El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 21 de septiembre de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma sentencia

Radicación Nro. : 660016000035201405031-01

Procesado: César Augusto García Niño

Magistrado Ponente:  Manuel Yarzagaray Bandera

**TEMAS: USO DE DOCUMENTO FALSO/ DIFERENCIA DELITO FLAGRANTE Y CAPTURA EN FLAGRANCIA / NO SON SINÓNIMOS/ DESCUENTOS PUNITIVOS/ LA FISCALÍA NO INDUJO EN ERROR AL ACUSADO RESPECTO AL DESCUENTO PUNITIVO (50%) EN EL EVENTO DE ALLANAMIENTO DE CARGOS PORQUE NO EXISTIÓ CAPTURA EN FLAGRANCIA/ CONFIRMA**

Luego, aunque la regla general es que coincidan los eventos de delito flagrante con el de captura en flagrancia, porque es obvio que para que tengan ocurrencia este tipo de captura excepcional, el requisito *sine qua non* que se debe cumplir es que el antisocial haya sido visto o sorprendido perpetrando un ilícito[[1]](#footnote-1), de igual manera en muchas hipótesis puede tener ocurrencia un delito flagrante sin que haya acaecido la sucedánea captura en flagrancia del delincuente, como a modo de ejemplo ocurriría en aquellos casos en los que varias personas vieron o presenciaron como un hampón cometía un delito, ya sea de hurto o de homicidio, y se daba a la fuga impunemente.

(…)

En suma, como consecuencia de la malhadada orden proferida por el Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, en su calidad de Fiscal 36 Seccional, se puede concluir que en el caso *subexamine* pese a encontrarnos en presencia de un delito flagrante, no es posible afirmar que la captura del ahora procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO se dio en flagrancia, lo cual tiene amplias repercusiones en el proceso, ya que al no existir un evento de captura en flagrancia, la Fiscalía válidamente en la audiencia de formulación de la imputación podía ofrecerle al entonces indiciado un descuento punitivo de hasta el 50% en caso de que decidiera allanarse a los cargos[[2]](#footnote-2); lo cual no sería factible en la hipótesis de que la captura del procesado se haya dado en flagrancia, porque en esos eventos el descuento punitivo, según con lo reglado en el parágrafo único del articulo 341 C.P.P. correspondería a *“¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004…”.*

Acorde con todo lo dicho hasta ahora, la Sala concluye que la Fiscalía en momento alguno indujo en error al procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO, cuando en la audiencia de formulación de la imputación le hizo la oferta consistente en que podía hacerse merecedor de un descuento punitivo de hasta el 50% de la pena a imponer en el evento de que se allanara a los cargos endilgados en su contra, porque, se reitera, el tema de la captura en flagrancia ya había sido purgado o superado como consecuencia de la orden de libertad proferida el 13 de diciembre de 2014, por quien para ese entonces fungiera como Fiscal 36 Seccional.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a la tesis de discrepancia propuesta por el apelante, y en consecuencia el fallo opugnado ha de ser confirmado.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 830 del 20 de septiembre de 2018. H: 2:30 p.m.

Pereira, septiembre veintiuno (21) de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:02 a.m.

Procesado: CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO

Radicado # 660016000035201405031-01

Delito: Uso de documento falso

Procede: Juzgado 5º Penal del circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público.

Decisión: Confirma fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Representante del Ministerio Público en contra de la sentencia proferida en las calendas del diecisiete (17) de abril de los corrientes por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO** por incurrir en la comisión del delito de Uso de documento falso.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia a eso de las 13:30 horas del 12 de diciembre del 2014 en la carrera 11 con calle 8ª de esta ciudad, y están relacionados con la captura, por parte de oficiales de la Policía Nacional, del ciudadano CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO, quien momentos antes había intentado el cobro de un cheque, girado por el valor de $4.454.453.oo, en la entidad bancaria denominada “Banco Colpatria”, para lo cual presentó un documento de identificación con número 13.011.562 que correspondía al nombre de PABLO FERNANDO VELAS DE LOS RÍOS, sin embargo no le fue pagado el título valor, pues la cajera que lo atendió observó que el documento de identificación que el ciudadano le entregó no tenía todas las características de autenticidad, razón por la cual dio aviso a las autoridades.

