



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado Ponente

SP4134-2019

Radicación n° 52898

Acta 246

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de ALBERTO VARGAS LÓPEZ y MARÍA OTILIA MENESES DE VARGAS, contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la absolutoria dictada el 18 de enero del mismo año por el Juzgado 32 Penal del Circuito de esta ciudad, y en su lugar los condenó a prisión de ochenta (80) meses cada uno como coautores del delito de fraude procesal.

HECHOS

Sara María Bonilla Barragán como nuda propietaria del inmueble ubicado en la transversal 24B No 17-75 Sur de Bogotá, constituyó usufructo a favor de sus padres José Ignacio Bonilla y Olga María Barragán, quien lo arrendó a Roberto Moreno Vásquez y Paulo Emilio Salas Colpa. Debido al incumplimiento de los inquilinos en el pago del canon, Olga María Barragán de Bonilla advirtió que el Registrador de Instrumentos Públicos había sido inducido en error, toda vez que al consultar el certificado de tradición y libertad observó tres anotaciones, en las cuales ella supuestamente cancelaba el usufructo y enajenaba dicho inmueble a terceros, quienes a su vez, constituyeron un nuevo usufructo a favor de ALBERTO VARGAS LÓPEZ y MARÍA OTILIA MENESES, esposos que afirmaron haber llevado a cabo esta negociación.

ANTECEDENTES

El 17 de febrero de 2016 en audiencia preliminar ante la Juez 3ª Penal Municipal de Bogotá con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a ALBERTO VARGAS LÓPEZ y MARÍA OTILIA MENESES DE VARGAS por el delito de fraude procesal (artículo 453 del Código Penal), cargo al cual no se allanaron los imputados.

El 12 de septiembre del mismo año, el Juez 32 Penal del Circuito de esa ciudad celebró la audiencia de acusación.

El 18 de enero de 2018, la juez en correspondencia con el anuncio del sentido del fallo los absolvió, decisión que el

Tribunal Superior de Bogotá revocó por vía de apelación de las víctimas, para en su lugar condenarlos a ochenta (80) meses de prisión.

LA IMPUGNACION

Al amparo de la causal primera del artículo del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el demandante postula dos (2) cargos.

1. Falta de aplicación del artículo 8 del Código Penal en concordancia con el 29 de la Carta Política, por desconocimiento del principio de doble incriminación.

El fallador no impuso el mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva, a pesar de no concurrir ninguna circunstancia de mayor punibilidad, y para fijar la sanción, tuvo en cuenta las mismas circunstancias que estructuran el fraude procesal.

2. Falta de aplicación de los artículos 38 y 38b del Código Penal, con las adiciones y modificaciones introducidas por los artículos 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, al haber negado a los acusados la prisión domiciliaria.

La negativa de dicho sustituto fundada en la falta de demostración del arraigo familiar y social de los procesados, desconoce los elementos de juicio en la actuación que prueban su existencia.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El recurrente.

El casacionista expresa que los esposos VARGAS MENESES fueron condenados por fraude procesal, delito que por esencia implica la existencia de un engaño o medio fraudulento para inducir en error al funcionario público.

Señala que en el caso concreto se agravó la pena, partiendo de la base que los inculpados acudieron a artificios o engaños para obtener resolución administrativa contraria a la ley. Si son los mismos del tipo penal, aparece clara la violación del principio non bis in ídem alegada en la primera censura.

En relación con la segunda, a los acusados, personas mayores de 70 años y de intachable conducta anterior, se les niega la prisión domiciliaria con fundamento en la ausencia de arraigo familiar y social; sin embargo, obran medios de prueba que indican lo contrario.

No obstante, en la sentencia se dice que tales personas durante 10 años vivieron a cuadra y media del bien objeto del fraude procesal; además, se conoce la dirección de su residencia actual y la víctima del delito las encontró junto con sus hijos en su casa ocupada. Así las cosas, estos datos que mostraban el arraigo, son ignorados por el Tribunal.

2. Los no recurrentes.

2.1 La Fiscalía.

Para la Fiscal Delegada las dos infracciones directas de la ley sustancial alegadas en la demanda, tienen vocación de prosperidad.

