



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Marzo 18 de 2019 n.º 4

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

EXTRADICIÓN

Evento en que se emite concepto favorable, solicitando al Gobierno Nacional que considere diferir la entrega del requerido con el propósito de hacer prevalecer la justicia nacional sobre la extranjera

Luego de constatar el cumplimiento de los presupuestos jurídicos de la solicitud de extradición frente a un requerido, a quien se atribuyó la pertenencia a una organización internacional de tráfico de drogas, la Corte estimó viable rendir *concepto favorable* a la petición. Sin embargo, como se trata de una persona vinculada a varios procesos judiciales en Colombia por los delitos de *Concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, fabricación, tráfico y porte de armas, desplazamiento forzado agravado, tráfico de estupefacientes, reclutamiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares*, la Sala observó necesario solicitar al Gobierno Nacional que considere *diferir* su entrega hasta cuando culminen las actuaciones seguidas en su contra por parte de las autoridades internas, todo a efecto de otorgar prevalencia a la justicia nacional sobre la extranjera.

CP015-2019 (52466) del 27/02/19

Magistrado Ponente:

Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Concepto favorable: evento en que se emite, solicitando al Gobierno Nacional que considere diferir la entrega del requerido con el propósito de hacer prevalecer la justicia

nacional sobre la extranjera || **EXTRADICIÓN - Ejecutivo:** corresponde al Gobierno Nacional considerar si difiere la entrega del requerido hasta cuando culminen las actuaciones seguidas en su contra por las autoridades nacionales || **EXTRADICIÓN - Ejecutivo:** entrega diferida || **EXTRADICIÓN - Condicionamientos:** competencia del Ejecutivo || **EXTRADICIÓN - Ejecutivo:** decisión final frente al pedido de extradición

«Como se advirtió, contra ELVG o JAVR se adelantan varias actuaciones como presunto autor de los delitos de Concierto para delinquir agravado - Grupos al margen de la ley, homicidio agravado, fabricación, tráfico y porte de armas, desplazamiento forzado agravado, tráfico de estupefacientes, reclutamiento ilícito y enriquecimiento ilícito de particulares.

Por ende, la Sala considera **inadecuado disponer la entrega** del requerido a las autoridades norteamericanas para que adelanten un juicio en su contra por el delito federal de narcóticos, dado que ello implicaría **anteponer** una eventual sanción **extranjera** a aquellas que podrían imponer las autoridades **nacionales**.

Además, como ha sucedido en algunos casos, favorecería su evasión, pues culminado el trámite en Estados Unidos el solicitado podría sustraerse de retornar al país.

Por tal motivo, **se solicitará al Gobierno Nacional que considere diferir la entrega del requerido** hasta tanto culminen los trámites seguidos en su contra por parte de las autoridades nacionales.

[...] En razón a las anteriores consideraciones, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, emite **CONCEPTO FAVORABLE a la solicitud de extradición** del ciudadano ELVG o JAVR formulada por el Gobierno de los Estados Unidos a través de su

Embajada en Bogotá, para que responda por el cargo contenido en la acusación [...] (también enunciada como [...]), proferida el 4 de junio de 2015 por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida.

[...] Finalmente, ADVIERTE la Corte que, acorde con el artículo 504 de la Ley 906 de 2004 y los razonamientos expuestos en el numeral 5° de esta decisión, **corresponde al Gobierno Nacional considerar si difiere la entrega del requerido** hasta cuando culminen las actuaciones seguidas en su contra por parte de las autoridades nacionales con el propósito de **prevaler la justicia nacional sobre la extranjera**. En particular el juicio relacionado

con delitos de extrema gravedad referidos en la página 12 de esta decisión (caso 2018-00966).

La Sala se permite indicar que, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución Política, **le compete al Gobierno** en cabeza del señor Presidente de la República como supremo director de la política exterior y de las relaciones internacionales, realizar el respectivo **seguimiento a los condicionamientos impuestos** al conceder la extradición, quien a su vez es el encargado de determinar las consecuencias derivadas de su eventual incumplimiento».

(Texto resaltado por la Relatoría)

LEY DE JUSTICIA Y PAZ

Excepcionalmente no procederá la terminación del proceso cuando la condena por conducta punible dolosa cometida con posterioridad a la desmovilización, se refiera a circunstancias de escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz

Al decidir el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía respecto de la decisión de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal, consistente en negar la exclusión del postulado, la Corte advirtió razonable su confirmación, pese a que aquél incurrió en causal objetiva de terminación del proceso, dada la condena por delito doloso posterior a su desmovilización. Para tal efecto, la Sala recogió el criterio estricto que tenía sobre el particular, y en su lugar, asintió en la confluencia de una excepción en estos eventos, fundamentada en que la conducta delictiva aluda a circunstancias de escasa trascendencia frente a los fines legales del procedimiento de justicia transicional.

AP522-2019 (53516) del 20/02/19

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas

delictivas, naturaleza objetiva de la causal || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios:** exclusión, excepcionalmente no procederá la terminación del proceso cuando la condena por conducta punible dolosa cometida con posterioridad a la desmovilización, se refiera a circunstancias de escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios:** exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, excepción, cuando la entidad del hecho punible sea mínima deberá ponderarse frente a los derechos de las víctimas y la sociedad a conocer lo sucedido || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios:** exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Elementos:** verbos rectores, delito de conducta alternativa || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES - Demostración**

«WJSM, luego de desmovilizarse en forma individual del Bloque Central Bolívar el 8 de agosto de 2005, fue postulado por el Gobierno Nacional a los beneficios de la Ley 975 de 2005, mediante comunicación del 21 de mayo de 2010 dirigida al Fiscal General de la Nación

En desarrollo del trámite rindió versión libre el 20 de marzo de 2013, en la que confesó los hechos delictivos que perpetró en su militancia en el grupo paramilitar, en particular el secuestro y

homicidio de FACS, JMG, MVG y A CS, y HG, cometidos el 23 de junio de 2005 en el paraje “*Partidero de la boca del río Napi sobre el río Guapi*”, delitos por los que fue condenado el 27 de julio de 2007 por el Juzgado Primero Penal Especializado de Popayán.

Y el 31 de octubre de 2011 el Juzgado 7° Penal del Circuito de Bucaramanga, previa aceptación de cargos, lo condenó a 54 meses de prisión al hallarlo responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravado por haber sido cometido al interior del penal, conforme a los siguientes hechos

[...]

La situación de SM encaja en la causal 5ª del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, la cual prevé la **terminación del proceso transicional** cuando el postulado ha **“sido condenado por delitos dolosos con posterioridad a su desmovilización o cuando habiendo sido postulado estando privado de la libertad, se compruebe que ha delinquirido desde el centro de reclusión”**, pues la desmovilización se produjo el 8 de agosto de 2005 y el delito de tráfico fabricación o porte de estupefacientes se materializó el 2 de marzo de 2011.

Lo anterior porque una de las obligaciones adquiridas por los aspirantes a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz, acorde con el artículo 11-4 de la Ley 975 de 2005, consiste en **“cesar toda actividad ilícita”**, de manera que si se profiere **sentencia de condena por hechos cometidos después de la desmovilización**, se verifica objetivamente el incumplimiento del compromiso adquirido

A pesar de lo anterior, el Tribunal y los no recurrentes coinciden en señalar que **la conducta delictiva cometida por SM no tiene la entidad suficiente para fundar su exclusión del proceso de Justicia y Paz** porque la cantidad de marihuana encontrada supera levemente la dosis mínima y puede pensarse que era para el consumo personal del postulado. Además, ese comportamiento no pone en riesgo los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición propios del proceso transicional.

El criterio de la Sala en torno a la causal contenida en el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 ha sido uniforme en el sentido de indicar que **se trata de una causal objetiva** en virtud de la cual, cualquier infracción penal cometida después de la dejación de armas

configura el **motivo de exclusión** examinado, siempre que se haya emitido sentencia de condena.