De igual forma, una vez que el documento fue sometido a las experticias técnicas del caso, el mismo resultó ser espurio, ya que no cumplía con las características físicas y propias de una cédula de ciudadanía.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. El día siguiente a la captura que efectuaran los Policiales, el Fiscal encargado del caso, para ese entonces el Dr. ROBIN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, Fiscal 33 seccional, emitió una orden de libertad en favor del señor CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO, con fundamento en que no existían elementos materiales probatorios para concluir que el detenido era posible autor de la conducta falsaria.
2. La audiencia preliminar de Formulación de Imputación se llevó a cabo el 11 de septiembre del 2017 ante el Juzgado 5º Penal Municipal, con Funciones de Control de Garantías, de esta ciudad, en la cual se le endilgaron cargos al señor CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO por incurrir en la presunta comisión del delito de uso de documento público falso. Dichos cargos fueron aceptados por el Procesado en esa vista pública, después de que la representante de la Fiscalía le ofreciera un descuento punitivo de hasta el 50% de la pena a imponer en caso que decidiera allanarse a los cargos formulados.
3. Como consecuencia del allanamiento a cargos efectuado por el Procesado, el conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 5º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el día 17 de abril del presente año, se celebró la audiencia de individualización de pena y sentencia, en la que luego de hacerse una narración de los hechos, de indicar las condiciones civiles, sociales y personales del acusado y de la verificación de aceptación de cargos, se dictó la correspondiente sentencia condenatoria, decisión en contra de la cual se alzó de manera oportuna el representante del Ministerio Público.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como ya se dijo, se trata de la sentencia proferida por el Juzgado 5º Penal del Circuito de esta ciudad, en las calendas del diecisiete (17) de abril de los corrientes, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO por incurrir en la comisión del delito de Uso de documento falso.

Como consecuencia de la declaratoria del compromiso penal endilgado al Procesado, el susodicho fue condenado a purgar una pena de 26 meses y 12 días de prisión, la cual resultó ser producto de los descuentos punitivos del 45% que en compensación le fueron reconocidos al encausado por allanarse a los cargos formulados en su contra en la audiencia de formulación de la imputación. De igual forma, por cumplirse con los presupuestos legales, al declarado penalmente responsable se le concedió el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un periodo de prueba igual al de la condena, es decir, 26 meses y 12 días.

Los argumentos invocados en el fallo de primer nivel para poder proferir la sentencia condenatoria, se fundamentaron en el allanamiento a cargos efectuado por el Procesado en la audiencia de formulación de la imputación, aunado a las pruebas habidas en el proceso, las cuales demostraban de manera indubitable el compromiso penal del acusado.

**LA ALZADA:**

La inconformidad Delegado del Ministerio Público recurrente con el contenido del fallo opugnado, tiene que ver con el descuento punitivo que le fue reconocido en favor del procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO por allanarse a los cargos, los cuales, en sentir del apelante, no debieron corresponder al 45% de la pena impuesta si no del 12,5%, como lo indica la jurisprudencia vigente para los casos de captura en flagrancia, ya que si bien es cierto hubo una aceptación del cargos por parte del procesado, muy posiblemente la misma se encontraba viciada por lo siguiente;

* La Fiscalía incurrió en un error al ofrecer unas ventajas procesales que no podía otorgar en ese momento, toda vez que la captura fue realizada en flagrancia, por lo que no podía ofrecerle al Procesado una rebaja punitiva de hasta la mitad de la pena si no del 12,5%.
* La situación de flagrancia no puede ser modificada por la Fiscalía, ni a criterio de un servidor público, no es el hecho de que aquí no se haya pedido medida de aseguramiento, ni legalización de captura lo que cambia las cosas, pues la norma lo indica es que se deban hacer esas audiencias inmediatamente luego de la captura.
* Si el procesado aceptó los cargos por un error de la Fiscalía al ofrecer un descuento que no podía, hay un vicio en el consentimiento del procesado en este caso representado por el error, ya que ninguna de las partes, se percató del yerro de la Fiscalía el hacer ese ofrecimiento.
* Indicó que antes de la diligencia de la lectura del fallo se había podido subsanar el error, preguntándole al procesado si seguía firme con la aceptación, después de saber sobre el yerro en que incurrió la Fiscalía al ofrecer la rebaja de una sanción que no era posible.