La falta de aplicación del artículo 8 del Código Penal en concordancia con el 29 de la Carta Política aducida en el libelo, por desconocimiento del principio fundamental que prohíbe la doble incriminación, se configura en el proceso de dosificación de la pena, ya que el Tribunal no partió del mínimo del cuarto del ámbito de movilidad punitiva establecido al considerar *“la cantidad de artificios y conductas desplegadas por los acusados, unidas a su manifestado desprecio por la justicia cuando pretendieron mediante el fraude”*, elementos que hacen parte del tipo penal.

Agrega que la Corte en decisión del 3 de febrero de 2016 con rad. 46657, al referirse a la motivación de la dosificación rechaza la práctica de hacerla discrecionalmente, en tanto el sistema establecido fija mínimos y máximos legislativamente como expresión de compensación general y abstracta del injusto culpable, que el juez no puede desconocer so pena de ignorar la prohibición de exceso. En ese orden, ha dicho que partiendo del tope mínimo dentro del cuarto correspondiente debe argumentar cuando la aumenta, es decir, explicar por qué lo hace, con mayor exigencia de fundamentación en cuanto más se aleje de él.

En este caso, considera injusta la pena de 80 meses de prisión, esto es, los 8 meses más en atención a la cantidad de artificios y conductas desplegadas por los endilgados en razón de las distintas anotaciones en el registro de matrícula, las cuales configuran el delito. En la sentencia SP-1549 del 30 de abril de 2019, la Corte ha dicho que el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, comprende entre otras hipótesis, la de agravar la pena en virtud de una circunstancia que fue tomada en cuenta como elemento del tipo penal; por lo cual, estima que el proceso de cuantificación de la pena se aparta de las exigencias legales.

Respecto de la falta de aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal, con las modificaciones contempladas en la Ley 1709 de 2014, expresa que esta legislación justamente surge como respuesta a los graves problemas de congestión carcelaria, debidos a la gran discrecionalidad de los jueces al valorar aspectos subjetivos para otorgar la prisión domiciliaria.

De ahí que como lo destacara la Corte en sentencia del 10 de octubre de 2018, SP 4439, rad. 52373, la reforma buscó que la pena intramural fuera el último recurso, de manera que se diera aplicación al principio de ultima ratio del derecho penal.

El arraigo familiar y social se demuestra en este asunto, como lo advirtiera el recurrente, tanto con las entrevistas ante Policía Judicial, las cuales se leyeron en el juicio oral, como con la declaración de MARÍA OTILIA MENESES, quedó establecido que son casados, tienen tres hijos, su esposo ALBERTO se

dedica al comercio de zapatos y su dirección, la cual consta en el escrito de acusación.

2.2 Representante de víctimas.

Manifiesta estar de acuerdo con el cuerpo de la sentencia emitida por el Tribunal, donde se consideró que las pruebas llevaron al pleno convencimiento de la responsabilidad de los inculcados en el delito de fraude procesal, razón por la cual solicita no casar la sentencia con fundamento en los cargos formulados en la demanda.

Aun cuando los dos cargos tienen como pretensión obtener la rebaja de pena y la prisión domiciliaria, pide que el escrito de impugnación sea rechazado por no reunir las exigencias requeridas en casación y la sentencia se mantenga incólume.

Para la representante de víctimas, es importante tener en cuenta que el mínimo para el delito atribuido a los procesados es de 72 meses de prisión y que el juzgador sólo podía moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existen agravantes según el artículo 61 del Código Penal, y que la pena de 80 meses fue debidamente sustentada, toda vez que se hicieron varias anotaciones en el registro para asegurar su cometido.

Por lo demás, en el fallo se esbozan los comportamientos de los inculcados dirigidos a engañar y obtener la apropiación del inmueble, siendo varias las artimañas utilizadas y por ello, el Tribunal las consideró para imponer la sanción más allá del mínimo, estando habilitado para fijarles inclusive 90 meses de

prisión. En este sentido, cumplió con la carga argumentativa para explicar el monto determinado, en cuyo caso el cargo no debe prosperar.