Lo anterior porque la justicia transicional se dirige a los integrantes de los grupos armados organizados al margen de la ley que deciden desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional -Art. 2 Ley 975 de 2005-, lo cual supone el compromiso de respetar y acatar las obligaciones adquiridas de forma libre y voluntaria a cambio de obtener un tratamiento punitivo alternativo benigno en comparación a las penas de la justicia ordinaria.

El instituto de la terminación del proceso y la exclusión se funda, entonces, en la necesidad de depurar el trámite de Justicia y Paz de aquellos postulados que accedieron al proceso sin ostentar los requisitos de elegibilidad y de quienes con el paso del tiempo declinaron su interés y voluntad de permanecer en él.

La autonomía y libertad condujeron a los desmovilizados a dejar las armas y solicitar su postulación. Pero si en algún momento abandonan el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, si se tornan renuentes a comparecer a las diligencias, a contar la verdad y, en general, a cumplir sus compromisos, no pueden permanecer al interior del proceso a la espera de unos beneficios diseñados sólo para quienes se involucran verdaderamente y ejecutan los deberes que prometieron realizar en procura de la reconciliación nacional.

Sin embargo, la Sala no puede obviar la existencia de **casos en los que la exclusión se torna desproporcionada ante el escaso impacto del accionar ilegal del postulado frente a los fines del proceso de Justicia y Paz**, orientados a *“facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de los grupos organizados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”*, según establece el artículo 1° de la Ley 975 de 2005.

En estos eventos, la condena por el hecho punible cometido con posterioridad a la desmovilización, no ostenta la entidad suficiente para fundar la expulsión del proceso transicional de un postulado que, como en este evento, ha cumplido con las restantes obligaciones adquiridas al someterse al Estado y ha contribuido al

esclarecimiento de los hechos ocurridos en desarrollo del conflicto armado.

La colaboración eficaz con la reconstrucción de la verdad, como forma de satisfacer el derecho a la verdad que asiste a las víctimas y a la sociedad, por tanto, constituye un parámetro a considerar al momento de evaluar la exclusión del postulado, en particular en el inusual suceso que se analiza.

Recuérdese que la exclusión, introducida al ordenamiento transicional a través de la Ley 1592 de 2012, tiene como propósito *“conseguir que las actuaciones judiciales tengan una mayor fluidez en la medida en que el esfuerzo de los diferentes equipos de trabajo de fiscales y magistrados de justicia y paz se podrá concentrar en aquellos casos en que los postulados realmente estén colaborando eficazmente con la reconstrucción de la verdad, a favor de la reparación de tantas víctimas que esperan, por fin, saber lo ocurrido con sus seres queridos”*

Se sigue de lo anterior que en **algunos eventos excepcionales**, a pesar del cumplimiento objetivo de las hipótesis contenidas en el numeral 5° del artículo 11 A de la Ley 975 de 2005, **puede resultar improcedente la exclusión del postulado porque las circunstancias específicas de la conducta delictiva indican su escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz.**

Este nuevo enfoque, **recoge la postura establecida con anterioridad por la Sala** en las determinaciones AP3413-2018, AP3302-2018, AP3116-2018, AP8389-2017, AP8063-2017, AP649-2017, AP5167-2017, AP4090-2017, AP3712-2017, AP2823-2017, AP1212-2017, entre otras.

Por regla general, entonces, cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por un delito doloso, **procederá la expulsión** del trámite transicional. **Excepcionalmente, cuando la entidad del hecho punible sea mínima**, deberá ponderarse esa situación frente a los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer lo sucedido, siempre que el postulado esté cumpliendo con los restantes deberes adquiridos y haya colaborado eficazmente con la reconstrucción de la verdad.

El caso examinado ilustra la citada excepción en la medida que las circunstancias del hecho ejecutado por WJSM evidencian que su

comportamiento ilegal no ostenta la trascendencia suficiente para fundar la expulsión del proceso transicional ante la escasa cantidad de estupefaciente encontrada y la indeterminación del verbo rector infringido, elemento éste indispensable para establecer si la infracción a la ley penal se produjo por desprecio del orden jurídico o si obedeció al deseo irrefrenable de consumir sustancias estupefacientes.

Respecto del delito descrito en el artículo 376 del Código Penal, la Sala ha señalado la necesidad de examinar las circunstancias particulares en las que se desarrolla, ante la multiplicidad de verbos alternativos a través de los cuales se alcanza su estructuración, con el fin de diferenciar si el sujeto activo tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si se trata de un accionar dirigido al tráfico de sustancias prohibidas (SP497-2018).

Y aunque la discusión sobre ese aspecto debió surtirse en el proceso adelantado en la justicia ordinaria, allí no fue analizado, como debía hacerse, en tanto el fallo no identificó el verbo rector atribuido, se limitó a reseñar los hechos, la identidad del procesado, tasar la pena y negar los subrogados, sin realizar ningún análisis fáctico o probatorio del que se pueda extraer información sobre las condiciones específicas del hecho a partir de las cuales ratificar que el comportamiento del postulado estuvo orientado a desatender el compromiso adquirido en el trámite de Justicia y Paz y no a satisfacer sus apetencias personales, teniendo en cuenta que la cantidad de cannabis encontrada superó levemente la dosis mínima.

Ante la indeterminación de la modalidad por la cual se profirió la condena y la poca cantidad de cannabis encontrada en la celda del postulado, son posibles las dos alternativas planteadas, esto es, que la usara para el consumo personal, como suponen el Tribunal y los no recurrentes, o que estuviese destinada para otros propósitos, como los señalados por el representante del ente acusador.

Con mayor razón cuando el hecho de encontrar la sustancia incautada empacada en *“varias envolturas pequeñas”*, sin precisar el número, no muestra nada diferente a que lo habitual es que la droga se venda en dosis menores, por lo que de tal hallazgo, ausente de información adicional, no se puede colegir que SM la tenía destinada para

algo diferente a su consumo, como aduce el delgado de la Fiscalía.

La Sala **confirmará la decisión del Tribunal** bajo el entendido que **la entidad del hecho punible cometido por el postulado no afecta**

los fines de la Ley de Justicia y Paz y, por ello, su expulsión sería desproporcionada».

(Texto resaltado por la Relatoría)

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

La condena al pago solidario de perjuicios resulta ilegal si el tercero no ostentaba la condición de propietario o locatario del vehículo para la época de los hechos

La Sala decidió casar el fallo impugnado, tras advertir la ilegalidad de la condena al pago solidario de perjuicios impuesta a una persona vinculada como tercero civilmente responsable, toda vez que, luego de una minuciosa revisión del proceso, se observó que aquélla no ostentaba la condición de *propietaria* ni *locataria* del vehículo con el cual se materializó el delito de *lesiones personales culposas*.

SP020-2019 (48143) del 23/01/19

M. P. José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE - Propietario del vehículo: su vinculación implica que ostentara esa condición para la fecha de los hechos || **TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE - Locatario del vehículo:** su vinculación implica que ostentara esa condición para la fecha de los hechos || **CASACIÓN OFICIOSA - Deber de decretarla cuando se afectan garantías** || **TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE - Condena al pago solidario de perjuicios:** resulta ilegal si no ostentaba la condición de propietario o locatario del vehículo para la época de los hechos

«Los hechos que motivaron la investigación y la condena penal en contra del NEMP, por el delito de lesiones personales culposas, ocurrieron el 26 de diciembre de 2009, en el sitio denominado “Pan de Azúcar”, ubicado en la carretera panamericana, entre las localidades de Mojarras y Popayán.

El procesado conducía ese día el vehículo tracto camión de placas SOW-018, el cual, de acuerdo con la prueba allegada proceso, fue importado por [...], entre finales del año 2003 y comienzos del año 2004, en virtud del contrato de leasing de importación 10272, suscrito el 9 de octubre de 2003 con CAVV y FWFBC, quienes fungían en condición de **locatarios**.