Con base en los anteriores argumentos, el apelante solicitó que se decrete la nulidad de lo actuado desde la aceptación de cargos efectuada por el procesado, por vicio en el consentimiento a través del error, o en su lugar, que se revoque la decisión, fijando una pena de 42 meses, en el entendido de que a la pena a imponer se le disminuyera únicamente el 12,5% por tratarse de un caso de captura en flagrancia.

**LA REPLICA:**

**- La Representante de la Fiscalía como sujeto no recurrente**, solicitó que se confirme la decisión de primer nivel, toda vez que el Fiscal Delegado que en su momento expidió la orden de libertad del señor GARCÍA NIÑO, argumentó las razones pertinentes que daban cuenta que no se tenían los suficientes elementos materiales probatorios que determinaran que se cumplían con todos los elementos configurativos de la flagrancia. En razón a ello, la Fiscalía no podía cuestionar que el procesado no tenía derecho a una rebaja punitiva de hasta el 50%, cuando fue un mismo representante del Ente Acusador quien determinó que no existía flagrancia, tanto así que ordenó su libertad inmediata para poder continuar con la investigación, y una vez llevado a cabo el programa metodológico, que recaudara todos los elementos de prueba, poder adelantar el respectivo proceso en contra del procesado.

En el presente asunto no existió vicio en el consentimiento en la aceptación de cargos que efectuara el señor GARCÍA NIÑO, porque la Fiscalía le explicó en varias oportunidades que la rebaja seria de hasta el 50% por la aceptación de cargos, pero que finalmente quien determinaba esa circunstancia era el Juez de Conocimiento. En todo caso, no tiene porque el procesado cargar con los distintos criterios que se puedan tener en estos momentos acerca de la flagrancia, pues como ya se dijera antes, fue la misma Fiscalía quien en su momento determinó que no se contaban con los elementos suficientes para determinar si existía o no la flagrancia, tanto así que se ordenó la libertad inmediata del procesado.

**- El Defensor**, solicitó que se confirme la decisión del Juez de 1ª Instancia, cuestionando el hecho de que si el representante del Ministerio Publico tenía reparos frente a la existencia de un vicio en el consentimiento del procesado, no debió esperar hasta la lectura del fallo, porque pudo hacer las acotaciones del caso con la debida antelación.

En este asunto, no fue culpa de la Defensa el no advertir que existía un vicio en el consentimiento, pues para la Defensa es claro que si se podía ofrecer el 50% de la rebaja de la pena, toda vez que si se revisa el procedimiento, fue un propio Fiscal quien determinó que no existían los elementos de la flagrancia para que el señor GARCÍA NIÑO no fuera presentado ante un Juez de Control de Garantías que legalizara su captura, pues no se puede desconocer que es el Juez de Control de Garantías quien determina si existía o no tal circunstancia.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia de primera instancia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial.

De igual forma no se avizora mácula que de alguna u otra forma haya generado una irregularidad sustancial que incida en la nulidad de la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso propuestos por el recurrente en la Alzada, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentra viciada la aceptación de cargos efectuada por el Procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO en la audiencia de formulación de la imputación, como consecuencia de un error en el que fue inducido por la Fiscalía, ya que la compensación por allanarse a los cargos no correspondía a un 50% de la pena a imponer, sino de un 12.5%, por tratarse de un caso de captura en flagrancia?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante tiene que ver con determinar si en el presente asunto se estaba o no en presencia de un caso de captura en flagrancia, lo cual a su vez repercutía en el monto de los descuentos punitivos que la Fiscalía le ofreció al procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO como compensación en caso de allanarse a los cargos, la Sala, acorde con los medios de conocimiento habidos en el proceso, dirá que en efecto no existe duda alguna que el señor GARCÍA NIÑO fue capturado en vía pública a eso de las 13:30 horas del 12 de diciembre del 2.014 por parte de efectivos de la Policía Nacional, precisos momentos después de que había intentado cobrar en un banco un cheque utilizando para tal fin la cédula de ciudadanía 13.022.562, la cual aparecía a nombre del ciudadano PABLO FERNANDO VELA DE LOS RÍOS. De igual forma, no existe duda alguna que el documento público que portaba el encartado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA, el cual le fue incautado en el momento de su captura, resultó ser falso, como bien se desprende del contenido del informe pericial que data de ese mismo 12 de diciembre del 2014.

