

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP006-2023

Radicación No. 60186

(Aprobado Acta No. 010)

Bogotá D.C. veinticinco (25) de enero de dos mil veintitrés (2023)

VISTOS

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la defensa de MÓNICA ESCOBAR MORALES contra la sentencia dictada en audiencia del 10 de agosto de 2021 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó a la precitada por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Entre el 22 de marzo y el 15 de abril de 2011, MÓNICA ESCOBAR MORALES se desempeñó como Fiscal 18 Delegada ante Jueces Penales del Circuito de esta ciudad, quien ordenó verbalmente -de manera manifiestamente contraria a la ley- la libertad de José Gregorio Ortiz Baquero, persona que fue capturada el 29 de marzo de 2011 en vía pública - concretamente en la calle 67 con carrera 8ª, barrio Lourdes de Chapinero de Bogotá- con \$ 10.900.000 y 22 de tarjetas de crédito y débito a nombre de diferentes personas.

Lo anterior, pese a que ese hecho permitía establecer que el referido ciudadano había sido

capturado en flagrancia, pues tenía en su poder objetos o instrumentos de los cuales se deducía fundadamente que acababa de cometer un delito.

Adicionalmente, el 12 de abril de 2011, la misma funcionaria emitió orden de allanamiento al inmueble ubicado en el municipio de Chía (Cundinamarca) vereda Fonqueta, Finca La Trinidad, sin que se reunieran los requisitos legales establecidos por la ley procesal penal para ello y sólo con la pretensión de recubrir con apariencia de legalidad un falso allanamiento que tenía como finalidad apropiarse de una supuesta caleta, que se decía existía en ese inmueble.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 30 de enero de 2019, en audiencia preliminar llevada a cabo ante el Juzgado 29 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a MÓNICA ESCOBAR MORALES como autora de los delitos de falsedad ideológica en documento público -en concurso homogéneo y sucesivo-, en concurso heterogéneo con los delitos de i) falsedad material en documento público; ii) abuso de función pública; y iii) prevaricato por acción -este último en concurso homogéneo y sucesivo-, con circunstancias de mayor y menor punibilidad – descritas en los numerales 9° y 10° del artículo 58 y numeral 1° del artículo 55 de la Ley 599 de 2000, respectivamente-.
2. El 29 de mayo de 2019 la Fiscalía radicó escrito de acusación, cuya formulación efectuó el 17 de junio del mismo año ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, conforme a la calificación jurídica antes descrita a excepción del delito de abuso de función pública, respecto del cual la delegada del ente acusador advirtió que solicitaría la preclusión de la investigación por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.
3. La audiencia preparatoria se instaló el 1° de agosto de 2019, sesión en la que las partes manifestaron que el descubrimiento probatorio había sido satisfactorio.

Luego, la defensa indicó que ESCOBAR MORALES estaba interesada en realizar un preacuerdo, por lo que solicitó el aplazamiento de la diligencia. Por su parte, la delegada de la Fiscalía informó que se encontraba tramitando un principio de oportunidad a favor de la procesada. Por lo anterior, el Tribunal dispuso la suspensión de la audiencia.

4. El 6 de septiembre de 2019, en sede de control de garantías, se impartió aprobación al principio de oportunidad en favor de la procesada en lo que respecta a los delitos de falsedad ideológica en documento público y falsedad material en documento público, con fundamento en la causal 5° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, esto es, “[c]uando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial”.

5. En diligencia llevada a cabo el 5 de febrero de 2021, la delegada de la Fiscalía informó que el 17 de febrero anterior se decretó el testimonio de MÓNICA ESCOBAR MORALES, por lo que se realizó ruptura de la unidad procesal dando origen al radicado 11001-60-000-00-2019-01321 -proceso que hoy nos ocupa-.

Refirió también que se estaba llevando a cabo un preacuerdo con la procesada, motivo por el cual solicitó la suspensión de la diligencia preparatoria.

6. El 3 de marzo de 2021 se realizó audiencia de verificación de preacuerdo, no sin antes la delegada de la Fiscalía precisara que no se incluiría el delito de abuso de función pública comoquiera que operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal. Los términos del acuerdo fueron los siguientes:

6.1. La procesada acepta su responsabilidad penal por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo con la circunstancia de menor punibilidad descrita en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 599 de 2000.

6.2. En contrapartida, la delegada del ente acusador le concedió a la procesada una rebaja

del 50% de la pena a imponer -de conformidad con lo descrito en el inciso 3° del artículo 30 de la Ley 599 de 2000-, fijando la pena en 28 meses de prisión, multa equivalente a 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 48 meses.

Se precisó que la circunstancia de mayor punibilidad imputada, referida a la posición distinguida del agente en la sociedad, no se incorporó en el preacuerdo con los correspondientes efectos punitivos, comoquiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido su improcedencia para el delito de prevaricato (CSJ SP2454-2018).

