible comunicarse con el ahora inculcado, por lo que entabló comunicación telefónica con Roger Hernán Mera López, Asistente del despacho, quien le indicó que no estaba en la ciudad y que le recibiría las diligencias en la mañana del día siguiente, dejando claro que plasmaría como fecha de recibido la del 1° de enero de 2007 a las 10:00 P.M.

El 2 de enero concurrió el subintendente a las instalaciones de la Fiscalía, donde Mera López, alrededor de las 9:30 o 10:00 A.M., se hizo cargo de la actuación (CD 1, segundo corte, récord 3:41:40 y siguientes).

La versión de lo ocurrido fue ratificada por el propio Mera López, por quien se conoció que efectivamente le correspondió al despacho en el que prestaba los servicios turno de disponibilidad el 1° de enero de 2007 desde las 0:00 A.M., con ocasión de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio en ese Distrito Judicial.

Evocó también que a las 10:00 P.M. de ese día recibió una llamada del subintendente Parra Espitia, quien le informó que había capturado a tres individuos y no había logrado contactar al titular del despacho; en razón de ello, acordaron que él personalmente recibiría las diligencias al día siguiente, no obstante lo cual certificaría como fecha de recepción la del 1° de enero.

Precisó que MUÑOZ CABRERA concurrió al despacho el 2 de enero, aproximadamente a las 12:00 P.M., momento en el cual se apersonó del asunto y realizó las gestiones pertinentes a efectos de legalizar las capturas (CD 1, segundo corte, récord 2:41:20 y siguientes; CD 2, récord 28:10 y siguientes).

3.1 A partir de lo anterior, se tiene demostrado que el acusado tenía el deber de estar disponible para atender los asuntos urgentes que se presentaran desde las 00:00 horas del 1° de enero, máxime que, según consta en la prueba documental aportada a las diligencias, concretamente, en la resolución No. 0041 de 26 de marzo de 2007 proferida por el Director Seccional de Fiscalías de Popayán (f. 92, c. e), para la época funcionaban en el municipio de Balboa dos Fiscalías Seccionales, pero sólo la que estaba a cargo de aquél fue asignada al sistema penal acusatorio.

Ello implica que, en condición de único Fiscal destacado para el trámite de investigaciones regidas por la Ley 906 de 2004, le era exigible estar presto a asumir las actuaciones que se suscitaran.

A pesar de lo anterior, en criterio de la Sala, no se encuentra igualmente demostrado que el enjuiciado haya omitido el cumplimiento de ese deber.

La Fiscalía sustenta la acusación en este punto en una premisa equivocada, pues la disponibilidad que le era demandable a MUÑOZ CABRERA no consiste en hacer

presencia física permanente en el lugar de trabajo, ni se garantiza exclusivamente a través del titular del despacho, que funciona como una unidad integrada por el funcionario a cargo y por sus empleados.

El deber de estar dispuesto a atender los asuntos urgentes que se suscitaran el 1º de enero de 2007 no era exigible exclusivamente del Fiscal, sino también de su Asistente, como de hecho lo reconoció éste en la vista pública al aseverar que estaba de turno no el acusado, sino «La Fiscalía Seccional 2º, a cargo de Víctor Muñoz Cabrera y (su) persona», pues se predica la unidad de despacho (CD 1, segundo corte, récord 2:47:40).

Dicho deber, así como era reclamable tanto del Fiscal como de su Asistente, se satisfacía también con que uno de ellos estuviera presto a ser contactado por las autoridades de Policía para responder por las eventualidades acaecidas, tal como lo estaba Mera López, con quien el subintendente Parra Espitia se comunicó para informarle sobre la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López.

Que aquél no hubiese puesto al tanto al Fiscal de la situación, como en efecto no lo hizo, según se probó en juicio, no es circunstancia por la cual pueda responsabilizarse al ahora enjuiciado, quien naturalmente podía confiar en el adecuado desempeño de las labores por parte del empleado.

Y es que el Asistente Mera López reconoció no recordar si luego de comunicarse con el subintendente Parra Espitia intentó contactar al procesado para enterarlo de la situación (CD 1, segundo corte, récord 3:22:50), al tiempo que el uniformado declaró que, cuando intentó entablar comunicación telefónica con aquél, «no entraba la llamada...nunca timbró» (CD 2, récord 1:11:30).

Si MUÑOZ CABRERA no fue notificado desde el primer momento por su empleado de la necesidad de concurrir al despacho para asumir los trámites vinculados con la

aprehensión, mal puede reprochársele no haberlo hecho antes del momento en que lo hizo, el deber de disponibilidad no le hacía exigible la presencia física en las instalaciones, sino estar presto a resolver los asuntos que así lo requirieran, bien personalmente, ora a través de su Asistente.

Así las cosas, en lo que al primer acto supuestamente constitutivo de prevaricato por omisión respecta, la Sala encuentra que la conducta atribuida al sentenciado carece de relevancia típica.

4. Se reprocha también a MUÑOZ CABRERA haber retardado la legalización de la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López ante el Juez de Control de Garantías, lo cual le resultaba imperativo, en condición de titular de la Fiscalía 2° Seccional de Balboa, en un término máximo de 36 horas contado desde la aprehensión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 114, numeral 8°, y 302 de la Ley 906 de 2004.

Pues bien, según se desprende de la prueba practicada en juicio, la cronología de lo ocurrido es la siguiente:

* Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López fueron capturados a las 6:15 P.M. del 1° de enero de 2007, en el municipio de Balboa, Cauca.

* El funcionario de Policía Judicial encargado de la actuación intentó contactar a MUÑOZ CABRERA sin éxito para poner a los aprehendidos a su disposición. En consecuencia, a las 10:00 P.M. entabló comunicación con el Asistente Mera López, a quien informó sobre la captura. Acordaron que los detenidos serían entregados al Despacho en la mañana del día siguiente, 2 de enero, y que se plasmaría como fecha y hora de recibido el 1° de enero a las 10:00 P.M.

- * La puesta a disposición material de los capturados se materializó el 2° de enero de 2010, entre las 9:30 y las 10:00 A.M.
- * El Fiscal MUÑOZ CABRERA tuvo conocimiento de la captura a las 12:00 P.M. del 2 de enero de 2007.
- * La solicitud de audiencia de legalización de captura, según se consigna en la constancia secretarial de 3 de enero, fue radicada a las 9:30 A.M. de ese día.
- * Conforme las correspondientes actas, la diligencia fue instalada a las 10:00 A.M. del mismo 3 de enero de 2007.