Con fundamento en esta información, el juzgado de conocimiento **vinculó al incidente de reparación integral, como tercero civilmente responsable**, a [...] (empresa que después pasó a llamarse [...], en condición de **propietaria** del vehículo, y a CAVV y FWFBC, en condición de **locatarios**, llamados en garantía. Adicionalmente fueron vinculados NEMP, en condición de procesado, y la aseguradora del vehículo [...], llamada en garantía.

Al proceso fueron allegados varios certificados de tradición del vehículo, expedidos por la Inspección de Tránsito y Transporte de la Sede Operativa de Nariño (Nariño), de cuyo análisis conjunto se establece que el automotor presenta en su historial cuatro registros de propiedad, así: (i) con fecha 26 de enero del año 2004, a nombre de [...], (ii) con fecha 16 de julio de 2007, a nombre de CAVV y FWFBC, (iii) con fecha 27 de septiembre de 2007, a nombre de FWFBC, y (iv) con fecha 8 de noviembre de 2010 a nombre de LHR con c.c. No.[...].

En la sentencia de primera instancia, el Juzgado **condenó solidariamente** al procesado NEMP al pago de los perjuicios causados con el delito, solidariamente con [...], en condición de **propietaria**, FWFBC y CAVV, en condición de **locatarios**, y [...] en calidad de aseguradora, esta última hasta el monto de \$150'000.000.

Apelado este fallo por los apoderados de [...] y la aseguradora [...], al igual que por la defensa del procesado y el representante de la víctima, el Tribunal Superior de Popayán la modificó en el sentido de, (i) revocar la condena de [...] al pago solidario de los perjuicios, por considerar que

para la época de los hechos ya no era propietaria del vehículo, (ii) fijar en la suma \$79'190.000 el pago solidario de la aseguradora [...], (iii) ordenar el desembargo de las cuentas corrientes y de ahorros de la financiera [...], y (iv) fijar en 30 días el término para el pago de los perjuicios decretados.

Respecto de la condena solidaria de CAVV y FWFBC, en condición de **locatarios**, el tribunal nada dijo, no obstante que de los certificados de propiedad expedidos por la Inspección de Tránsito y Transporte del Municipio de Nariño se establecía que a partir del 16 de julio de 2007 los dos habían pasado a tener la condición de **propietarios**, y que dos meses después, el 27 de septiembre de 2007, la titularidad quedó en cabeza exclusiva de FWFBC, quien aparece ostentando dicha calidad hasta el 8 de noviembre de 2010.

Los hechos que motivan las condenas penal y civil ocurrieron el 26 de diciembre de 2009, es decir, mucho tiempo después de que los señores CAVV y FWFBC dejaran de ser locatarios del vehículo, y que el primero dejara de ser además propietario, pues dicha condición la perdió el 27 de septiembre de 2007, quedando la titularidad

en cabeza exclusivamente de FWFBC, quien la ostentaba para la fecha de los hechos.

De estas precisiones surge evidente que CAVV **no tenía la condición de locatario, ni de propietario del vehículo para la fecha en que ocurrieron los hechos, y que su vinculación y condena al pago solidario de los perjuicios causados con el delito resulta por tanto ilegal**, por no ostentar en ese momento ninguna de estas condiciones, y porque los interesados tampoco probaron que continuara siendo su poseedor o tenedor.

Con el fin, entonces, de restablecer la legalidad del fallo, la Sala lo **casará parcialmente**, para **revocar la condena** de CAVV **al pago solidario de los perjuicios** causados con el delito, y aclarar que la condena de FWFBC no es a título de locatario, sino de propietario, teniendo en cuenta que en los distintos certificados de tradición se registran inequívocamente estos traspasos, tal como se dejó explicado en el auto de inadmisión de las demandas. En lo demás, el fallo se mantiene inmodificable».

(Texto resaltado por la Relatoría)

TESTIMONIO

Su valoración probatoria resulta inadecuada cuando se desconocen los criterios legales que se deben considerar para ponderar el relato del testigo y asignarle el mérito correspondiente

La Corte decidió casar la sentencia absolutoria del Tribunal para reestablecer el fallo de condena impuesto por el Juzgado de primera instancia, luego de encontrar que el juez colegiado incurrió en *violación indirecta de la ley sustancial*, derivada de una multiplicidad de errores de hecho –*falsos juicios de identidad y existencia, y falso raciocinio*– por desatención de las reglas de apreciación de las pruebas, y particularmente de las de tipo *testimonial*, cuyos criterios legales de ponderación inobservó al momento de examinar, entre otros, el *testimonio* de la madre de la víctima del *homicidio*, quien se encontraba en el sitio de los hechos al momento de la agresión. Igualmente, la Corporación dispuso compulsar copias a la Alcaldía Mayor de Bogotá, en orden a que adopte acciones

positivas para la prevención y resocialización de las niñas y jóvenes involucrados en el fenómeno del denominado *pandillismo*, que tiene incidencia en la ocurrencia de hechos de violencia.

SP083-2019 (51378) del 30/01/19

M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: criterios que deben ser observados para su apreciación || **TESTIMONIO - Valoración probatoria**

«[...] el representante de las víctimas formula un reproche por la vía de la **causal tercera de casación, pues considera que el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso**

raciocinio en la valoración de las pruebas allegadas al plenario, concretamente por restarle valor a los testimonios de JGCM y JECH, únicos testigos presenciales de los hechos, por existir contradicciones entre ellos.

Repara que teniendo en cuenta que la prima del occiso atestiguó que observó al procesado disparar contra la humanidad de la víctima, no es posible dudar de su versión por el hecho de encontrar discrepancias menores con lo dicho por la madre de éste, quién a pesar de estar también presente en la escena del homicidio aseguró que no vio al agresor, que no escuchó los disparos y que pensó que se trataba de pólvora, lo cual le es explicable debido al momento de agonía que vivía por la persecución a la que fueron sometidos y a la muerte de su hijo.

[...] La Sala anuncia desde ya que **casará la decisión demandada** pues la valoración probatoria efectuada por el Tribunal se aparta de los parámetros establecidos por la Corte.

[...] La jurisprudencia de la Sala ha sido copiosa en cuanto a la **apreciación de la prueba testimonial** a fin de que el sentenciador, al momento de dirimir el conflicto, no incurra en errores frente a la ponderación que debe hacer de los datos suministrados a través de este medio probatorio. Esta labor debe ser desarrollada siguiendo los **criterios previstos en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004**, que establece que en el ejercicio de apreciación del testimonio deben ser atendidos *«los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el testimonio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.»*.

La Corte también ha proporcionado **parámetros a tener en cuenta al valorar la fiabilidad del testigo**, tales como la ausencia de interés de mentir, las condiciones subjetivas, físicas y mentales del declarante para recordar lo percibido, la posibilidad de haber percibido, la coherencia de su discurso, la correspondencia con otros datos objetivos comprobables, la verificación de los asertos con distintos elementos de prueba, la intención en la comparecencia procesal, entre otros, y ha descartado la condición moral del atestante como

parámetro suficiente para restarle poder de convicción.

Respecto a la recordación de los hechos, la Colegiatura ha afirmado que ello depende de múltiples factores tales como la entidad de los mismos, la manera en que afectaron al testigo, la forma en que se produce la percepción, la naturaleza principal o subsidiaria de los datos recogidos por la memoria, su lógica, coherencia, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dice haber advertido, la forma, época y justificación del por qué se declara, y si sus afirmaciones encajan en las demás pruebas, al tiempo que ha insistido en la importancia de corroborar los dichos del testigo con otros elementos de prueba».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: se configura

«JECH puso de manifiesto que JALV y su víctima BO habían tenido enfrentamientos con anterioridad a los hechos. El grupo del que hacía parte el acusado había agredido con piedras a la víctima y a su familia a la salida de una fiesta en el barrio [...].

Así mismo informó que un mes antes de los sucesos, la moto de BO, que se encontraba estacionada afuera de la casa de su abuela ubicada cerca del parque del barrio [...], fue dañada por JAL y otros muchachos del Barrio [...]. O tuvo que refugiarse en la casa de su ascendiente y la banda del procesado cogió la morada a piedra.