En el cargo segundo de la demanda, se pretende la prisión domiciliaria con fundamento en el testimonio de MARIA OTILIA MENESES, en el cual la testigo indicó su lugar de residencia, habló de su ocupación y aludió a su condición de cónyuge de ALBERTO VARGAS, aspectos estos que según la representante de víctimas no están corroborados por otros medios de prueba.

Añade que el Tribunal echó de menos el informe del investigador de campo y la visita domiciliaria, con los cuales se estableciera que los procesados residían en un lugar específico o determinado y de este modo su arraigo familiar y social.

Así mismo, critica la labor defensiva por no aportar documento alguno que permitiera inferir o corroborar lo manifestado por la acusada, luego es evidente la ausencia de probanzas relacionadas con esa finalidad. Además, recuerda que los momentos procesales en el sistema penal acusatorio son preclusivos y taxativos, por lo cual entiende que este no es el escenario propicio para fundar peticiones en término de cumplimiento de condenas y, por tanto, la petición del casacionista es extemporánea.

De otro lado, manifiesta que las víctimas son dos mujeres de avanzada edad, las cuales han sido afectadas gravemente con el delito, ya que los arriendos percibidos por la casa eran para sostener sus necesidades básicas y desde cuando fueron

despojadas de ella, han visto menguada su calidad de vida por un trasegar jurídico que hasta el momento no ha concluido por las maniobras dilatorias de los acusados y defensa.

Concluye la representante de las víctimas, advirtiendo que el demandante guardó silencio sobre la trascendencia de los supuestos yerros argumentativos, toda vez que en lugar de examinar las pruebas restantes para mostrar que la pena impuesta a los inculcados debía modificarse por tal falencia, se limitó a peticionar la redención de pena.

Finalmente, insiste en que la falta de argumentación y la formulación inadecuada de los cargos, obligan a rechazar las peticiones de la demanda. Adicionalmente, solicita corregir la equivocación en el número de matrícula del inmueble, que hasta ahora ha impedido dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, en relación con la cancelación de las anotaciones fraudulentas.

2.3 Ministerio Público.

La Procuradora Tercera para la Casación Penal solicita casar la sentencia recurrida, toda vez que los argumentos propuestos por el demandante están llamados a prosperar.

Acerca de la violación del principio non bis in ídem propuesta en el cargo primero de la demanda, la Delegada la estima válida, pues advierte que el ad quem al incrementar la pena impuesta a los esposos VARGAS MENESES, tuvo como

sustento los mismos elementos de la descripción típica del delito, esto es, identidad de sujeto, fundamento y objeto.

Expresa que el Tribunal para fijarla más allá del mínimo del primer cuarto, tuvo en cuenta i) la cantidad de artificios, ii) la intensidad del dolo y iii) las afectaciones a la administración de justicia; pero verificados los elementos del fraude procesal, justamente los tres hacen parte de su estructura típica. La inducción en error mediante engaños o artificios a la autoridad judicial o administrativa para obtener una decisión a su favor, fue valorada para tipificar la conducta. Por tanto, su apreciación nuevamente en el proceso de determinación de la sanción, supone doble valoración que transgrede la prohibición non bis in ídem.

Precisa que el marco de discrecionalidad con que cuenta el juez, está reglado en los artículos 60 y 61 del Código Penal, e implica considerar aspectos ajenos a la adecuación típica; por tanto, el incremento de ocho (8) meses como quedó acreditado en la sentencia hace que el cargo esté llamado a prosperar.

La Delegada considera que asiste razón al casacionista al alegar en el cargo segundo la falta de aplicación de los artículos 38, 38b del Código Penal, modificados por los 22 y 23 de la Ley 1709 de 2014, dado que la prisión domiciliaria es un derecho objetivo y no un beneficio.

Las razones del juez de segunda instancia para negarla con base en los numerales 3 y 4, se oponen a lo mostrado en el proceso, toda vez que en el escrito de acusación consta el lugar

de residencia de los esposos acusados, quienes comparecieron al interrogatorio. Entonces, existe la demostración objetiva del arraigo familiar.