De la sucesión de hechos reseñada en precedencia se desprende que el acusado tuvo la disponibilidad jurídica de las diligencias a las 10:00 P.M. del 1° de enero de 2007, pues aunque fue su Asistente quien fue informado en ese momento de la captura, como ya se dijo, el despacho funciona como una unidad.

De igual modo, que tuvo la disponibilidad material de los detenidos a entre las 9:30 y las 10:00 A.M. del 2 de enero de 2007, fecha en la cual fueron efectivamente entregados al despacho, a pesar de que se consignó como tal una calenda distinta.

La cronología de lo ocurrido permite también concluir preliminarmente que la conducta del procesado es objetivamente típica del delito imputado, en cuanto retardó un acto propio de sus funciones, pues para el momento en que solicitó la realización de audiencia de legalización de captura ante la autoridad judicial competente, esto es, las 9:30 del 3 de enero de 2007, ya estaba vencido el término legal y constitucionalmente previsto para dicho efecto.

En efecto, para la época de los hechos, estaba vigente el artículo 2° de la Ley 906 de 2004 en su redacción original, cuyo inciso tercero disponía que «el capturado

deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes».

A su vez, el artículo 302 ibídem señala, en lo pertinente:

«Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia.

Cuando sea una autoridad la que realice la captura deberá conducir al aprehendido inmediatamente o a más tardar en el término de la distancia, ante la Fiscalía General de la Nación.

(...)

La Fiscalía General de la Nación, con fundamento en el informe recibido de la autoridad policiva o del particular que realizó la aprehensión, o con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física aportados, presentará al aprehendido, inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, ante el juez de control de garantías para que este se pronuncie en audiencia preliminar sobre la legalidad de la aprehensión y las solicitudes de la Fiscalía, de la defensa y del Ministerio Público».

Por su parte, el artículo 2° de esa codificación, en su redacción original, disponía que «el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes», al tiempo que el artículo 28 de la Carta Política señala que «la persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley».

Lo primero que debe aclararse es que de las disposiciones citadas se desprende que el Fiscal encargado de la captura en flagrancia de uno o más individuos, en principio, debe ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente “inmediatamente” o “en el menor tiempo posible”; sólo de no ser ello posible, «en el supuesto de inconvenientes que no puedan superarse, pueden los funcionarios acudir a la opción subsidiaria de demorar la diligencia»⁶ por un término que en todo caso no puede exceder de 36 horas.

Pero el retardo que se le atribuye en la acusación no es de haber omitido poner a los capturados a disposición del Juez de manera inmediata – sobre lo cual entonces la Sala no realizará consideración alguna – sino el de no haberlo hecho en el plazo máximo de 36 horas previsto en la normatividad vigente para entonces.

Y ello efectivamente ocurrió, pues, se insiste, la solicitud de audiencia de legalización de captura sólo fue radicada por el acusado a las 9:30 A.M. del 3 de enero de 2007, momento para el cual dicho plazo había evidentemente fenecido.

Ahora, para la fecha de los hechos no existía total claridad sobre qué actuación concreta era la que debía agotar la Fiscalía en ese término, esto es, si dentro de las 36 horas aludidas debía simplemente solicitar la audiencia, o si ésta debía efectivamente instalarse o agotarse.

La jurisprudencia constitucional para ese momento no se había ocupado de precisar el punto, sino que había simplemente sostenido que «si la Fiscalía... decide llevar al capturado ante el juez de control de garantías, deberá hacerlo inmediatamente o a más tardar dentro de las 36 horas siguientes, con el propósito de que éste se pronuncie, en audiencia preliminar, sobre la legalidad de la aprehensión»⁷.

Sólo unos años después, mediante sentencia C – 163 de 2008, proferida al estudiar la exequibilidad del artículo 2° de la Ley 906 de 2004, modificado por el

artículo 1° de la Ley 1142 de 2007, esa Corporación precisó que «que dentro del plazo de treinta y seis (36) horas previsto en la ley procesal a través de diversas disposiciones, debe llevarse a cabo la audiencia de control de legalidad de la captura ante el juez de control de garantías, cuyo cometido es el de provocar un pronunciamiento sobre la legalidad de la aprehensión, acto que debe contar con la presencia de la persona capturada».

Pero aunque dicha precisión hermenéutica no había sido efectuada para la época de los hechos objeto de actual juzgamiento, ello resulta irrelevante de cara a la tipicidad objetiva de la conducta, porque cualquiera que fuera la posición asumida por MUÑOZ CABRERA, la solicitud de celebración de audiencia de legalización de captura fue desde toda óptica extemporánea.

Con independencia de la comprensión que aquél tuviera de las disposiciones normativas atinentes al trámite de legalización de la captura, bien sea que entendiera que dentro del término de 36 horas debía simplemente solicitar la realización de la audiencia o lograr su instalación o agotamiento, lo cierto, en todo caso, es que dicho plazo ya estaba vencido para el momento en que el proceso acudió al Juez de Control de Garantías con tal propósito.

Las posibilidades interpretativas de las reglas aplicables permitían entender razonablemente que i) en el plazo máximo de 36 horas debía simplemente solicitarse la audiencia; ii) que en ese tiempo debía instalarse la diligencia; iii) o que ésta debía llevarse a término; pero ninguna de ellas llevaba a sostener atendiblemente que la solicitud de audiencia preliminar de legalización de captura debía o podía radicarse con posterioridad al vencimiento de dicho término.

En ese orden, no existe ninguna duda en punto a la tipicidad objetiva de la conducta atribuida al inculcado, como que retrasó un acto propio de sus funciones, que

le era exigible en condición de Fiscal encargado de la investigación adelantada contra Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López, en concreto, el de ponerlos a disposición del funcionario judicial competente dentro del término máximo de 36 horas para lograr la legalización de su captura.