Igualmente declaró que previamente a los hechos conocía al procesado a través de unas fotos que su hijo B le mostró de su facebook, manifestándole que se trataba de un joven del barrio [...], *“él me dio a entender que él también [BOC] estaba amenazado»*, razón por la cual no quería estar en el barrio, porque *“eso está por ahí muy caliente”* y le pidió que el 31 de octubre se fueran para otro lado *“yo creo que él ya se sentía amenazado”*.

Lamentablemente, esta rivalidad no cesó con el **homicidio** investigado, la señora CH informó que para la fecha de su testimonio *“los amigos de A”* le envían amenazas por el facebook a su otro hijo, S.

Toda vez que **el Tribunal en su decisión no tuvo en consideración las anteriores afirmaciones puestas de manifiesto en el testimonio** de la

señora CH, incurrió en **un error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento**».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: se configura || **FALSO RACIOCINIO - Se configura** || **FALSO RACIOCINIO - Sana crítica:** valoración de testimonio || **FALSO RACIOCINIO - Regla de la experiencia** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** miedo del testigo al momento de los hechos || **MIEDO - Concepto** || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria:** omisiones o imprecisiones

«Los hechos que se suscitaron en el momento en que BO es herido y muerto son los que enfrentan al representante de las víctimas -con apoyo de la agencia fiscal y ministerial-, con la defensa. El juez a quo otorga razón a la postura de las víctimas, mientras que el razonamiento del Tribunal se la concede a la defensa.

El punto de discordia consiste en que, por un lado, la señora JECH afirmó que no vio al procesado disparar contra la humanidad de su hijo B y JGC, prima de este último, señala todo lo contrario, haber presenciado el momento en el que el acusado le propinó los disparos a B.

En el asunto analizado, el Tribunal concluyó que la declaración de la testigo presencial del homicidio JG, carece de veracidad, puesto que considera que no es de recibo el escenario que muestra, aunque más adelante determina la existencia de duda razonable.

Son dos las razones en las que el juez de segundo nivel apuntala su apreciación: (i) que tanto esta testigo como JEG tenían la misma visual y que pese a ello la última de las mencionadas no observa al procesado ni lo ubica en la escena del delito y; (ii) que JG afirmó que el procesado le disparó a su primo de frente en el pecho en cuatro oportunidades, y la prueba de necropsia da cuenta de cinco impactos por arma de fuego de los cuales solo uno de ellos tiene trayectoria antero-posterior, desde un plano ínfero-superior y de izquierda a derecha, mientras que los demás son postero-anteriores.

La Corte no comparte la valoración probatoria del Tribunal. Además de que la prueba es indicativa de que las dos testigos no tenían la misma visual, la prueba restante avala los asertos de JGC.

[...] la ubicación espacial que según la señora CH tenían en el momento de los hechos tanto ella, como JGC y su hijo BO, explica el por qué la

señora C no vio a ninguna persona disparando. No pudo verlo porque estaba huyendo de sus agresores, con su menor hijo T de la mano, de espaldas a los hechos, en espacio muy concurrido y cuando volteó a mirar -si volteó es porque no estaba de frente-, observa que él estaba cayendo ya inconsciente y que J lo estaba recibiendo y que «*cuando yo ya lo vi fue botado entonces yo me devolví rápido*».

Al analizar las circunstancias en las que la señora C percibió los sucesos se tiene que todo sucedió de forma muy rápida. En el sitio había gran cantidad de gente porque era día de Halloween, en el local de comidas rápidas transitaban muchas pues se trataba de la cuadra principal del barrio [...], en la puerta del local se hallaban a menos J con su pequeña hija, C su primo, y su empleado WO a quien le entregó su niña cuando corrió al encuentro con B, lo cual sin duda dificultaría para la señora CH una visibilidad plena de los hechos.

Así las cosas, la Sala deduce que en la apreciación del testimonio de la señora JECH, el juez colegiado incurrió en **error de hecho en doble dimensión: por cercenamiento**, al mutilar los apartados anteriormente destacados, y por **falso raciocinio**, al derivar de la atestación, que aun teniendo la misma perspectiva óptica la deponente no observó que el procesado disparara contra la víctima, pues con ello **desconoció los principios de la sana crítica**, porque dadas las circunstancias como sucedieron los hechos, la razón permite determinar que al igual que ocurre en el común de los casos, la testigo en situación de miedo y angustia extrema debido a la agresión contra la vida de sus hijos, no se halla en capacidad de advertir lo que ocurre a su alrededor e identificar con precisión los sonidos por ella percibidos».

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión: Se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento:** se configura || **ERROR DE HECHO - Apreciación probatoria** || **TESTIMONIO - Valoración probatoria:** resulta inadecuada cuando se desconocen los criterios legales que se deben considerar para ponderar el relato del testigo y asignarle el mérito correspondiente

«El testimonio de JGCM

[...] Este testimonio le merece a la Sala toda la credibilidad, puesto que, en primer lugar, se trata de la testigo frente a la cual se desarrollaron los

sucesos, es quien tiene toda la panorámica de lo que ocurre a una muy corta distancia, siempre se mantuvo de frente al despliegue de los sucesos y acompañó a la víctima en el momento en que se produjeron las detonaciones.

Desde su primera versión la atestante, sin atisbo de duda, señaló a ALV como el autor de los disparos que cegaron la vida de BOC, versión que mantuvo hasta la audiencia pública de juzgamiento en donde reafirmó su versión.

[...] Ahora bien, durante la audiencia de sustentación de la demanda de casación la defensa señaló que los dichos de JGC no son dignos de crédito por cuanto se le notaba una marcada animadversión hacia el procesado; Sin embargo, **no explicó las razones por las que arribaba a tal conclusión.** Contrario a la percepción de la defensa, la Sala advierte en el testimonio de la señora CM la existencia de una buena relación anterior, no solo con el procesado sino también con sus familiares, puesto que además de haber sido compañeros de colegio, había sostenido una relación sentimental con un primo suyo durante siete meses, con lo cual se revela infundada la percepción del estrado defensivo.

[...] pues aunque BO era su primo, no existe en el proceso prueba alguna que permita inferir la preexistencia de algún conflicto o inconformidad previa que la condujera a realizar tan grave señalamiento en contra del enjuiciado si no tuviera responsabilidad alguna en el homicidio de BO, todo lo cual y revela imparcial su señalamiento.

[...] La distancia a la que la JG realizó su percepción de los hechos también le impide a la Corte dudar de sus aserciones, pues además de que sostuvo que lo vio a una losa de distancia, en su oportunidad el técnico balístico de medicina legal CYGM dictaminó que los disparos fueron realizados a más de 150 cmts. comprendidos entre la boca de fuego del arma y las superficies impactadas, coincidiendo así con las distancia informadas por JGCM.

El Tribunal también se alejó del testimonio de JG por cuanto afirmó que el procesado le disparó a B de frente en el pecho en cuatro oportunidades, y la prueba de necropsia hace relación a cinco impactos por arma de fuego de los cuales solo uno de ellos tiene trayectoria antero-posterior, desde un plano infero-superior y de izquierda a

derecha, mientras que los demás son postero-antteriores.

La Corte comparte la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia y respaldada por las agencias fiscal, ministerial y la representación de las víctimas, según la cual la disparidad entre la versión de la testigo y la necropsia practicada no tiene la potencialidad de derruir el señalamiento directo de la testigo contra el procesado.

En primer lugar, porque como es obvio, **la testigo responde el interrogatorio con base en lo que sus sentidos percibieron:** por un lado, que el enjuiciado estaba ubicado frente a ellos y, por el otro, relacionando lo anterior con lo que posteriormente observó en el cuerpo de su primo, esto es, varios orificios, que el acta de inspección técnica al cadáver especifica en 11, sin que la testigo tenga por qué saber cuáles de ellos corresponden a la entrada o a la salida de los proyectiles.