Por tanto, la Procuradora solicita casar la sentencia y proferir la que corresponda, teniendo en cuenta lo dicho por la Sala en la decisión del 3 de febrero de 2016, rad. 46647, y en la sentencia C-616/16.

CONSIDERACIONES

La Sala decidirá de fondo los reproches propuestos contra la sentencia del Tribunal de Bogotá, bajo el entendido que su ajuste presupone el cumplimiento de los requisitos mínimos para que hubiera dispuesto su trámite; luego no hará ninguna consideración sobre la ausencia de técnica en la formulación de los cargos, predicada por la representante de las víctimas en la audiencia de sustentación de la demanda.

Con mayor razón, cuando se pretende por esta vía garantizar la doble conformidad de la primera condena ante el vacío legislativo, conforme con lo dispuesto en la sentencia C-792 de 2014, que en este caso persigue verificar el fundamento de la sentencia y su acierto en los temas propuestos por el demandante, quien al no expresar discordancia sobre la responsabilidad penal de los acusados en el delito de fraude procesal atribuido, releva a la Corporación de ocuparse de tal aspecto.

1. Violación directa por falta de aplicación de los artículos 8 del Código Penal y 29 de la Carta Política.

A juicio del recurrente, el Tribunal desconoció el principio de doble incriminación, al incrementar el mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva en ocho (8) meses, con sustento en las *“circunstancias que forman parte del tipo penal de fraude procesal”*.

La garantía de non bis in ídem en su contenido material, impide que una persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho, así se le dé denominación distinta. Está consagrada en la parte final del inciso 4 del artículo 29 de la Carta Política, al señalar que *“Quien sea sindicado tiene derecho... a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”*; y reiterada en el artículo 8 del Código Penal como norma rectora bajo la denominación de *“prohibición de doble incriminación”*.

Este derecho fundamental que hace parte de las garantías del debido proceso que impide investigar, acusar, juzgar y sancionar a un sindicado más de una vez por un único hecho, también comprende la prohibición de agravar la pena con sustento en una circunstancia de hecho que al mismo tiempo es elemento de la descripción típica.

En este sentido, las Sala ha dicho:

“acorde con la jurisprudencia constitucional¹ y penal², el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el

¹ Cfr. Sentencias C-006-03, C-229-08, C-521-09, C-464-14, entre otras.

² Cfr. CSJ Sentencias del 31/10/12, rad. 39489, 10/4/13, rad. 40916, entre otras.

mismo hecho —non bis in ídem—, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, comprende las siguientes hipótesis:

- a) La prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada.*
- b) La prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”³.*

El fraude procesal es delito de mera conducta, pluriofensivo y tipificado en el artículo 453 del Código Penal, conforme con el cual, incurre en él, la persona que valiéndose de cualquier medio fraudulento induce en error al servidor público, con el propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrarios a la ley.

Son elementos de la conducta típica:

“(i) el uso de un medio fraudulento, (ii) inducción en error a servidor público a través de ese instrumento, (iii) propósito de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley (ingrediente subjetivo específico del tipo), y (iv) idoneidad del medio para producir la inducción en error”⁴.

³ CSJ SP, 30 abr. 2019, rad. 49647.

⁴ CSJ SP, 18 jun. 2014, rad. 39090. También puede verse: 25 abr. 2018, rad. 48589; 18 sept. 2018, rad. 43706

El medio fraudulento es la mentira, el artificio o el engaño a los que se acude con astucia y malicia con el propósito de inducir en error al servidor público.

De otro lado, en el proceso de individualización de la pena reglado en los artículos 60 y 61 de la Ley 599 de 2000, una vez determinados los mínimos y máximos aplicables, al juzgador le corresponde dividir el ámbito de movilidad punitiva en cuartos, dentro de los cuales podrá moverse teniendo en cuenta los factores de ponderación indicados en los incisos 3 y 4 del último precepto citado.

Ellos son la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad de la pena, la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia en la contribución o ayuda.

Conforme con lo anterior, el sentenciador no goza de discrecionalidad absoluta en la tasación de la pena, sino que está obligado a fijarla dentro del cuarto determinado de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes y explicar los fundamentos para incrementarla más allá del mínimo del respectivo cuarto.