No obstante lo anterior, la Sala considera que le asistió razón al Tribunal al colegir que la prueba de cargo es insuficiente para soportar la conclusión de que MUÑOZ CABRERA actuó dolosamente, esto es, que dirigió su voluntad a desconocer el mandato legal y a retardar conscientemente dicho acto.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que el sistema penal acusatorio, según lo aseveraron los testigos de cargo y lo señala el artículo 530 de la Ley 906 de 2004, entró en vigencia en el municipio del Cauca el 1° de enero de 2007 y, según lo declaró el Asistente Mena López, el caso de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López fue el primero de los asuntos regidos por esa normatividad que él mismo y el acusado se vieron avocados a tramitar (CD 2, primer corte, récord 28:10).

Se trataba entonces de un asunto novedoso, respecto del cual aquél carecía de conocimientos prácticos, tanto en punto a los procedimientos allí consagrados, como al funcionamiento de las nuevas instituciones establecidas.

Adicionalmente, según se conoció por el testimonio de Mena López, en el mes de diciembre de 2006, el sentenciado se comunicó con él y le hizo saber que «no había recibido ninguna capacitación para el nuevo sistema» (CD 2, récord 35:40).

Como consta en los documentos anexos a la estipulación No. 2 – susceptibles de valoración, en cuanto están vinculados directa e inescindiblemente con el hecho convenido, que es la calidad de servidor público del acusado⁸ –, la asignación de la Fiscalía 2° Seccional de Balboa al sistema de tendencia acusatoria se dispuso en resolución No. 1496 de 28 de diciembre de 2006 (f. 77, c. e), esto es, sólo tres días antes

de los hechos investigados, por lo que tampoco se puede suponer que MUÑOZ CABRERA haya contado con tiempo suficiente desde entonces para capacitarse en la materia por su propia cuenta.

Así, la novedad del procedimiento que el inculcado debía adelantar y la escasa o nula preparación con que contaba para afrontar el trámite a cuyo agotamiento estaba obligado constituyen circunstancias razonables que pueden explicar la omisión que se le atribuye.

Aunque fue probado que el acusado tenía amplia experiencia como Fiscal en el contexto de la Ley 600 de 2000 y, como es sabido, también en ese esquema procesal las capturas deben ser legalizadas, lo cierto es que los trámites previstos para ese efecto en uno y otro Código de Procedimiento tienen diferencias ostensibles.

Nótese que en el marco del sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia inquisitiva, en el que se había desenvuelto el inculcado, el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal de 2000 dispone:

«Cuando el capturado, según las previsiones legales, deba ser recluido, el funcionario judicial bajo cuyas órdenes se encuentre dispondrá de un plazo máximo de treinta y seis (36) horas para legalizar dicha situación, contadas a partir del momento en que tenga noticia de la captura. En tal caso, expedirá mandamiento escrito al director del respectivo establecimiento de reclusión, para que en dicho lugar se le mantenga privado de libertad. La orden expresará el motivo de la captura y la fecha en que ésta se hubiere producido».

A su vez, el artículo 346, atinente concretamente a la captura en flagrancia, señala:

«Quien sea capturado por cualquier autoridad será conducido inmediatamente, o a más tardar en el término de la distancia, ante el funcionario judicial competente para iniciar la investigación, a quien se deberá rendir informe sobre las causas de la captura.

(...)

Cuando por cualquier circunstancia no atribuida a la autoridad que conoció de la captura, el aprehendido no pudiere ser conducido inmediatamente ante el funcionario judicial, será recluido en la cárcel del lugar o en otro establecimiento oficial destinado al efecto, debiéndose poner a disposición de aquel dentro de la primera hora hábil del día siguiente, con el respectivo informe.

En ningún caso el capturado puede permanecer más de treinta y seis (36) horas por cuenta de funcionario diferente al Fiscal General de la Nación o su delegado, o el juez».

Véase, de una parte, que en la Ley 600 de 2000 el término con que contaba el funcionario para la legalización de la captura, de 36 horas, no corría desde el momento de la aprehensión, sino desde el instante en que era conocida por aquél.

Así, como quiera que en el caso que se examina el despacho fue informado de la aprehensión a las 10:00 P.M. del 1° de enero de 2007, y MUÑOZ CABRERA se enteró personalmente de la aprehensión de los indiciados a las 12:00 P.M. del día 2 de enero de 2007, bien pudo suponer, en tanto su experiencia y capacitación como Fiscal estaban vinculadas con el trámite previsto en esa codificación, que para el momento en que solicitó la legalización de la captura, a las 9:30 A.M. del día 3 de enero, se encontraba aún dentro del término legal previsto para ello.

Téngase en cuenta, de otro lado, que la Ley 906 de 2004, a diferencia del

estatuto procesal de actual coexistencia jurídica, no regula la hipótesis de que trata el artículo 346 de la Ley 600 de 2000 recién transcrito, esto es, el procedimiento que debe agotarse cuando «por cualquier circunstancia no atribuida a la autoridad que conoció de la captura, el aprehendido no pudiese ser conducido inmediatamente ante el funcionario judicial».

Ello sucedió en este asunto, pues Parra Espitia intentó sin éxito entregar a los capturados a la Fiscalía encargada de manera inmediatamente posterior a la detención y, en ese caso, MUÑOZ CABRERA pudo asumir, en atención a su bagaje laboral, que podían mantenerse detenidos a cargo de la Policía Judicial y que el término de legalización de la captura contaba para él sólo desde el momento en que fueron materialmente puestos a disposición suya, lo que sucedió entre las 9:30 y las 10:00 A.M. del 2 de enero de 2007.

Desde esa óptica, la solicitud de audiencia preliminar, que se insiste, tampoco hubiese sido extemporánea.

Se advierte entonces que, contrariamente a las alegaciones del recurrente, el procedimiento de legalización de captura respecto del cual el acusado había sido capacitado y era experimentado tiene diferencias relevantes respecto del previsto en la Ley 906 de 2004, pero lo que es más importante, que dichas discrepancias pudieron tener directa incidencia en su comprensión de la situación fáctica y jurídica de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López.

Demostrado que VÍCTOR MUÑOZ CABRERA no fue capacitado en relación con el funcionamiento del proceso de tendencia acusatoria; que su experiencia previa estaba vinculada exclusivamente con el procedimiento previsto en la Ley 600 de 2000; y que el caso por el cual ahora es juzgado fue el primero regido por la Ley 906 de 2004 que le correspondió conocer, imposible resulta tener por probado, menos aún en el

grado de conocimiento reclamado por el artículo 381 de esa codificación para proferir condena, que el retardo que se le imputa fuese doloso, o lo que es igual, que está revestido de tipicidad subjetiva.