[...] El Tribunal, **incurriendo en un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión,** prescinde en su análisis probatorio del testimonio que sobre el particular ofreció el médico forense [...] quien explicó *“que no se puede determinar cómo estaba el cuerpo al momento de recibir los impactos de proyectil”* y que *“es posible que haya habido movimiento de la víctima o del agresor”*. Igualmente, es justo considerar que el cuerpo presentaba cinco orificios de entrada y cuatro orificios de salida y que la testigo percibió el pecho de su primo ensangrentado y por ello ejerció presión por el mismo.

[...] La Sala reitera que **el Tribunal excluyó de su estudio las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que las testigos percibieron los hechos y las condiciones personales en que se hallaban,** lo cual incidió en la **inadecuada valoración de la prueba testimonial,** que se reveló **alejada de los criterios del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal que fija las pautas que se deben considerar para ponderar el relato de los sucesos percibidos por un testigo y asignarle el mérito que le corresponde.**

[...] La situación que se vivía en el lugar de los hechos fue relatada por JGC de la manera siguiente: *“la gente empezó a meterse en los negocios, la gente que ya estaba adentro intentaba bajar las rejas para evitar pues que*

ingresara alguna de las personas que estaba disparando, pues en su momento todo el mundo estaba como muy agitado, muy alborotado y todo el mundo se ingresó hacia los locales y me quedé yo en la calle tendida con B”.

Esta circunstancia le permite a la Sala inferir, que el ambiente de caos y confusión reinaba en el lugar, el número de personas que se hallaban presentes al momento de los disparos, ocasionaron que JECH, quien corría delante de su hijo B, de espaldas a lo que sucedía con éste y en sentido contrario a JGC, perdiera la visibilidad de lo que acontecía.

Desde el punto de vista personal, los eventos fueron de gran impacto para la señora CH, quien señaló que *«yo del susto estaba toda mojada»*, vale decir, le provocaron **un estado de miedo** tal que se orinó, por lo que debió ir a su casa a cambiarse de ropa. La emotividad que le causaron los sucesos también es evidente en los audios de su testimonio, en donde el juez, en varias oportunidades debió esperar algunos momentos a que la testigo se tranquilizara.

Y no es para menos, ella y su familia sufrieron una larga persecución por parte de un nutrido grupo de vándalos que incluso agredieron con arma blanca a su niño de 12 años cuando se hallaba indefenso en el piso y, posteriormente se produjo el homicidio de su hijo B.

Bien es sabido que el **miedo** es una respuesta emocional al peligro, que puede desencadenar reacciones como la huida, el llanto, la inmovilidad, el grito, el silencio, la falta de reacción de los sentidos, etc.

La Sala considera que esta situación de pánico a causa de los dantescos sucesos sufridos por la señora CH, sumada a la ubicación que tenía en la escena de los hechos y las circunstancias en las que se hallaba, conllevó a que no observara el preciso momento en el que el procesado disparó en contra de su descendiente, y que haya escuchado ruido de pólvora y no disparos de arma de fuego. La Corte Tales circunstancias fueron narradas por el Tribunal en su decisión más no valoradas.

[...] Y si bien es cierto que en el transcurso del proceso la defensa mostró que entre la entrevista que JG rindió en la URI y el testimonio vertido durante la audiencia pública del juicio oral hubo **imprecisiones** tales como si al momento del encuentro con B éste la empujó o no con su brazo hacia el interior del local de comidas rápidas, a

quién le entregó la niña que tenía en los brazos, y el número de disparos, la Corte advierte que las mismas no recaen ni derriban su concreto señalamiento contra JALV como el autor material de los disparos que cegaron la vida de su primo.

Tampoco puede desconocer la Sala el estado emocional en el que se hallaba la testigo JGC quien destacó que *“Esa noche yo estaba nerviosa, me había desmayado, tenía arritmia, tenía taquicardia, me entrevistan a la una de la mañana, no anotan nada, vuelven y me entrevistan a las seis y treinta y cinco de la mañana, donde anotan no lo que ella decía sino lo que asumían que decía”*, estado de emotividad que se mantiene incluso durante su testimonio en la audiencia pública del juicio oral y que tal deposición se produjo casi dos años después de los hechos.

[...] En lo esencial, esto es, que los disparos contra BOC fueron producidos por JALV, el testimonio es invariable».

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por cercenamiento: se configura || **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA - Por omisión:** se configura || **FALSO RACIOCINIO - Se configura || FALSO RACIOCINIO - Regla de la experiencia:** estado de miedo y angustia vividos por la madre de la víctima de homicidio que se encuentra en el lugar de los hechos, turban su capacidad de percepción || **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Error de hecho:** manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba

«La prueba postulada por la defensa no logra derruir la contundencia del testimonio incriminatorio. JAPF y HJMG, atribuyeron la captura del procesado al hecho de que era del Barrio [...].

JAPF narró que el día de los acontecimientos se encontró con su amigo LV, *“quien tenía una bolsa de dulces en la mano porque estaba repartiendo dulces, que estaban hablando y de un momento a otro empezaron a agredirnos ... llegó un momento en que todo el mundo empezó a tirar piedra”*, y que por eso salieron a correr por el lado de la Estación, pero que como sonaron unos disparos se devolvieron, instante en el que el procesado se cayó y la gente empezó a agredirlo y llegó la policía para llevárselo.

No es admisible para la Sala, como tampoco lo fue para el juez de primer nivel, que una persona

esté repartiendo dulces y que sin mediar suceso alguno lo comiencen a agredir con piedras, mucho menos por caerse al piso. Tampoco que corrieran hacia la estación de policía en busca de refugio pero que al escuchar disparos se hayan devuelto justamente poniendo en riesgo su integridad. Así mismo que el testigo no hubiese mediado por su amigo, con quien momentos antes compartía, pues a pesar de que observó su traslado a la Estación de Policía, fue después de un tiempo que se enteró que seguía preso.

HJMG, recordó que la noche del suceso se hallaba en el barrio [...] comprando comida y que al sonar unos disparos “*dos por mucho*” se refugió en un asadero, mientras la gente corría, y que poco después cuando la situación estaba calmada, salió corriendo para su barrio, momento en el cual observó muchachos del barrio [...] y de [...] por todos lados. Recuerda haber visto un carro gris del que “*estaría casi seguro*” que dispararon, pero que nadie se bajó ni reconoció a persona alguna, y que iba con destino a su casa cuando vio que AL, quien vestía de gris corría hacia la Estación de Policía “*a resguardarse*” se cayó, según él, a causa de unas piedras que había en la zona y que en ese momento iniciaron las agresiones entre los jóvenes de [...] y [...], y que luego empezaron a agredir al acusado según el testigo por conocer a gente de [...] y que al instante llegó la Policía.

Al respecto debe observarse que el declarante no tuvo ningún contacto previo a los hechos con el procesado pues solo lo vio a la distancia; por tanto, no tenía por qué saber que cuando el acusado corría hacia la Estación de Policía pretendía resguardarse; en realidad, la intención del declarante es la de presentar un relato exculpatorio para su amigo.

No se puede pasar por alto la existencia de problemas previos anteriores a los hechos entre los jóvenes de los barrios [...] y [...], ni el señalamiento que la propia víctima le hizo a su madre del procesado pocos días antes de su homicidio, como uno de los sujetos del barrio [...] con los que tenía problemas, ni su deseo de no estar presente en las fiestas de halloween en el sector, ni las agresiones que él, su moto y la casa de su abuela habían sufrido de manos de este.