El Tribunal al individualizar la pena de los sentenciados, se ubicó en el primer cuarto, incrementando en ocho (8) meses

el límite mínimo *“por la cantidad de artificios y conductas desplegadas por los acusados, unidos a su manifiesto desprecio por la justicia”*⁵.

Al tener en cuenta los *“artificios”* para aumentarla, sin duda, lo hizo con sustento en uno de los elementos de la descripción típica del fraude procesal. Si bien fueron varias las anotaciones fraudulentas realizadas en el certificado de registro del inmueble, la Fiscalía pudo considerar que estaba frente a una hipótesis de una única acción u omitió investigar los hechos concurrentes, que en todo caso impedían al ad quem obrar del modo en que lo hizo.

Del mismo modo, añadió como motivo para no imponer el mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva, el *“manifiesto desprecio por la justicia”*, sin hacer consideración alguna a este aspecto que guarda relación con el elemento subjetivo del tipo penal al cual se ajusta la conducta de los procesados.

Es evidente, que los acusados obraron con menosprecio de la justicia al inducir en error al servidor público con la finalidad de obtener un acto administrativo contrario a la ley y con su comportamiento lesionaron dicho bien jurídico, de modo que al tener en cuenta dicha intencionalidad para incrementar la sanción penal resulta igualmente violatorio de la garantía non bis in ídem, sin que en ninguna parte de la sentencia se ofrezca reflexión alguna si el propósito del ad quem era el de

⁵ Folio 30 del fallo de segunda instancia.

considerar como factor de ponderación la intensidad del dolo y de qué modo se manifestaba esta.

De manera, que el Tribunal al acudir a elementos propios de la descripción típica para aumentar la pena de prisión, desconoció la prohibición constitucional y legal de doble juzgamiento por un mismo hecho, en la medida que una decisión de esa naturaleza implica sancionar dos veces a partir de una misma circunstancia de hecho: la pena fijada para el delito más el incremento por idéntica razón.

En tales condiciones, el aumento de ocho (8) meses de prisión sobre el mínimo establecido por el artículo 453 del Código Penal para la conducta punible de fraude procesal, resulta ilegítimo e injustificado, contraría no solo los artículos 29 de la Carta Política, 8 de la Ley 599 de 2000, sino también el 61 del Código Penal, toda vez que el ad quem sin sustento en los factores de ponderación que permiten determinar la pena, indebidamente la fijó más allá del límite mínimo del primer cuarto del ámbito de movilidad punitiva.

Así las cosas, la pena que en definitiva se impondrá a los esposos VARGAS MENESES será de setenta y dos (72) meses de prisión, monto este que corresponde al mínimo del artículo 453 del Código Penal, teniendo en cuenta que no se imputaron circunstancias de agravación punitiva que obligaran en su tasación a partir del segundo cuarto del ámbito ya referido.

En iguales circunstancias, la pena de multa se fijará en doscientos (200) salarios mínimos mensuales vigentes, en

correspondencia con los criterios y límites establecidos para la privativa de la libertad, según lo dicho en precedencia.

El cargo prospera.

2. Infracción directa por falta de aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal.

Según el demandante el Tribunal incurre en esa violación al negar la prisión domiciliaria, aseverando que no se demostró el arraigo familiar y social de los condenados, no obstante que en la actuación hay suficientes elementos de juicio que prueban su existencia.

Con la expedición de la Ley 1709 de 2014, el régimen de libertades fue modificado al fijar pautas objetivas para evitar que la discrecionalidad de los jueces privilegiara la detención intramural del condenado sobre la concesión de los beneficios y sustitutos consagrados en el Código Penal.

En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Ministerio de Justicia, se dijo que las penas intramurales debían constituir el último recurso al cual se acudiera en la ejecución de la pena, la cual no podía cumplir únicamente la función retributiva, en tanto que la apuesta por una política inclusiva que no desconoce las necesidades de seguridad ciudadana, estaba *“cimentada en los mandatos constitucionales que limitan racionalmente la intervención punitiva del Estado, y se funda en principios básicos como los de proporcionalidad y necesidad de la pena”*.