De lo antes expuesto, se desprende, como de manera atinada lo aduce el representante del Ministerio Público, que en el presente asunto se estaba en presencia de una típica captura en flagrancia, ya que lo acontecido se amoldaba en las hipótesis consagradas en los numerales 2º y 3º del artículo 301 C.P.P. que regulan lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han denominado como *“flagrancia inferida”*, la cual se caracteriza porque:

“La persona no ha sido observada en el momento de cometer el punible, ni tampoco ha sido perseguida después de realizarlo, sino que es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparece o se infiere fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él…..”[[3]](#footnote-3).

Acorde con lo dicho hasta ahora, para la Sala no existe duda alguna que el procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO fue aprehendido en el momento en el que cometía un delito de aquellos amparados por el interés jurídico de la fe pública, ya que lo sorprendieron cuando tenía en su poder una cédula de ciudadanía falsa, con la cual, momentos antes había intentado cobrar un cheque, por lo que como ya se dijo se estaba en presencia de una captura en flagrancia. Pero pese a lo diamantino de tal situación, con asombró y estupor observa la Sala que cuando la actuación fue puesta a disposición del Fiscal Delegado que estaba en turno para su correspondiente judicialización, o sea el Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, en su calidad de Fiscal 36 Seccional, de manera inaudita, el 13 de diciembre de 2014 profirió una orden en la cual decidió ordenar la inmediata libertad del capturado, con base en el argumento consistente en que:

*“Por lo embrionario de la investigación y la imposibilidad de desvirtuar en estos momentos la presunción de inocencia que en su favor se reconoce por mandato constitucional o legal, dado que no existen esos elementos materiales probatorios o de conocimiento (art. 275 C.P.P.) para concluir que el detenido es posible autor o participe de la conducta falsaria y que pudiera enmarcarse entonces, con precisión como para iniciar una investigación formal en su contra (formulación de la imputación), en la elaboración del documento falso o en su determinación o finalmente en su simple uso…..”[[4]](#footnote-4).*

Tal situación nos enseña que la Fiscalía, tal como lo ordena el inciso 4º del articulo 302 C.P.P. al momento de hacerle el filtro al informe policial de captura, profirió una orden, manifiestamente contraria a la realidad probatoria, en la que prácticamente consideró que la captura del indiciado era ilegal por no estar en un caso de flagrancia, pues consideró el Ente Acusador no tener en sus manos, para ese momento, los medios de conocimiento que le permitieran establecer que el entonces indiciado había incurrido en un atentado en contra de la fe pública, razón por la cual procedió a ordenar la inmediata libertad del capturado.

Pese a que la orden emitida por el Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, en su calidad de Fiscal 36 Seccional, es manifiestamente contraria a la realidad procesal, por cuanto para ese entonces en el cartulario reposaba un informe pericial, adiado el 12 de diciembre del 2014, en el cual se decía que el documento incautado era espurio, informe que por una razón desconocida fue omitido por el Fiscal Delegado, la Sala no puede desconocer que por obra y gracia de los efectos que dimanan de la decisión proferida por el mencionado Fiscal, sobre la cual ya no se puede hacer nada[[5]](#footnote-5), en el caso *subexamine* nos encontremos en presencia de un delito flagrante, ya que el procesado fue visto en el momento en el que cometía un ilícito, pero que contrario a lo reclamado por el apelante, no es posible hablar de una captura en flagrancia, porque tal situación fue purgada del proceso como consecuencia de la aludida orden proferida por el entonces Fiscal 36 Seccional, de la cual, la Sala no se cansará de decir que se sustentó en falacias y falsas motivaciones.

Es de anotar que existe una distinción entre los conceptos de delito flagrante y captura en flagrancia, los cuales no pueden ser considerados como sinónimos, con las consecuencias procesales que dimanan de ellos, en especial dentro del ámbito de los descuentos punitivos a los que el procesado podría hacerse acreedor como resultado de allanarse a los cargos. Así tenemos que en la actualidad el concepto de delito flagrante opera como una especie de evidencia procesal que está circunscrita con el simple y mero sorprendimiento del indiciado en el momento de cometer un ilícito. Mientras que la captura en flagrancia tiene que ver con la facultad excepcional que tiene todo ciudadano de poder aprehender a una persona que sea sorprendida cuando perpetra un punible, sin que sea necesario la previa existencia de una orden.