7. El Tribunal, en audiencia llevada a cabo el 10 de marzo de 2021, impartió legalidad a la negociación atrás descrita y anunció sentido de fallo condenatorio en contra de la procesada. Posteriormente, las partes procedieron a descorrer el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

8. En audiencia del 10 de agosto de 2021, el Tribunal dictó la respectiva sentencia, decisión contra la cual la defensa de MÓNICA ESCOBAR MORALES interpuso el recurso de alzada que es objeto de pronunciamiento en la presente providencia.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, concordante con los términos del preacuerdo, condenó a MÓNICA ESCOBAR MORALES como autora del delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo, y en consecuencia le impuso las penas de 28 meses de prisión, 66.66 salarios mínimos legales mensuales de multa, y 48 meses de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Adicionalmente, negó la suspensión de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural.

Para lo que concierne a la presente providencia, corresponde precisar que a ESCOBAR MORALES se le negó la suspensión de la ejecución de la pena en virtud de los siguiente:

1. La norma vigente para la época de la comisión de las conductas punibles condiciona la concesión del sustituto al pago total de la multa.
2. El numeral 2° del actual artículo 63 de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1709 de 2014, excluye una serie de delitos respecto de los cuales no es posible conceder el sustituto en comento, entre los cuales se encuentra el punible de prevaricato por acción.
3. Desconocer el mencionado numeral 2° conllevaría a la creación de una tercera ley, para construir una nueva que beneficie a la procesada, práctica proscrita en un Estado Social de Derecho, como de antaño lo tiene señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
4. Aunque en vigencia del original artículo 63 de la Ley 599 de 2000 y del actual (modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014), se cumple el factor objetivo en cuanto la pena impuesta a MÓNICA ESCOBAR MORALES es de 28 meses de prisión, quantum que no excede los 3 y 4 años previstos en las citadas normas, cada una de ellas señala presupuestos que no cumple la acusada para ser beneficiaria de este sustitutivo de la pena de prisión.

IMPUGNACIÓN

La defensa de MÓNICA ESCOBAR MORALES solicita revocar parcialmente el fallo proferido en primera instancia, para que en su lugar se le conceda a la precitada el sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena. Lo anterior en razón a lo siguiente:

- i) La pena impuesta es inferior a 4 años de prisión.

ii) La procesada carece de antecedentes penales.

iii) El delito de prevaricato por acción no se encuentra enlistado en el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000.

NO RECURRENTES

La delegada de la Fiscalía y la apoderada de víctimas se limitaron a señalar que estaban de acuerdo con los argumentos descritos en la sentencia de primera instancia a efecto de negar la concesión del sustituto reclamado por el recurrente.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De acuerdo con el artículo 32-3 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer los recursos de apelación contra autos y sentencias que profieran en primera instancia los tribunales superiores de distrito.

Cabe precisar que la competencia en segunda instancia es funcional, esto es, limitada al estudio de los argumentos de inconformidad expuestos oportunamente por el apelante y de aquellos que estén ligados de manera inescindible.

2. Delimitación del problema.

La Sala se limitará a analizar si, en el presente asunto, resulta procedente la concesión del sustituto de la suspensión de la ejecución de la pena de acuerdo con lo descrito en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000.

3. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

3.1. La viabilidad de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción -en el presente asunto- debe analizarse desde la perspectiva del artículo 63 de la Ley 599 de 2000, con la modificación del artículo 4 de la Ley 890 de 2004, en vigor para la época de los hechos los cuales ocurrieron entre el 22 de marzo y el 15 de abril de 2011.

Lo anterior en razón a que la modificación acuñada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 no resulta favorable a MÓNICA ESCOBAR MORALES, pues hizo algunos cambios que la perjudican.

Nótese que el texto del artículo 63, modificado por la Ley 1709 de 2014, señala lo siguiente:

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 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.

(...).

Así las cosas, comoquiera que -contrario a lo argumentado por el recurrente- el delito de prevaricato por acción es de aquellos incluidos en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, en tanto, acorde con el título XV del estatuto sustantivo, afecta de manera directa a la administración pública, resulta evidente que no habría opción diferente a negar el subrogado objeto de estudio.

3.2. El artículo 63 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 4° de la Ley 890 de 2004, dispone:

ARTÍCULO 63. 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.

<Inciso adicionado por el artículo 4 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:>
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.

3.3. En el presente caso se cumple a cabalidad el primer requisito señalado en la norma anteriormente descrita -pena impuesta no superior a 36 meses-.

No obstante, al valorar de manera conjunta los antecedentes personales, sociales y familiares de la procesada, así como la gravedad de la conducta, la Sala advierte que en este caso en particular resulta necesaria la ejecución de la pena. Veamos:

3.3.1. Con referencia al primer aspecto -antecedentes personales, sociales y familiares-, se tiene que MÓNICA ESCOBAR MORALES cuenta con arraigo en la ciudad de Bogotá, en donde reside con sus progenitores y se ha desempeñado como servidora pública vinculada a la Fiscalía General de la Nación desde el año 1994. Así mismo, como lo concluyó el Tribunal, “[s]u actuar posterior a la comisión de las conductas punibles ha sido de arrepentimiento y colaboración con el ente acusador, no solo contribuyendo en la resolución de su causa, sino cooperando con su declaración en procesos que cursan contra personas vinculadas con el mismo acontecer delictivo...”.