Conforme a lo anterior, una vez **analizados los testimonios** controvertidos en la demanda de casación, la **Sala concluye que** en su decisión, **el Tribunal incurrió en diversos errores de hecho por falso juicio de identidad por**

cercenamiento -de las circunstancias de rivalidad previa al día de los hechos entre la víctima y el victimario y sus respectivas bandas, de los actos de agresión anterior del enjuiciado contra el ofendido, sus bienes y los de sus familiares, y de las afirmaciones respecto de la posición de la señora CH al momento de los hechos-; **de existencia por omisión** -de las manifestaciones de la perito forense Angélica María Lozada Suárez -según la cual no era posible determinar la posición del cuerpo al momento de los disparos y de la posibilidad de que hubiesen estado en movimiento tanto la víctima como el agresor-; y de **falso raciocinio** -al desconocer la **regla de la experiencia** según la cual **el estado de miedo y angustia vividos por madre de la víctima de homicidio que se halla en el lugar de los acontecimientos**, que previamente es perseguida y que presencia el ataque a puñaladas a otro hijo menor de edad, **turban su capacidad de percepción**-.

Por el contrario, de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos, le otorga plena fuerza de convicción al rendido por la señora JGCM, quien afirmó que observó cuando el procesado JALV disparó en repetidas ocasiones contra la humanidad de su primo BRC, en momentos en que yacía en sus brazos en el suelo, cegándole la vida.

[...] De conformidad con lo anterior, la Sala **declarará la prosperidad del cargo formulado por el demandante por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho que deviene del manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba y, en consecuencia, casará la decisión** confutada para **restablecer el fallo condenatorio** proferido por el Juzgado [...] y dispondrá la captura del condenado a efecto de dar inmediato cumplimiento a la decisión».

DERECHO PENAL - Última ratio || COMPULSACIÓN DE COPIAS - Alcaldía Mayor de Bogotá: para que se adopte las acciones positivas para la prevención y resocialización de las niñas y jóvenes

«[...] la Corte advierte que los hechos analizados revelan una dinámica desfavorable para el desarrollo de los niños y jóvenes de los barrios [...] y [...] de la localidad [...] que ameritan la intervención coordinada de las autoridades y programas del Distrito, a fin de que se **adopten las medidas** restaurativas de sus derechos,

faciliten su reincorporación a la educación y/o al trabajo, les brinden oportunidades recreativas y se superen y prevengan fenómenos de **pandillismo** y los asociados a este.

Como bien es sabido, el derecho penal se erige como **ultima ratio** para la resolución de los conflictos sociales, implica que este solo debe ser articulado ante el fracaso de otros mecanismos de contención social.

La Sala considera que los jóvenes de los mencionados barrios son víctimas de sus condiciones sociales, económicas y familiares, entre otras, que hacen urgente la implementación y desarrollo de estrategias públicas de interlocución con ellos, y el diseño y/o fortalecimiento de políticas públicas que potencien y apoyen posibles acciones locales o las emprendan, a fin de perfilar a estos niños y jóvenes como actores estratégicos para la paz y el desarrollo de sus comunidades, y permitir con ello la creación de capital social y la transformación de sus vidas.

Desde la perspectiva de la Corte tales acciones son urgentes, dado que algunos de estos jóvenes ya han entrado en conflicto con la ley penal y se

hallan en riesgo de ser intervenidos y/o cooptados por organizaciones criminales del mundo adulto y de auto reproducir el fenómeno.

Invocando entonces la coherencia y articulación que debe presidir las relaciones entre las Ramas del poder público y sus instituciones, y atendiendo a los estudios criminológicos que advierten la proliferación de bandas juveniles y fronteras invisibles entre ciertos barrios de la ciudad, la Sala ordenará que se **compulse copia de esta decisión al Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.**, para que **tome las medidas necesarias**, adyacentes a la administración de justicia penal, a fin de que se coordinen esfuerzos tendientes a **emprender acciones positivas de prevención y resocialización para los niños y jóvenes de los barrios [...]** y [...] y evitar con ello que sea el derecho penal como máxima ratio la que dé solución a conflictos que prima facie no le corresponden y que por el contrario la congestionan y desprestigian».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Para determinar su procedencia, el juez debe observar únicamente el requisito objetivo cuando el sentenciado carece de antecedentes y el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68A del Código Penal

La Sala casó la sentencia impugnada, tras advertir que tanto el Tribunal como el Juzgado de instancia incurrieron en *violación directa de la ley sustancial*, habida cuenta que, con desatención del *principio de favorabilidad*, dejaron de aplicar la norma vigente que regulaba el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena para el momento en que emitieron los fallos, en tanto que valoraron aspectos subjetivos respecto de una persona condenada por delito contra el patrimonio económico, pese a que el artículo 63 del Código Penal, con la modificación introducida por el artículo 29, numeral 2°, de la Ley 1709 de 2014, determinaba que el juzgador

sólo debía observar el parámetro objetivo cuando el sentenciado carecía de antecedentes y el delito no se encontraba enlistado en los que estipulaba el artículo 68 A del mismo ordenamiento.

SP337-2019 (49780) del 13/02/19

M.P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY 1709 DE 2014 - Vigencia || PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Tránsito legislativo || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA - Factor objetivo || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Requisitos || VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Se configura || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Procedencia: el juez debe observar únicamente el requisito

objetivo cuando el sentenciado carece de antecedentes y el delito no se encuentra enlistado en el artículo 68A del Código Penal || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Aplicación de la Ley 1709: favorabilidad**

«[...] conforme con la actuación se tiene que a EEPJ le formularon cargos por el delito de estafa por hechos ocurridos en el año 2008 y las sentencias de primer y segundo grado se emitieron el 28 de octubre 2015 y 19 de octubre de 2016, respectivamente.

Ahora, la **Ley 1709 de 2014**, que reformó, entre otras disposiciones, el **artículo 63 del Código Penal** referente a los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, empezó a regir el 20 de enero de 2014. Esto es, que **para el momento en que se profirieron los fallos de instancia ya había entrado en vigor** esta disposición normativa [...].

[...] cuando en casos como el que se analiza **ocurre un tránsito legislativo y la ley posterior resulta ser más favorable al procesado que la vigente al momento de los hechos, el funcionario judicial está en la obligación de dar aplicación al artículo 6° del Código de Procedimiento Penal y optar por la más benéfica.**

El Tribunal y el juez de primera instancia **inaplicaron el numeral 2° del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el 63 de la Ley 599 de 2000 y aplicaron el artículo 63 del Código Penal sin tal modificación**, los que confrontados permiten inferir que la norma vigente que resultaba más **favorable** al procesado era el artículo 29 de la Ley 1709 de 2017 ejusdem, porque para conceder el subrogado de suspensión condicional solo exige el cumplimiento del requisito objetivo.

El desacierto cometido por el juez de primera instancia se evidencia cuando sostiene que aunque PJ no registraba antecedentes penales, si existían anotaciones en su contra que le impedían hacerse acreedor del subrogado en mención.

[...] En igual sentido se pronunció el Ad quem al señalar que el procesado *“si bien no registra antecedentes penales, si cuenta con diversas anotaciones que permiten evaluar su comportamiento personal (...), circunstancias que pueden tenerse como sustento de la negativa a conceder la suspensión condicional de la ejecución*

de la pena, dado que permite cuestionar los antecedentes personales y sociales del implicado.”

La norma cuya aplicación se verifica en el presente caso determina que solo le está permitido al juez valorar los aspectos personales, sociales y familiares del sentenciado cuando en contra de éste se registren antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, en caso contrario, esto es, de no registrar antecedentes, el juez debe observar únicamente el cumplimiento del requisito objetivo referido a la pena de prisión impuesta.