Luego, aunque la regla general es que coincidan los eventos de delito flagrante con el de captura en flagrancia, porque es obvio que para que tengan ocurrencia este tipo de captura excepcional, el requisito *sine qua non* que se debe cumplir es que el antisocial haya sido visto o sorprendido perpetrando un ilícito[[6]](#footnote-6), de igual manera en muchas hipótesis puede tener ocurrencia un delito flagrante sin que haya acaecido la sucedánea captura en flagrancia del delincuente, como a modo de ejemplo ocurriría en aquellos casos en los que varias personas vieron o presenciaron como un hampón cometía un delito, ya sea de hurto o de homicidio, y se daba a la fuga impunemente.

Para ofrecer una mejor ilustración de lo antes enunciado, la Sala considera de utilidad traer a colación lo que en el pasado sobre esos tópicos la Corte expuso de la siguiente manera:

“Desde la sentencia del 1º de diciembre de 1987, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Rodolfo Mantilla Jácome, la Corte había dicho que involucrar la captura dentro del concepto de flagrancia era confundir la causa con el efecto, “ya que cuando el hecho se realiza en flagrancia es posible la captura de facto del partícipe por cualquier persona sin que sea preciso orden de autoridad competente con el lleno de los requisitos legales, de donde se desprende que no es lógico atar la captura que es una consecuencia de la flagrancia a la flagrancia misma”.

En el mismo fallo, sobre el concepto de sorprendimiento, se dijo lo siguiente:

“Otros pretenden que sólo existe flagrancia cuando la conducta del delincuente se ubica dentro de un comportamiento sinuoso, escondido, que al ser visto o descubierto genera para él un estado de sorpresa; apoyan su tesis quienes esto sostienen, en la misma expresión legal que habla de que la persona es sorprendida en el momento de cometer el hecho punible, o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas del mismo.

De este criterio se disiente por cuanto subjetiviza la noción de flagrancia haciéndola depender más del ánimo y de la particular forma de actuar del autor del hecho, que de la realidad objetiva y además porque restringe innecesariamente la aplicación procesal del fenómeno. Así, si nos atuviésemos a tal criterio, el homicidio cometido en un establecimiento público y ante la mirada atónita de varias personas, no sería este un hecho punible cometido en flagrancia, porque el autor no pretendía ocultar el hecho y su actuación desembozada impide el surgimiento de la idea de ser sorprendido. Pero además, la prueba incontrastable de que éste es como sostenemos nosotros un ejemplo clásico de flagrancia, radica en la hipótesis de que si cualquiera de los allí presentes capturare al autor y lo condujere ante la autoridad competente, tal comportamiento según la tesis que niega la flagrancia del hecho sería ilegal, pues para lograrla se requeriría de orden judicial conforme a los requisitos legales, lo cual sería totalmente ilógico en el caso planteado”.

La sistemática del Procedimiento Penal que regía para el momento del proferimiento del fallo impugnado, permitía la distinción entre la flagrancia como evidencia procesal y la captura en flagrancia como su consecuencia, según lo disponían los artículos 299, 370 y 371 del Decreto 2700 de 1991. Por ello, si el autor material del ilícito era sorprendido en flagrancia, así no fuera capturado en tal situación aunque posteriormente confesare su participación en el delito, no podía beneficiarse con la rebaja de pena.

El nuevo Código de Procedimiento Penal —Ley 600 de 2000— introdujo una reforma sustancial al precepto que tipifica la flagrancia, pues al definirla en el artículo 345 determina que la misma se da cuando:

“1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.

2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible **y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.**

3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella” (resaltado fuera de texto).

(:::)

De allí que el concepto de flagrancia en la nueva preceptiva se liga indefectiblemente a la captura. Así, habrá flagrancia cuando la persona es sorprendida **y capturada** en el momento de cometer un hecho punible; cuando es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta y se le **aprehende** inmediatamente después por persecución o voces de auxilio, o cuando es sorprendida **y capturada** con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible.