A lo anterior se suma que, tal como se desprende de lo probado en juicio, existieron razones, que si bien pueden afirmarse equivocadas o no compartirse, determinaron al indiciado a no solicitar oportunamente la realización de la audiencia preliminar de legalización de captura, no porque tuviera la intención de incumplir, omitir o retardar la satisfacción los deberes legales que su cargo le imponía, sino porque consideró que jurídicamente ello no era procedente.

En efecto, Mena López sostuvo que la prueba de identificación preliminar homologada, que permitía identificar la sustancia incautada y establecer su peso, no fue entregada inicialmente con las diligencias, sino después, entre la noche del 2 de enero y la mañana del día 3 de ese mes (CD 2, récord 38:40). En igual sentido declaró el subintendente Parra Espitia, en cuanto afirmó que dentro de la documentación entregada primigeniamente al despacho no se encontraba el resultado de la prueba química aludida (CD 2, récord 1:17:10).

Esa información fue ratificada por el perito químico que la elaboró, Wilson Cadena Delgado, quien explicó que inició la realización de la pericia en la tarde del 2 de enero y la concluyó en la noche de ese mismo día; aseveración que coincide con lo plasmado en el correspondiente documento, en el que se consigna que el informe fue elaborado a las 8:35 P.M. de esa fecha (f. 20, e. 7).

Ahora, el Asistente de la Fiscalía de la que era titular MUÑOZ CABRERA indicó en

juicio que el 2 de enero de 2007, una vez este último concurrió al despacho, «se apersonó del caso para seguir adelante con el mismo» (CD 2, récord 35:00), es decir, no fue renuente o negligente, ni se resistió a cumplir con sus funciones, pero consideró que no podía tramitar la audiencia preliminar sin contar con la precisión exacta de la naturaleza y peso de la sustancia, porque ello era necesario «para la ubicación del punible dentro del código penal y para seguir adelante con las audiencias» (CD 2, récord 54:50).

Si ese elemento material probatorio era indispensable o no para poner a los capturados a disposición de la autoridad judicial, es una controversia que si bien puede entenderse inane actualmente, no se ofrecía irrazonable o insensata para entonces, menos si se tiene en cuenta que esa fue la primera investigación regida por la Ley 906 de 2004 que le correspondió dirigir al acusado y, por lo mismo, era comprensible que tuviera dudas sobre los requisitos probatorios mínimos exigidos para tal efecto.

Entonces, no fue producto del capricho o la arbitrariedad el proceder del enjuiciado, de la resistencia dolosa e injustificada a cumplir el mandato funcional establecido, sino de la convicción errada de que ello no era posible hasta tanto contara con un medio de prueba pericial que diera cuenta de los hechos que suscitaron las capturas y le permitiera acreditar con precisión la naturaleza y cuantía de la sustancia incautada.

La conclusión precedente se afianza al constatar que MUÑOZ CABRERA, según se probó en el juicio, desconocía el proceso concreto a seguir para judicializar a los aprehendidos - «no (sabía) cómo arrancar», dijo Mena López -, pero a pesar de ello, acudió a otro Fiscal Seccional del municipio, Néstor Raúl Márquez Silva, en busca de orientación, al punto que éste le proveyó «copias de unas audiencias preliminares que habían hecho en El Valle» (CD 2, récord 36:40).

Así, el sentenciado no se determinó deliberada y maliciosamente para retrasar el

cumplimiento del acto legalmente ordenado, sino que hizo lo posible para materializarlo y para superar las dificultades que la novedad del caso y la inexperiencia en la materia le representaban.

No se acreditó que aquél conociera a los entonces procesados o que tuviera algún interés indebido en beneficiarlos, lo cual, si bien no es requisito para la configuración del delito imputado, sí puede contribuir a la construcción de indicios dirigidos a demostrar el dolo, que en este asunto se echa de menos.

En ese orden, la conducta del procesado, aunque actualizó el delito imputado desde la perspectiva objetiva, se aprecia culposa o negligente, no dolosa, y por lo tanto, carece de tipicidad subjetiva.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en tanto absolvió a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA de los cargos que le fueron imputados como autor del delito de prevaricato por omisión agravado.

En relación con el delito de falsedad documental.

1. La Sala ha sostenido que la fe pública, en tanto bien jurídico constitucionalmente relevante y penalmente tutelado, consiste en la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes⁹.

Aquella se protege, desde el derecho punitivo, mediante la tipificación de varias conductas que la menoscaban o amenazan y, en cuanto interesa enfatizar ahora, de la penalización del delito de falsedad ideológica en documento público, definido en el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, que se configura «cuando el servidor público, en ejercicio de sus funciones, extiende documento público que puede servir de prueba, consignando una falsedad o callando total o parcialmente la verdad»¹⁰ (negrilla fuera

del texto).

Ello se debe a que los servidores públicos tienen función de certificación respecto de los documentos que suscriben en ejercicio de sus funciones, en los cuales, por tal razón, deben consignar la verdad, no parcialmente o de modo amañado, sino de manera íntegra y completa; puesto de otra forma, tienen la obligación de «ceñirse estrictamente a la verdad sobre la existencia histórica de un fenómeno o suceso», así como de «incluir las especiales modalidades o circunstancias en que haya tenido lugar, en cuanto sean generadoras de efectos relevantes en el contexto de la relaciones jurídicas y sociales»¹¹

En suma, la configuración del delito aludido presupone entonces que i) un servidor público en ejercicio de sus funciones; ii) elabore o suscriba un documento auténtico con potencialidad probatoria; iii) en el que se calla total o parcialmente la verdad o se presenta de forma distorsionada, tergiversada o alterada.

2. En el presente asunto se atribuye a MUÑOZ CABRERA, cuya condición de servidor público fue estipulada, la elaboración de la constancia de marzo 21 de 2007, del siguiente tenor:

«Se deja constancia que las diligencias numero (sic) de caso 190756100605200780000 correspondientes al presunto delito de TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, artículo 376, inciso 1º (sic), se recibieron el día (sic) 02.01.07 a las 22:00 horas, y no como quedó a notado el recibido que por error involuntario se anotó con fecha de recibido el 01.02.07 por parte del Asistente Judicial visible en el formato Unico de Noticia Criminal FPJ-2.-(sic)».