De ahí que la:

“propuesta tiene como eje central poner en acción el principio del derecho penal como ultima ratio. En ese sentido, se busca que las personas, que objetivamente cumplan los requisitos establecidos en la ley accedan efectivamente a los beneficios de libertad. Actualmente, la existencia de criterios subjetivos, dada la alta discrecionalidad de la que gozan los jueces, impide el otorgamiento de dichos beneficios, a pesar de que muchas de estas personas podrían acceder a ellos y contribuir así a la descongestión de los establecimientos”⁶.

Estas razones llevaron mediante el artículo 23 de la citada ley a adicionar al Código Penal el 38B, que prevé los requisitos de la prisión domiciliaria consagrados inicialmente en el artículo 38 del estatuto punitivo, modificado por las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011.

Además de elevar el mínimo de la pena prevista para posibilitar la prisión domiciliaria a 8 años y prohibir el sustituto para los sentenciados por las conductas punibles enlistadas en el inciso 2 del art. 68A del Código Penal, supeditó su procedencia a la constatación de un hecho objetivo, consistente en la demostración del arraigo familiar.

⁶ Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 117 de 2013.

El propósito del legislador no fue otro, cuando en el trámite del proyecto de la ley, en el informe de ponencia para segundo debate, se consignó que:

“Se establecen elementos concretos en relación con el requisito subjetivo para conceder la prisión domiciliar establecida en el artículo 28C (sic) de la Ley 599 de 2000, todo ello con el fin de disminuir el impacto de la discrecionalidad al momento de decidir. Esos mismos elementos deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar los demás beneficios de libertad”⁷.

Por eso, finalmente en su conciliación se acogió el texto aprobado por el Senado, según el cual es suficiente con que se *“demuestre”* el arraigo familiar y social del condenado, en contraposición al de la Cámara que imponía a partir de él, *“inferir fundadamente que la persona no eludirá el cumplimiento de la pena ni cometerá nuevos delitos”⁸.*

En efecto, la obligación impuesta por el artículo 38 del Código Penal al juez de deducir fundada y motivadamente que el condenado no pondría en peligro a la comunidad ni eludiría el cumplimiento de la pena con fundamento en su desempeño personal, laboral, familiar o social, fue sustituida por la de establecer su *“arraigo familiar y social”*.

⁷ Cámara de Representantes; Gaceta del Congreso 298 de 2013.

⁸ Proyecto de ley número 256 de 2013, artículo 19 que modifica el artículo 38 de la Ley 599 de 2000, Gaceta del Congreso 2017 de 2013.

Al mismo tiempo previó, que corresponde *“al juez de conocimiento que imponga la medida establecer con todos los elementos de prueba la existencia o inexistencia del arraigo”*⁹.

En este sentido, se introduce un concepto despojado de toda subjetividad del juez encargado de decidir acerca del beneficio, relacionado con la permanencia del sujeto en un lugar determinado. Basta que las pruebas indiquen su existencia para el otorgamiento de la prisión domiciliaria.

Arraigar en sentido lato es echar o criar raíces; vinculado con las personas o las cosas es establecerse de manera permanente en un lugar¹⁰, de modo que el arraigo familiar y social, está referido a la presencia duradera o estable del condenado en un sitio con ocasión de sus relaciones con su grupo familiar o la comunidad con la cual interactúa en razón de su rol o actividades que desempeña.

De este modo, el arraigo es *«el establecimiento de una persona de manera permanente en un lugar, con ocasión de sus vínculos sociales, determinados, por ejemplo, por la pertenencia a una familia, a un grupo, a una comunidad, a un trabajo o actividad, así como por la posesión de bienes»*¹¹.

Ahora bien, el mismo se demuestra con cualquier medio de prueba, sin que necesariamente sea de aquellos practicados y debatidos en el juicio oral; basta que haya sido allegado a la actuación. Puede ser alguno de los mencionados en el artículo

⁹ Texto aprobado en plenaria. Gaceta del Congreso 514 de 2013.

¹⁰ Diccionario Esencial de la Lengua Española, Real Academia Española, Espasa Calpe 2006.

¹¹ CSJ SP, 3 feb. 2016, rad. 46647.