En CSJ SP2647-2014, 5 Mar. 2014, Rad. 41232, CSJ SP20612-2017, 6 Dic. 2017, Rad. 49956, CSJ SP20796-2017, 6 Dic. 2017, Rad. 50038 y CSJ SP2706-2018, 11 Jul. 2018, Rad. 48251, entre otras, la Sala ha sostenido que cuando del acusado no se reporta haber cometido delitos anteriormente, la conducta punible a él atribuida no se encuentra enlistada en el artículo 68 A del C.P., modificado por la Ley 1709 de 2014, y si la pena impuesta no supera los 4 años de prisión; **por favorabilidad** se aplicará en su caso el contenido íntegro del artículo 63 ibídem, por cuya virtud **accede sin necesidad de consideraciones subjetivas al mecanismo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.**

[...] En ese orden, dado que la pena impuesta al procesado es inferior a cuarenta y ocho (48) meses, pues fue condenado a treinta y dos (32) meses de prisión y que no se trata de uno de los delitos enlistados en el artículo 68A, puesto que la estafa allí contemplada está condicionada a que recaiga sobre bienes del Estado, y en el presente caso se realizó sobre los de un particular, además que solo se allegaron anotaciones por investigaciones en curso, mas no antecedentes penales estricto sensu, fulge diáfano que los falladores de instancia estaban en la obligación de aplicar la modificación normativa transcrita de que trata el artículo 29 numeral 2° de la Ley 1709 de 2014, legislación vigente al momento de tomar la decisión conforme se indicó en precedencia.

Al no hacerlo, incurrieron en una **violación directa por falta de aplicación** del artículo 29, numeral 2°, de la Ley 1709 de 2014, yerro que será corregido al casar parcialmente la sentencia de segunda instancia a fin de aplicar la norma en mención, pues debió concederse la suspensión condicional con base solamente en el requisito

objetivo dada la ausencia de antecedentes penales como lo demanda el numeral 2° de la ley en cita que modificó el artículo 63 del Código Penal:

“Artículo 63. Suspensión condicional de la ejecución de la pena.

(...)

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1° de este artículo.”

Insiste la Sala, dado que la pena impuesta al procesado es de treinta y dos (32) meses de prisión y el factor objetivo demandado en el nuevo precepto exige que no exceda de cuarenta y ocho (48) meses, se entiende cumplido con el requisito objetivo, lo anterior aunado a que no milita en la foliatura prueba referente a la existencia de antecedentes penales en su contra,

lo que deriva en la **concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena a su favor.**

Así las cosas, la ejecución de la pena privativa de la libertad de EEPJ se suspenderá por treinta y dos (32) meses, previa suscripción de acta compromisoria que contemple el cumplimiento de los requisitos relacionados en el artículo 65 del Código Penal, y el otorgamiento de una caución por un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor del juzgado de conocimiento, quien estará a cargo de lo pertinente.

Como el procesado se encuentra en libertad desde el inicio de esta investigación, no hay lugar a hacer pronunciamiento sobre ese aspecto.

Las demás determinaciones del fallo se mantendrán incólumes».

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El recurso de queja es improcedente cuando el juez de primera instancia concede el recurso de apelación, pero el de segunda lo niega por indebida o deficiente sustentación

La Sala se abstuvo de conocer del recurso de queja interpuesto contra la decisión emitida por el Tribunal, en la que negó la apelación que inicialmente había concedido el juzgado de primer grado, todo por tratarse de una hipótesis no concebida en la normatividad para la procedencia de este medio de inconformidad, que no puede erigirse en una tercera instancia.

AP050-2019 (54133) del 16/01/19

M.P. José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja: competencia de la Corte || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:**

evento en que la Corte se abstiene de decidir por improcedente

«De conformidad con el artículo 179 C del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), adicionado por el artículo 94 de la Ley 1395 de 2010, **la Sala de Casación Penal es competente para conocer sobre el recurso de queja** promovido contra la decisión de los Tribunales Superiores de Distrito, que niegan la apelación.

Sin embargo, en este caso específico **la Corte se abstendrá de decidir si concede o no la apelación, porque el recurso de queja resulta improcedente**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja: objeto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** providencias contra las que procede || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de queja:** es improcedente, cuando el juez de primera instancia concede el recurso de apelación pero el de segunda lo niega por indebida o deficiente sustentación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** sustentación, cuando es indebida corresponde al juez de primera instancia negarlo o rechazarlo para habilitar el recurso de queja || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:**

sustentación, si media algún grado de sustentación que se considere indebida o insuficiente, se debe denegar el recurso, no declararlo desierto || **DOBLE INSTANCIA - Finalidad || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de reposición:** evento en que se considera viable su interposición cuando el juez de segunda instancia niega o rechaza la apelación por indebida o deficiente sustentación

«La queja se estableció originalmente en la legislación procesal penal para que el superior funcional -Ad-quem- analice la corrección de la decisión del inferior -A-quo- consistente en denegar el recurso de apelación.

Vale decir, **el recurso de queja no fue concebido en la normatividad para cuestionar estas situaciones: i)** que el Juez de primera instancia declare desierto el recurso de apelación por extemporáneo, o no ser sustentado adecuadamente; y **ii) que el funcionario de primer grado sí conceda la apelación, pero el Juez de segunda instancia no esté de acuerdo con el A-quo y, por ende, niegue o rechace la apelación que el cognoscente ya había otorgado.**

En efecto, el artículo 179 A del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), modificado por la Ley 1395 de 2010, es del siguiente tenor:

“Cuando no se sustente el recurso de apelación se declarará desierto, mediante providencia contra la cual procede el recurso de reposición.”

De otra parte, el artículo 179 B ibidem, relativo a la procedencia del recurso de queja, establece:

“Cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación, el recurrente podrá interponer el de queja, dentro del término de ejecutoria de la decisión que deniega el recurso.”

Como se aprecia, en términos del legislador, el recurso de queja es viable únicamente cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación.

Vale decir, **si quien niega o deniega el recurso de apelación es el Juez de segunda instancia, el recurso de queja es improcedente.**

En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo denegar significa *“no conceder lo que se pide o solicita”*.

En el asunto que se examina, según lo destacado en la reseña de la actuación procesal, el Juzgado [...] no denegó el recurso de apelación.

Por el contrario, si concedió, en el efecto suspensivo, la alzada contra la sentencia que condenó en primera instancia a JJG; al punto que remitió el expediente al Tribunal Superior de Bogotá.

Aún así, como en criterio del Juez colegiado fue muy deficiente la sustentación, entonces optó por negar la apelación y, en su lugar, conceder la queja ante la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en Auto del 16 de noviembre de 2010 (radicación 35242) precisó:

*“Como se puede observar, el recurso de queja según dicha legislación está referido exclusivamente a la negativa del recurso de apelación; a diferencia de anteriores legislaciones en las que tal medio impugnativo se utilizaba también cuando se negaba el extraordinario de casación.
[...]*

Así las cosas se puede observar que el recurso de queja es el procedente cuando el funcionario judicial deniega el de apelación con el argumento de su improcedencia, por lo que el recurso va encaminado a comprobar que la conclusión del a quo en tal sentido es equivocada, y a eso se limita su discusión y decisión en segunda instancia.

No otra discusión se puede admitir en el trámite del recurso de queja, en cuya esencia existe precisamente una querrela en relación con la actitud del a quo, quien niega la alzada debiendo concederla, contrariando la normativa procesal que señala qué providencias son susceptibles de dicho recurso.

Obsérvese la reiteración puntual en cuanto a que el recurso de queja procede únicamente cuando es el A-quo, quien niega la apelación

La Sala de Casación Penal venía sosteniendo que si en primera instancia se declaraba desierta la apelación, porque el recurso no se sustenta, o su fundamentación es deficientemente o extemporánea, contra ésta decisión sólo procedía el recurso de reposición y no el de queja.

[...] La misma Corporación reeditó su postura, en Auto de 28 de septiembre de 2016 (radicación 48865) al disponer:

“Como lo ha manifestado esta Corporación (CSJ AP3961, 15 jul. 2015, rad. N° 46319), la queja procede cuando el funcionario de primera instancia deniega el de apelación, como lo prevé el canon 179 B de la Ley 906 de 2004, adicionado por el 93 de la Ley 1395 de 2010. Por su parte, contra el auto que declara desierto el recurso de apelación, solo procede reposición, atendiendo el mandato del artículo 179 A ibídem.”