Suficientemente demostrado se encuentra, como quedó dicho en precedencia, que las diligencias atinentes a la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López fueron entregadas a la Fiscalía 2º Seccional de Balboa el 2 de enero,

entre las 9:30 y las 10:00 A.M.

No cabe duda, pues, que la aludida certificación no es del todo cierta objetivamente, pues allí se señala como hora de entrega, en contravía de la realidad, la de las 10:00 P.M.; hipótesis fáctica descartada mediante los testimonios de Mena López y Parra Espitia, a los que se ha hecho extensa referencia.

Que, como lo aducen los no recurrentes, la prueba P.I.P.H. haya sido entregada en esa fecha y hora, no enerva en modo alguno la naturaleza falaz del documento, pues se insiste, el deber de certificación exigible a quienes ejercen la función pública consiste en «ceñirse estrictamente a la verdad sobre la existencia histórica de un fenómeno o suceso» en los documentos que en dicha condición elaboran y suscriben, esto es, en consignar la verdad con precisión de «las especiales modalidades o circunstancias en que haya tenido lugar» el mismo.

El delito examinado no se actualiza sólo cuando el funcionario falta absolutamente a la verdad, sino también cuando la calla total o parcialmente, cuando la presenta de manera distorsionada o desfigurada.

Así, aun de admitirse que el documento contentivo de los resultados de la pericia química fue entregada al despacho a las 10:00 P.M. del 2 de junio de 2007, habría de concluirse, de todas maneras, que la certificación cuya elaboración se atribuye al acusado, que tiene incontrovertible valor probatorio, contiene una verdad parcializada, incompleta, que pretende hacerse ver, sin serlo, como ajustada al devenir histórico al que hace referencia.

El documento confronta dos realidades, en concreto, que las diligencias fueron recibidas a las 10:00 A.M. del 2 de enero de 2007, o que lo fueron a las 10:00 P.M. de ese mismo día, y descarta falazmente la primera de ellas, que es la que corresponde a lo verdaderamente acaecido.

No son admisibles las alegaciones de la defensa según las cuales aquél simplemente quiso corregir el error en que incurrió su asistente al consignar como fecha y hora de la recepción de las diligencias las 10:00 P.M. del 1° de enero, pues de ser así, habría precisado que las mismas fueron puestas a disposición del despacho entre las 9:30 y las 10:00 A.M. del día 2 de ese mes, como en realidad sucedió.

Tampoco es de recibo la alegación del Agente del Ministerio Público, según la cual la constancia suscrita por el acusado no puede reputarse mentirosa porque el informe de P.I.P.H. fue recibido en el despacho en la noche del 2° de enero.

Se admite que el resultado de esa prueba pericial se aportó, de acuerdo con lo atestado por el experto que la elaboró y por el subintendente Parra Espitia, con posterioridad a las 8:30 P.M. del 2 de enero (CD 1, segundo corte, récord 4:28:00; CD 3, récord 19:00).

Pero cierto es que el resto de las diligencias habían sido entregadas horas antes, en la mañana de ese mismo día, y eso es una realidad que el documento censurado oculta y falsea, pues queda como si la totalidad de los elementos de prueba se hubiesen recogido en ese único momento, lo cual no ocurrió así.

El enjuiciado conocía la verdad de lo sucedido, pues según se demostró en juicio, se enteró de la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López al mediodía del 2 de enero de 2007, momento en el cual inició las gestiones tendientes a lograr la legalización de su aprehensión (CD 1, segundo corte, récord 3:09:30).

En consecuencia, es evidente que actuó con dolo al elaborar la constancia, que sabía la falacia de lo que allí consignó, la deformación de la verdad que ello representaba.

Tanto es así, que la certificación no fue suscrita entre el 1° y el 3 de enero de 2007, sino el 21 de marzo de esa anualidad, pasados casi tres meses desde la fecha de

recepción de las diligencias, justamente cuando el procesado se vio compelido a enfrentar un proceso disciplinario, pues en esa misma data informó a la Dirección Seccional de Fiscalías sobre el vencimiento del término previsto en el artículo 175 de la Ley 906 de 2004 para presentar la acusación contra los investigados.

De tal suerte que la distorsión de la verdad vertida en la constancia no fue accidental ni producto de una conducta culposa, tampoco de una interpretación de los hechos que debía certificar, sino que su confección tenía el propósito claro y definido de tergiversar las incidencias procesales sobre los deberes funcionales del ahora sentenciado.

Se trata entonces de una conducta típica, además de antijurídica, pues por esa vía resultó amenazado el bien jurídico tutelado, ningún otro que el de la fe pública, como quiera que, en ejercicio de sus funciones y cuando debía cumplir cabalmente el deber de certificación, de verter la verdad, MUÑOZ CABRERA extendió la constancia incompleta, menoscabando así la confianza del conglomerado en los documentos oficiales, en la veracidad de las constancias que expiden en desarrollo de la función pública.

Del procesado era exigible un comportamiento acorde a derecho, pues se trata de persona imputable, capaz de comprender la ilicitud de su comportamiento y de quien no fueron alegadas condiciones de ninguna índole que le impidieran determinarse por esa comprensión.

Así pues, asiste razón a la Fiscalía al afirmar que el Tribunal a quo erró al afirmar no demostradas la materialidad del delito de falsedad ideológica en documento público y la responsabilidad de MUÑOZ CABRERA por su comisión.

Por el contrario, de las pruebas de cargo se sigue el conocimiento más allá de toda duda sobre una y otra circunstancias, pues el sentenciado, en ejercicio de sus funciones como Fiscal 2° Seccional de Balboa, extendió una constancia que sabía mentirosa, en la

que consignó afirmaciones falaces, contrarias a la realidad de lo ocurrido en el trámite de la captura de Samboní Burbano, Muñoz Córdoba y Bolaños López.

En suma, la Sala revocará en este punto la sentencia de primer grado y, en su lugar, condenará al inculcado como autor del delito de falsedad ideológica en documento público.

La dosificación de la pena.