382 de la Ley 906 de 2004 o cualquiera otro que permita establecerlo.

Entonces, ¿sirve la información procesal sobre el lugar de ubicación y permanencia, la cual permite que el indiciado o imputado en el desarrollo de la investigación y juicio puedan ser citados a las distintas diligencias o audiencias, en las cuales su presencia es requerida? Para la Sala la respuesta es positiva, en tanto de ella se infiere el arraigo, mientras la ley facilita su demostración *“con todos los elementos de prueba allegados a la actuación”*.

En este asunto, desde el 26 de marzo de 2015 fecha en la que fueron entrevistados por el investigador de policía judicial Alfonso Velásquez González, los esposos VARGAS MENESES suministraron la dirección de su vivienda y lugar de trabajo, a donde fueron citados no solo a la primera audiencia preliminar de formulación de imputación sino a las demás contempladas en el procedimiento de la Ley 906 de 2004, conforme puede constatarse en la actuación.

La circunstancia de haber permanecido en el mismo lugar durante los años que lleva el proceso, y tener, entre otras cosas, un establecimiento o negocio de calzado, evidencia el arraigo de los condenados, de modo que el Tribunal se equivocó al indicar que no existía elemento de juicio que lo estableciera, razón por la cual dejó de aplicar la norma cuya finalidad de hacer expedito tal beneficio, está limitada únicamente por la satisfacción de los elementos objetivos requeridos por ella.

Bajo tales presupuestos, el cargo prospera y se casará parcialmente la sentencia impugnada.

Así las cosas, al reunirse los presupuestos señalados en los numerales 1, 2, y 3 del artículo 38B del Código Penal, esto es, i) la pena prevista para el fraude procesal no supera los ocho (8) años de prisión; ii) el delito no se encuentra enlistado en la prohibición consagrada en el artículo 68A del estatuto punitivo; y, iii) el arraigo familiar y social está establecido, se concederá a los condenados el sustituto de la prisión domiciliaria, para lo cual deberán prestar caución que se fija en un (1) salario mínimo legal mensual vigente cada uno y suscribir diligencia con las obligaciones prescritas en el numeral 4 del citado artículo 38B.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de las República y por autoridad de la ley

R E S U E L V E

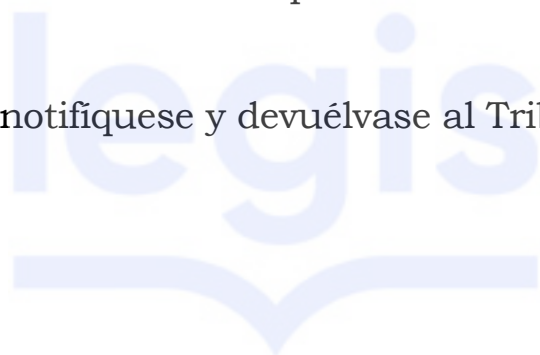
1. Casar parcialmente del fallo del 21 de marzo de 2018 proferido por el Tribunal Superior de Bogotá.

2. IMPONER a ALBERTO VARGAS LÓPEZ y MARÍA OTILÍA MENESES DE VARGAS setenta y dos (72) meses de prisión y multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. OTORGAR a los citados condenados el sustituto de la prisión domiciliaria, para lo cual deberán prestar caución en el monto señalado y suscribir diligencia de compromiso, en los términos del numeral 4 del artículo 38B del Código Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.



EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

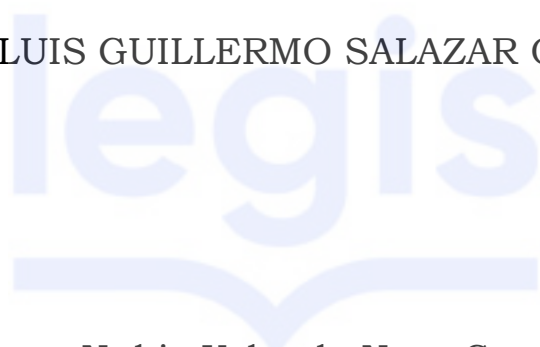
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO



Nubia Yolanda Nova García

Secretaria