SALA DE CASACIÓN PENAL	
M. PONENTE	: EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
NÚMERO DE PROCESO	: 45927
NÚMERO DE PROVIDENCIA	: SP11235-2015
CLASE DE ACTUACIÓN	: SEGUNDA INSTANCIA
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA
FECHA	: 26/08/2015
DELITOS	: Prevaricato por omisión / Falsedad ideológica en documento público
ACTA n.º	: 295
FUENTE FORMAL	: Ley 599 de 2000 art. 63, 38B, 68A 286 Y 414 / Ley 906 de 2004 art. 32, 114.8, 179A Y 302 / Ley 1709 de 2014 art. 29 Y 32 / Ley 1142 de 2007

TEMA: SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación: sustentación, debe ser adecuada para que éste se conceda

«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 sustentación.

En el presente asunto, ninguna razón le asiste al defensor de MC 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».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Tipo penal en blanco

«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 funciones».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Omitir, retardar, rehusar, denegar

«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"».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Dolo

«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"».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Elementos: elemento normativo (acto propio de sus funciones), disponibilidad del fiscal para atender los asuntos urgentes, análisis

«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 MC 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 1° 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 2°, a cargo de VMC 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 ML, con quien el subintendente PE se comunicó para informarle sobre la captura de SB, MC y BL.

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.

(...)

Si MC 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».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Elementos: elemento normativo (acto propio de sus funciones), tardanza en la legalización de captura ante el Juez de Control de Garantías

«Se reprocha (...) a MC haber retardado la legalización de la captura de SB, MC y BL 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.

(...)

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»".

(...)

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" 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".

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 MC, 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.

(...)

En ese orden, no existe ninguna duda en punto a la tipicidad objetiva de la conducta atribuida al incriminado, como que retrasó un acto propio de sus funciones, que le era exigible en condición de Fiscal encargado de la investigación adelantada contra SB, MC y BL, 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».

PREVARICATO POR OMISIÓN - Dolo

«La Sala considera que le asistió razón al Tribunal al colegir que la prueba de cargo es insuficiente para soportar la conclusión de que MC 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 ML, el caso de SB, MC y BL 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.

(...)

Así, la novedad del procedimiento que el incriminado 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.

(...)

Demostrado que VMC 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.

(...)

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».

FE PÚBLICA - Noción / **FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO** - El bien jurídico protegido es la fe pública

« 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 relevantes.

Aquélla 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.

(...)

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"».

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura: elementos

«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».

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO - Se configura: Elementos, dolo

«En el presente asunto se atribuye a MC, cuya condición de servidor público fue estipulada, la elaboración de la constancia de marzo 21 de 2007.

(...)

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 ML y PE, 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.

(...)

El enjuiciado conocía la verdad de lo sucedido, pues según se demostró en juicio, se enteró de la captura de SB, MC y BL 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, MC 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 MC 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 SB, MC y BL.

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

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia: cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, siempre y cuando sea por hechos posteriores a los que motivan la segunda sentencia / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia: cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, siempre y cuando sea por hechos posteriores a los que motivan la segunda sentencia

«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 2007 , que estatuyó la prohibición, y de igual manera lo entendió la Corte Constitucional.

(...)

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».

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia: Cuando la condena sea por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual / **PRISIÓN DOMICILIARIA** - Improcedencia: Cuando la condena sea por delitos contra la libertad, integridad y formación sexual

«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.

(...)

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.

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.

(...)

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 ».

PRISIÓN DOMICILIARIA - (Ley 1709): arraigo, análisis

«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).

ii) 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).

iii) 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.

(...)

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 MC 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 MSP; 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, AMM y AEC; 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 MC, 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 (...) No. (...) de (...); misma que se mantuvo idéntica a lo largo del trámite y que coincide con la que fue reportada por el incriminado 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 MC tiene arraigo familiar y social y la Fiscalía no desmintió ni controvirtió 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».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA: Rad: 41600 | Fecha: 13/08/2014 | Tema: PREVARICATO POR OMISIÓN - Tipo penal en blanco Rad: 37733 | Fecha: 27/06/2012 | Tema: PREVARICATO POR OMISIÓN - Omitir, retardar, rehusar, denegar Rad: 44582 | Fecha: 12/11/2014 | Tema: PREVARICATO POR OMISION - Dolo Rad: 37992 | Fecha: 06/03/2013 | Tema: PREVARICATO POR OMISIÓN - Elementos: elemento normativo, mora en la legalización de captura ante el Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión de la persona Rad: C-163/2008 | Tema: PREVARICATO POR OMISIÓN - Elementos: elemento normativo, mora en la legalización de captura ante el Juez de Control de Garantías dentro de las 36 horas siguientes a la aprehensión de la persona