De acuerdo con el artículo 286 de la Ley 599 de 2000, el delito de falsedad ideológica en documento público está reprimido con penas de 64 a 144 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 80 a 180 meses.

Fraccionada la sanción en cuartos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 ibídem, queda limitada así:

Pena de prisión:

Primer cuarto: 64 meses a 84 meses.

Segundo cuarto: 84 meses y un día a 104 meses.

Tercer cuarto: 104 meses y un día a 124 meses.

Último cuarto: 124 meses y un día a 144 meses.

Pena de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas:

Primer cuarto: 80 meses a 105 meses.

Segundo cuarto: 105 meses y un día a 130 meses.

Tercer cuarto: 103 meses y un día a 155 meses.

Último cuarto: 155 meses y un día a 180 meses.

En contra de VÍCTOR MUÑOZ CABRERA no fueron invocadas circunstancias de mayor punibilidad y a su favor no obra ninguna de menor punibilidad, por lo mismo, la pena debe dosificarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 precitado, en el primer cuarto de movilidad.

Ahora bien, con fundamento en los criterios establecidos en la disposición aludida, concretamente, la gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la necesidad de la sanción en el caso concreto, la Sala estima apropiado fijar la sanción en los límites inferiores de 64 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses, toda vez que no existen circunstancias que permitan sustentar o hagan aconsejable una respuesta punitiva superior a la mínima prevista en la Ley.

La suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

1. Para la época de los hechos objeto de condena, marzo 21 de 2007, estaban vigentes los artículos 63, modificado por el artículo 4° de la Ley 890 de 2004, y 38 de la Ley 599 de 2000, que disponían:

«ARTÍCULO 63. 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 concurran 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.

Su concesión estará supeditada al pago total de la multa.

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».

«ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley

sea de cinco (5) años de prisión o menos.

2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(...)».

Para esa fecha no había sido promulgada la Ley 1142 de junio 28 de 2007, que modificó esas disposiciones e incorporó la prohibición de favorecer con beneficios a quienes hubiesen sido condenados por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores.

Sin dificultad se advierte a partir de la normatividad aludida que no es posible otorgar a MUÑOZ CABRERA la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues la sanción impuesta en este asunto excede de 3 años.

Tampoco resulta viable con fundamento en dichas disposiciones concederle la prisión domiciliaria, pues la pena mínima prevista para el delito de falsedad ideológica en documento público, de 64 meses de prisión, excede de 5 años.

En esa comprensión y en atención al principio de favorabilidad, se hace necesario examinar desde las previsiones legales actualmente vigentes si el acusado tiene derecho a los subrogados aludidos.

2. El artículo 63 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, señala:

«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 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la 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 posibilidad de otorgar a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA dicho subrogado queda objetivamente descartada sin discusión, pues la pena de prisión impuesta en este asunto excede de 4 años.

En lo que tiene que ver con la prisión domiciliaria, el artículo 38B, con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, dispone:

«Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.

4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(...)».

A su vez, el artículo 68A, modificado por el 32 de la Ley 1709 de 2014, es del siguiente tenor:

«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.

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.

(...)».

En este punto, la Sala debe partir por precisar que en la actuación está demostrado que en contra del ahora fue proferida la sentencia de casación de 9 de diciembre de 2010, en la que fue condenado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado (f. 365, c. e).

No obstante, en relación con lo dispuesto en el primer inciso de la norma, la Sala entiende que la prohibición de conceder beneficios y subrogados allí establecida sólo puede producir efectos cuando la persona que es sentenciada en un proceso ha sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, siempre que los hechos que motivan la primera condena sean anteriores a la comisión del delito por razón del cual se profiere la segunda.

De lo contrario, es decir, de admitirse que la exclusión de beneficios en comento es aplicable también cuando los hechos que dieron lugar a la primera providencia son posteriores a los que soportan el segundo fallo de condena, se estarían produciendo efectos perjudiciales para el reo con fundamento en una situación fáctica inexistente al momento de la perpetración del ilícito.

En esa comprensión, la prohibición prevista en el primer inciso del artículo precitado será aplicable siempre que i) la persona haya sido condenada dentro de los

cinco años anteriores; ii) por delito doloso y; iii) por hechos cometidos con anterioridad a la fecha de la conducta punible por la cual se profiere sentencia en la segunda actuación.

Esa interpretación consulta la teleología de la norma, que pretende desincentivar la reincidencia en el delito negando el acceso a cualquier beneficio a quien es condenado por segunda ocasión, luego de haberlo sido por la comisión de un delito doloso dentro de los cinco años anteriores; así se sigue de la exposición de motivos de la Ley 1142 de 2007¹², que estatuyó la prohibición, y de igual manera lo entendió la Corte Constitucional, que al estudiar la exequibilidad de esa disposición consideró:

«Precisamente uno de los criterios que el legislador ha utilizado para suponer que la pena debe mantenerse, o que no es adecuado ni justo otorgar beneficios al condenado, es el de la reincidencia, entendida ésta como la reiteración del delito, esto es, como el reproche a quien cometió una nueva conducta ilícita después de haber estado sometido a una pena anterior...como es el caso de la norma objeto de estudio»¹³ (negrilla fuera del texto).

Con idéntica orientación se ha pronunciado la Sala:

«...la finalidad del artículo 68 A del Código Penal radica en prohibir sólo las alternativas de libertad para aquellas personas que sean reincidentes en la comisión de delitos dolosos o preterintencionales dentro de los últimos cinco años» (énfasis fuera de original)¹⁴.

Si para el momento en que el individuo incurre en conducta punible no había cometido una anteriormente, sino que ejecuta una segunda infracción después, y respecto de ésta, por circunstancias varias, se profiere sentencia con mayor rapidez, sería contrario a la finalidad de tal disposición que al ser condenado por el primero de los delitos se le restringiera la posibilidad de ser favorecido con los beneficios legales, pues para el

momento de su perpetración no tenía la condición de reincidente.

En la certificación de antecedentes aportada al expediente se observa que la sentencia condenatoria previa que existe contra MUÑOZ CABRERA fue proferida por hechos acaecidos el 18 de junio de 2007, o lo que es igual, sucedidos con posterioridad a los que aquí se investigaron.