Adicionalmente, de acuerdo con lo descrito por la delegada de la Fiscalía al recorrer el traslado descrito en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, ESCOBAR MORALES no cuenta con antecedentes penales o policivos.

Por ello, no existen razones para suponer que la procesada puede evadir el cumplimiento de las obligaciones que la concesión del beneficio acarrea, pues, además, de su arraigo familiar y social, concurrió permanentemente al proceso seguido en su contra y acató los llamados que en desarrollo del mismo le hicieron las autoridades judiciales.

3.3.2. En lo que atañe a la gravedad y modalidad de la conducta, se advierte que el delito de prevaricato por acción ejecutado por la entonces funcionaria de la Fiscalía constituye una conducta que encierra una inusitada gravedad dadas las expectativas sociales ansiadas en quienes hacen parte de ente investigador, y en la transparencia, probidad y honestidad que de aquellos funcionarios se espera.

Corresponde señalar que el inciso 2º del artículo 4º del Código Penal refiere que la prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, de manera que debe realizarse un estudio de las condiciones particulares del condenado orientado hacia las funciones de la pena.

Así, como lo ha resaltado la Sala, la prevención especial tiende a evitar que el delincuente

reincida en comportamientos desviados durante el término de ejecución de la sanción penal. Ello, por supuesto, debidamente engranado con el propósito de resocialización; ya que, como lo explica Von Listz, frente a quien transgrede la ley penal la imposición de la pena ha de servir como camino para la resocialización, lo cual supone que la protección de bienes jurídicos se materializa mediante la incidencia de la sanción en la personalidad del delincuente, con la finalidad de prevenir ulteriores delitos¹ (CSJ SP, 27 feb. 2013, rad. 33254).

En el presente asunto, no puede pasar desapercibido el hecho que la hoy procesada no solo dejó en libertad a un ciudadano que había sido capturado en flagrancia con objetos o instrumentos de los cuales se deducía fundadamente que acababa de cometer un delito, sino que además emitió una orden de allanamiento ilegal con el propósito de recubrir con apariencia de legalidad un falso allanamiento que tenía como finalidad apropiarse de una supuesta caleta, que se decía existía en ese inmueble.

Este último hecho constituye un acto de corrupción que permite constatar la necesidad de la ejecución de la pena con un propósito resocializador que conlleve a un verdadero arrepentimiento por parte de la hoy procesada a efecto de evitar que en el futuro vuelva a incurrir en conductas delictivas que atenten contra los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia.

Además, es innegable el alto impacto negativo que en el conglomerado social causó el hecho que ESCOBAR MORALES, en ejercicio del cargo como Fiscal 18 Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Bogotá, cometiera un delito de la naturaleza conocida, por la repercusión inmediata que tiene en la pérdida de credibilidad en la administración de justicia que ella representa.

3.3.3. Adicionalmente, comporta indicar que no se ha acreditado el pago total de la multa que le fuere impuesta a MÓNICA ESCOBAR MORALES, circunstancia que igualmente torna

inviabile la concesión del subrogado.

Cabe resaltar que la Sala ha reiterado que “pese a que el art. 4º de la Ley 890 de 2004, que adicionó el inciso penúltimo al art. 63 del C.P., preceptúa que la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena estará supeditada al pago total de la multa, por favorabilidad (Cfr. CSJ SP16180-2016, rad. 46.755) ha de darse aplicación al art. 3º de la Ley 1709 de 2014, que modificó el art. 4º de la Ley 65 de 1993. Esta última norma señala: “En ningún caso el goce efectivo del derecho a la libertad, a la aplicación de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad o a cualquier otro beneficio judicial o administrativo podrá estar condicionado al pago de la multa”2.

No obstante, como ya fuere señalado con anterioridad, en el presente caso no es posible afirmar que la Ley 1709 de 2014 es más favorable para la aquí enjuiciada, lo que torna inane aplicar la jurisprudencia atrás transcrita.

3.4. Por lo expuesto la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia, tras considerar que MÓNICA ESCOBAR MORALES no cumple con los requisitos descritos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 para que le sea otorgada la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

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

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual condenó a MÓNICA ESCOBAR MORALES por el delito de prevaricato por acción en concurso homogéneo y sucesivo.

SEGUNDO. Contra esta decisión no proceden recursos.

TERCERO. Devolver el expediente al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

FABIO OSPITIA GARZÓN

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEON BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

1 MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho penal, p. 57.

2 CSJ SP. 22 abr. 2020, rad. 52620. Postura reiterada en CSJ SP. 15 jun. 2022, rad. 61499.