Sin embargo, esta Corporación morigeró su línea de precedentes para sostener que si el A-quo niega la apelación por estimar que la sustentación fue indebida o deficiente, entonces, el funcionario que así lo decida no debe declarar desierta esa impugnación (pues sólo es pasible de reposición); sino rechazar o negar la alzada, para que se habilite el recurso de queja

[...] De ese modo, para salvaguardar el principio de doble instancia, tiene mucho sentido que, a través del recurso de queja, el superior funcional decida sobre la idoneidad de la fundamentación.

Hasta ahora nada se ha dicho sobre el **evento especial y sui generis** que acontece en el presente asunto, **donde el Juez de primera instancia sí concedió la apelación, pero fue el Juez de segundo grado quien no estuvo de acuerdo y declaró inidónea o deficiente la fundamentación; y, por ello, negó la alzada y expresó que contra su decisión procedía la queja.**

En criterio de la Corte, el efecto garantista de la última jurisprudencia en comentario (Auto de 2 de agosto de 2017, radicación 50560), **no debe extenderse hasta casos como el presente, donde la apelación se sustentó y sí fue concedida por el Juez que profirió la providencia cuestionada, pero el funcionario de segunda instancia llamado a resolverla, considera muy deficiente su fundamentación y, por ello, negó el recurso de apelación y habilitó la queja.**

Tal aserto, por las siguientes razones:

La Sala de Casación Penal quiso evitar sensaciones de arbitrariedad, que podrían suscitarse cuando el mismo Juez que emitió la providencia censurada, estudia la apelación y la descalifica, hasta el punto que la declararla desierta por deficiente fundamentación, de modo que únicamente proceda el recurso de reposición, una vez más, ante el mismo funcionario.

Así lo expresó esta Corporación:

“Lo anterior, por cuanto no resulta razonable que la posibilidad de revisión por el superior jerárquico de una decisión, cuando se ha hecho uso de la oportunidad procesal para exhibir las razones de inconformidad con aquélla, quede supeditada exclusivamente al arbitrio del juez que la emitió.”

En el caso que involucra al ciudadano JG, el principio de la doble instancia no quedó en entredicho, porque no fue el mismo Juez Penal Municipal de Conocimiento que lo condenó en primer grado, quien estudió los argumentos de la apelación, sino que dicha labor fue asumida por el Tribunal Superior de Bogotá, en sede de segunda instancia.

La Sala de Decisión Penal de esa Corporación, a quien le corresponde resolver la apelación, ya analizó a fondo el memorial que contiene las críticas contra la sentencia condenatoria de primera instancia, al punto de estimar que los planteamientos del defensor son del todo insustanciales, genéricos y mal formulados.

Sería inapropiado, cuando menos, que los mismos magistrados de la Sala de Decisión Penal se vieran compelidos a abdicar de sus propias convicciones, ante una eventual prosperidad del recurso de queja.

El impedimento o la recusación no se vislumbran como una hipotética solución a ese impase, dado que la causal de excusa o remoción no se genera cuando la opinión se ha manifestado previamente dentro del mismo proceso y en el ejercicio funcional.

El recurso de queja debe ser definido, en sede de segunda instancia, por el superior inmediato del funcionario que emitió, en primer grado, la providencia cuestionada.

Por disposición legal (artículo 34, numeral 1°, Ley 906 de 2004), el recurso de apelación contra las sentencias proferidas por los Jueces Penales Municipales, corresponde al Tribunal Superior del mismo distrito.

En estricto sentido, la Sala de Casación Penal no es superior inmediato del Juez Penal Municipal que profirió la primera condena; y, por ende, esta Corporación no puede investirse como Juez de segunda instancia ad-hoc, para resolver la queja finalmente interpuesta.

Por principio constitucional (artículo 6), los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones que la normatividad jurídica les asigna (numerus clausus); sin que sea válido que

asuman otras por analogía, ni aún si se pensara que sería más conveniente para el mismo servicio público (*numerus apertus*).

De ahí que la competencia para resolver asuntos funcionales esté sometida a reserva legal, que delimita las fronteras de la extralimitación y/o la omisión.

A la sazón, el artículo 13 de la Ley 1564 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”, establece:

“ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.”

En el anterior contexto, **la Corte Suprema de Justicia no puede válidamente abrogarse el conocimiento del recurso de queja**, ante la negativa de la apelación contra la sentencia de primera instancia dictada por un Juez Penal Municipal; pues, hacerlo equivaldría a modificar la norma procesal penal que designó al funcionario competente, esto es, el Tribunal Superior del mismo distrito.

En síntesis, los lineamientos jurisprudenciales contenidos en el Auto de 2 de agosto de 2017 (radicación 50560), sólo son aplicables para los casos donde sí se sustenta el recurso de apelación, pero el Juez de primera instancia considera insustancial y deficiente su fundamentación; para que, en lugar de declarar desierta la alzada (con auto que sólo es impugnabile en reposición), lo niegue, de modo que se habilite el recurso de queja, para que el superior funcional examine los planteamiento de la apelación y quede a salvo el principio de la doble instancia.

El mencionado precedente **no incluye ni abarca los casos donde es el Juez de segundo grado, quien concluye que la apelación fue indebidamente sustentada. Por tanto, esta categoría de funcionarios no debe conceder el recurso de queja para ante su propio superior funcional, en una especie de tercera instancia, por entero inadmisibile.**

En aquél marco fáctico, jurídico y jurisprudencial la **Sala de Casación Penal se abstendrá de resolver de fondo sobre el recurso de queja**

interpuesto por el defensor y concedido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Cabe preguntar, entonces, en qué queda la apelación instaurada y sustentada, contra la sentencia condenatoria de primer grado?

Como antes se explicó, el Juez competente, esto es, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ya estudió el memorial a través del cual el defensor sustentó la apelación; y consideró que sus planteamientos son genéricos, insustanciales y no cuestionan los argumentos estructurales de la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Veintisiete Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá.

Se recuerda que, por vía de principio, las decisiones que adopta el Juez de segunda instancia y que están relacionadas con el objeto de la apelación, no son susceptibles de recursos ordinarios (reposición ni apelación).

En cambio, otras determinaciones de segunda instancia que no se relacionen con el objeto de la apelación son susceptible del recurso de reposición, únicamente.

No debe interpretarse literalmente el artículo 176 de la Ley 906 de 2004, en tanto dispone que la “*apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias*”.

Una hermenéutica compatible con la racionalidad práctica y la lógica procesal, permite inferir que la apelación a que se refiere dicha norma dice relación con los autos adoptados en trámites de primera instancia; no en única, ni en segunda ni en sede de casación.

En el similar sentido, vale decir, en cuanto a que no se tornan de primera instancia las decisiones accidentales que profiere el funcionario que conoce del asunto como superior funcional en ejercicio de la segunda instancia, y que por lo tanto aquellas decisiones accidentales no son susceptibles del recurso de apelación, se pronunció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en auto del 4 de marzo de 2009 (radicación 30854)

[...] Como se observa, aún cuando la mencionada línea jurisprudencial fue trazada frente a asuntos tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, cobra validez también respecto del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio estatuido con la

Ley 906 de 2004, toda vez que la situación jurídico procesal es idéntica.

Con todo, los funcionarios judiciales encargados funcionalmente de conocer el recurso de apelación deben adoptar una actitud proactiva, tendiente a que se materialice en la medida de lo posible el derecho fundamental a la controversia en segunda instancia de las decisiones que afectan a los intervinientes dentro del proceso penal.

Se evita, de ese modo, incurrir en impropiedades como la generada en el presente asunto, donde el Ad-quem terminó por conceder un recurso de queja, a pesar de ser improcedente.

En el anterior contexto, **por excepción**, con el fin de aproximarse de la manera más razonable posible a la garantía del principio de doble instancia, se **devolverá** el expediente a la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior [...], para que adopte las determinaciones a que haya lugar (por ejemplo, dejar sin efectos la notificación), de manera que permita a los interesados, en especial, a la defensa, **interponer el recurso de reposición, contra el auto** de 9 de octubre de 2018, **mediante el cual negó el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