En ese orden, no es aplicable a la situación del acusado la proscripción establecida en el primer inciso del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, a pesar de que desde la fecha de esa providencia no han transcurrido todavía cinco años.

Ahora, en punto a lo dispuesto en el inciso segundo de ese precepto, según el cual no podrán ser favorecidos con ningún beneficio quienes «hayan sido condenados por...delitos contra la libertad, integridad y formación sexual», la Sala advierte que tal precepto ha suscitado dos lecturas diversas:

* No podrán concederse beneficios a quienes sean condenados en la actuación correspondiente por un delito sexual, o por cualquiera de los delitos enlistados en el artículo 68A, inciso 2°, de la Ley 599 de 2000.

* No podrán concederse beneficios a quienes en la actuación correspondiente sean condenados por cualquier delito, si tienen antecedentes, en cualquier tiempo, por delito sexual o por alguna de las conductas punibles enlistadas en el artículo 68A, inciso 2°, de la Ley 599 de 2000.

En relación con la hermenéutica correcta de esa norma, la Sala inicialmente acogió la segunda lectura planteada y sostuvo, en CSJ AP, 25 feb. 2015, rad. 45.244, que:

En efecto, de una parte el novel artículo 38B del Estatuto Punitivo, señala los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, mientras que, de otro lado, el modificado canon 68A ibídem, relaciona los eventos en que se excluye su aplicación, y mientras el primero establece en el numeral 2º una condición negativa para su reconocimiento, esto es, que el delito por el que se proceda no figure en el listado que consagra el inciso 2º del último precepto, éste a su vez prevé que el sustituto en cuestión no resulta aplicable en los eventos en que el acusado registre antecedentes penales, bien por delito doloso cometido dentro de los cinco años anteriores, ora por alguno de los ilícitos allí incluidos.

Tal regulación, en principio, supondría una antinomia entre las referidas normas, pero su análisis conjunto revela que antes que contradecirse se complementan, ya que si bien ambas se refieren al mismo instituto, lo hacen desde diferentes perspectivas, pues en tanto una fija los requisitos para su reconocimiento, la otra establece los casos en que debe excluirse su aplicación.

En esa medida, la Corte encuentra que en las siguientes hipótesis no procede conceder el referido mecanismo sustitutivo, así:

(...)

(iii) Cuando al procesado le figure condena -antecedentes penales- por alguno de los delitos relacionados en el inciso 2º del artículo 68A del Estatuto Punitivo, modificado por la Ley 1709 de 2014, cometido en la modalidad dolosa en cualquier tiempo, pues en relación con el aspecto temporal la norma no hace distinción, como sí ocurre en el inciso primero respecto de la condena por otros ilícitos distintos a los enlistados en el mencionado canon».

De admitirse tal discernimiento, MUÑOZ CABRERA quedaría excluido de la prisión domiciliaria, pues tiene una condena previa por delito contra la libertad, integridad y

formación sexuales, sin que sea relevante la época de tales hechos, pues la proscripción aplicaría ante la existencia del antecedente «en cualquier tiempo».

No obstante, en providencia CSJ AP, 17 jun. 2015, rad. 46.031, recogió dicho criterio y consideró:

«...desde el punto de vista estrictamente gramatical es incorrecto afirmar, como lo hace el demandante, que la expresión “hayan sido” contenida en el párrafo 2º del artículo 68A sea una forma verbal en pretérito perfecto simple, es decir, que unívocamente indique un tiempo pasado. Por el contrario, es un pretérito perfecto compuesto de subjuntivo que admite la interpretación retrospectiva pero también la prospectiva. Obsérvese que en el mismo artículo, cuando se utiliza “hayan sido” en dimensión retrospectiva (inciso 1º), se le ata a la locución preposicional “dentro de” y al adjetivo “anteriores”, que inexorablemente remiten al pasado, lo que no ocurre en el segundo inciso.

3. La prohibición contenida en el inciso normativo analizado se refiere a los delitos objeto de la sentencia condenatoria en el proceso actual y no a los que constituyan antecedentes penales, pues en relación a éstos últimos la exclusión ya se encuentra contemplada en el inciso 1º del artículo 68A sustantivo cuando se refiere a condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores. Una interpretación diferente tornaría en repetitivo y, por ende, inútil el segundo párrafo de la norma en cita, por lo que sería el entendimiento menos racional».

Esa postura se aviene en mayor medida al ordenamiento constitucional vigente, pues a diferencia de la anterior, no otorga efectos perjudiciales al reo intemporales o imprescriptibles a las condenas previas, al tiempo que consulta el criterio hermenéutico favor rei, que propende porque los cánones normativos oscuros o ambiguos sean interpretados de la manera más beneficiosa para el procesado.

Además, se ajusta al espíritu de la norma, materializado en los debates que durante el trámite de discusión y aprobación de la norma se realizaron:

«...establece todas las excepciones a ese beneficio, que no hay riesgo de que temas como terrorismo, trata de personas, lesiones con ácido, violencia intrafamiliar, todos aquellos delitos que tanto agreden a la colectividad, tengan este beneficio porque el artículo 2315expresamente señala que estarán excluidos.

(...)

Porque hay que excluir unos delitos y no queremos que precisamente unas personas que están pagando unas condenas pues se cometa un exabrupto y salgan el día de mañana a la libertad o gocen de estos privilegios, cuando tendrían que estar pagando sus penas»¹⁶.

Se observa allí que lo pretendido por el legislador no fue negar el acceso a los beneficios a quienes tienen antecedentes por determinados delitos, sino garantizar que las penas impuestas por punibles revestidos de especial trascendencia social – los enlistados en el artículo 68A – sean pagadas en su totalidad, que los condenados no recuperen la libertad previamente al agotamiento total de la sanción.

Así las cosas, de acuerdo con la postura actual de la Sala, la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 38B y 68A de la Ley 599 de 2000 permite concluir que es posible conceder la prisión domiciliaria siempre que:

i. La persona sea condenada por delito reprimido con pena mínima que sea igual o inferior

a 8 años (art. 38B, n. 1).

i. El delito por el cual se profiere la condena no sea de aquellos referenciados en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 (art. 38B, n. 2).

i. El sentenciado carezca de antecedentes penales por delito doloso, cualquiera que sea, dentro de los cinco años anteriores, por hechos cometidos con anterioridad a los que motivan la condena (art. 68A, inc. 1).