Entonces, a los dos requisitos que han sido establecidos por la jurisprudencia, “uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percuten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe” (Casación de ago. 19/97, M.P. Córdoba Poveda), se suma ahora la **aprehensión** en el acto de realización del mismo o en los momentos subsiguientes “por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho”…..”[[7]](#footnote-7).

En suma, como consecuencia de la malhadada orden proferida por el Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, en su calidad de Fiscal 36 Seccional, se puede concluir que en el caso *subexamine* pese a encontrarnos en presencia de un delito flagrante, no es posible afirmar que la captura del ahora procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO se dio en flagrancia, lo cual tiene amplias repercusiones en el proceso, ya que al no existir un evento de captura en flagrancia, la Fiscalía válidamente en la audiencia de formulación de la imputación podía ofrecerle al entonces indiciado un descuento punitivo de hasta el 50% en caso de que decidiera allanarse a los cargos[[8]](#footnote-8); lo cual no sería factible en la hipótesis de que la captura del procesado se haya dado en flagrancia, porque en esos eventos el descuento punitivo, según con lo reglado en el parágrafo único del articulo 341 C.P.P. correspondería a *“¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004…”.*

Acorde con todo lo dicho hasta ahora, la Sala concluye que la Fiscalía en momento alguno indujo en error al procesado CÉSAR AUGUSTO GARCÍA NIÑO, cuando en la audiencia de formulación de la imputación le hizo la oferta consistente en que podía hacerse merecedor de un descuento punitivo de hasta el 50% de la pena a imponer en el evento de que se allanara a los cargos endilgados en su contra, porque, se reitera, el tema de la captura en flagrancia ya había sido purgado o superado como consecuencia de la orden de libertad proferida el 13 de diciembre de 2014, por quien para ese entonces fungiera como Fiscal 36 Seccional.

Siendo así las cosas, la Sala concluye que no le asiste la razón a la tesis de discrepancia propuesta por el apelante, y en consecuencia el fallo opugnado ha de ser confirmado.

De igual forma, se ordenará la correspondiente compulsión de copias con destino hacia la Fiscalía General de la Nación y a la Comisión de disciplina judicial[[9]](#footnote-9), a fin de que si lo consideran pertinente, inicien las correspondientes investigaciones penales y disciplinarias en contra del Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, por cuanto en su calidad de Fiscal 36 Seccional, pudo haber incurrido en la presunta comisión del delito de prevaricato por acción al momento en el que profirió la cuestionada orden de libertad, adiada el 13 de diciembre del 2014.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 5º Penal del Circuito de esta Ciudad, en las calendas del diecisiete (17) de abril de los corrientes, en virtud de la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **CESAR AUGUSTO GARCIA NIÑO** por incurrir en la comisión del delito de Uso de documento falso.

**SEGUNDO: ORDENAR** la compulsión de copias de las presentes actuaciones con destino hacia la Fiscalía General de la Nación y la Comisión de Disciplina Judicial, a fin de que si lo consideran pertinente, inicien las correspondientes investigaciones penales y disciplinarias en contra del Dr. ROBÍN JOSÉ ESPITIA GIRALDO, en su calidad de Fiscal 36 Seccional.

**TERCERO:** Declarar que en contra del presente fallo de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. A lo que se le debe adicionar los requisitos de inmediatez e identificación o individualización del sujeto agente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Articulo 351 C.P.P. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 19 de agosto de 1.997. Rad. # 9602. M.P. JORGE CORDOBA POVEDA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio # 18 del cuaderno de evidencias de la Fiscalía. [↑](#footnote-ref-4)
5. Como consecuencia del principio de seguridad jurídica que dimanan de las decisiones que se encuentran en firme porque en contra de ellas no se interpusieron recursos o su ilegalidad no ha sido declarada por las autoridades competentes. [↑](#footnote-ref-5)
6. A lo que se le debe adicionar los requisitos de inmediatez e identificación o individualización del sujeto agente. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 31 de enero de 2002. Rad. # 1.1199. M.P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO. [↑](#footnote-ref-7)
8. Articulo 351 C.P.P. [↑](#footnote-ref-8)
9. Antigua Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. [↑](#footnote-ref-9)