Efectuadas tales constataciones, el otorgamiento del beneficio estará supeditado a la satisfacción de los requisitos fijados en los numerales 3° y 4° del artículo 38B, esto es, que esté demostrado el arraigo familiar y social del procesado y se preste caución para garantizar las obligaciones de que trata esa disposición.

En el asunto que ahora se examina, el cumplimiento de las condiciones objetivas exigidas en los numerales 1° y 2° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 no ofrece controversia, pues el delito por el cual se condena, de falsedad ideológica en documento público, está reprimido con pena mínima de 64 meses, o lo que es igual, 5 años y 4 meses.

Además, esa conducta punible no está contenida en el listado taxativo establecido en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

Como ya se dijo, MUÑOZ CABRERA tiene un antecedente previo por delito doloso, pero éste no configura la exclusión de beneficios del numeral 1° del artículo 68A, pues aunque desde entonces no han pasado 5 años, los hechos por los cuales fue condenado se

cometieron con posterioridad a los que aquí se investigaron.

Debe entonces la Sala establecer si está satisfecha la condición prevista en el numeral 3° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000, consistente en que esté demostrado el arraigo familiar y social del reo.

Para tal efecto, conforme lo prevé esa disposición, «corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo».

En ese sentido, la Sala debe partir por señalar que ni en la formulación de imputación ni en el escrito de acusación se ofrecieron datos relacionados con su estado civil, esto es, con la existencia de vínculos matrimoniales o maritales, ni con las relaciones paterno filiales del procesado, y esos datos tampoco fueron aportados por la defensa en el curso de la actuación. En la sentencia de primer grado nada se dice sobre el particular.

No obstante, las piezas procesales que fueron allegadas como soporte de las estipulaciones probatorias celebradas entre la Fiscalía y la defensa contienen información que permite tener por acreditado el arraigo familiar del sentenciado.

En efecto, en la tarjeta decadactilar expedida el 31 de diciembre de 2012 por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que fue aportada como soporte de la estipulación de la plena identidad de MUÑOZ CABRERA se señala que es padre de una persona.

Aunque se ignora su edad, identidad, lugar de residencia u ocupación, entre otras circunstancias relevantes, lo cierto es que correspondía a la Fiscalía, en tanto

en ella recae la carga de la prueba, acreditar la inexistencia de un vínculo real entre el procesado y su descendiente para desvirtuar su arraigo familiar.

En ese documento se consigna que el estado civil del encausado es “divorciado”, pero también que el nombre de su “compañera permanente o cónyuge” es Marcela Sánchez Pérez; aunque no se tiene precisión en punto a si esa es la identidad de su ex esposa o de una pareja sentimental actual, lo cierto es no es posible descartar la existencia de una relación marital constitutiva de arraigo familiar.

A lo anterior se suma que se tiene conocimiento de la identidad de sus progenitores, Ángel María Muñoz y Ana Elilia Cabrera; y si bien de ellos tampoco se informó edad o domicilio, la Fiscalía no demostró que entre el acusado y sus padres no exista una relación filial permisiva de afirmar el vínculo familiar.

Aunque se ignora la actividad laboral actual de MUÑOZ CABRERA, en el proceso fue estipulado que aquél trabajó como Fiscal hasta el 2 de junio de 2008 y, según consta tanto en la aludida tarjeta decadactilar como en el fallo de primera instancia, actualmente se encuentra pensionado, lo cual significa que sus ingresos económicos provienen de la actividad que por varios desempeñó al servicio del Estado.

A lo anterior se suma que en el proceso fue recurrentemente aportada como dirección de notificaciones la calle 18N No. 2A – 12 de Popayán; misma que se mantuvo idéntica a lo largo del trámite y que coincide con la que fue reportada por el inculcado cuando fue detenido por razón del anterior proceso. En ese orden, es claro que ha mantenido estable su lugar de residencia a lo largo de varios años.

Así las cosas, como de los elementos de juicio puede tenerse por demostrado que MUÑOZ CABRERA tiene arraigo familiar y social y la Fiscalía no desmintió ni contravirtió la información que así lo demuestra, la Sala concluye que se encuentra satisfecha la exigencia prevista en el numeral 3° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000 para

favorecerlo con la prisión domiciliaria.

Para tal efecto y conforme lo prevé el numeral 4° de esa disposición, el sentenciado deberá constituir ante la autoridad encargada de vigilar la ejecución de la pena caución prendaria por valor de dos (2) salarios mínimos mensuales vigentes y suscribir ante el mismo funcionario diligencia de compromiso para el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- «a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad».

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

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia objeto de impugnación, en cuanto absolvió a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA de los cargos imputados como autor del delito de prevaricato por omisión

agravado.

2. REVOCAR, en lo restante, el fallo recurrido. En su lugar, CONDENAR a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA como autor responsable del delito de falsedad ideológica en documento público, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
3. IMPONER a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA, como consecuencia de ello, las penas de 64 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.
4. NO CONCEDER al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
5. CONCEDER a VÍCTOR MUÑOZ CABRERA la prisión domiciliaria, previa constitución de caución prendaria por valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes y suscripción de diligencia de compromiso para el cumplimiento de las obligaciones de que trata el numeral 4° del artículo 38B de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

Contra esta sentencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CSJ AP, 15 oct. 2014, rad. 43.259.

2 CSJ AP, 29 mar. 2012, rad. 38.287.

3 Cfr. CSJ AP, 13 ago. 2014, rad. 41.600.

4 CSJ SP, 27 jun. 2012, rad. 37.733; cita de CSJ AP, 19 jun. 1984.

5 CSJ AP, 12 nov. 2014, rad. 44.582.

6 CSJ SP, 6 mar. 2013, rad. 37.992.

7 Sentencia C - 591 de 2005.

8 CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 38.975.

9 CSJ SP, 5 mar. 2014, rad. 36.337.

10 CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40.254.

11 CSJ SP, 19 may. 1999. Citada en CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40.254.

12 Gaceta del Congreso No. 250 de 2006.

13 Sentencia C - 425 de 2008.

14 CSJ SP, 28 oct. 2009, rad. 31.568.

15 La referencia correcta es al artículo 22.

16 Gaceta del Congreso No. 467 de 2013.