

2021

REPÚBLICA
DE
COLOMBIA
RAMA
JUDICIAL



TRIBUNAL
SUPERIOR DE
BOGOTÁ
SALA PENAL
RELATORÍA
BOLETÍN NO. 2

JULIO DE 2021

MAGISTRADOS

MARIO CORTÉS MAHECHA
RAMIRO RIAÑO RIAÑO

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-penal/121>



PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Su concurrencia, sólo se configura cuando el juez desatiende el núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes comunicados al acusado o, en otras palabras, si éstos sufren una modificación sustancial.

... En tal virtud, para los fines propios de la adecuación de la conducta en el tipo penal en mención resulta indiferente si el móvil es de referencia Y2 ó P9 e, incluso, si es Huawei o de otra marca.

Rad. 110016000013201808463

(08-06-2021)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

1. ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía en contra de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020,

mediante la cual el Juzgado Quince Penal Municipal de esta ciudad absolió a Dídier Andrés López Parra respecto del delito de hurto agravado, tentado y atenuado.

HECHOS

Según los términos de la acusación, el 17 de junio de 2018, a las 5:55 de la tarde, mientras Julián David Castellanos Galván se movilizaba en un bus de Transmilenio con destino a la estación de la Hortúa, Dídier Andrés López Parra le sustrajo el celular del bolsillo, notando la conducta delictiva cuando éste lo guardaba en la pretina de su pantalón, ante lo cual le requirió sin éxito su devolución, frente a cuya negativa dio aviso a miembros de la policía que abordaron el articulado en la estación Antonio Nariño, quienes lo sometieron a registro personal y, en efecto, le encontraron el aparato objeto de latrocinio, procediendo entonces a su captura.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de junio de 20181 el Juzgado Cuarenta y nueve Penal Municipal legalizó la captura de López

Parra, luego de lo cual la Fiscalía le imputó el delito de hurto agravado, tentado y atenuado, de conformidad con los artículos 239, inciso 2º, 241, numerales 10 y 11, y 268 del Código Penal. No se le impuso medida de aseguramiento.

Radicado el escrito de acusación el 11 de septiembre del mismo año2, su trámite correspondió al Juzgado Quince Penal Municipal3, que realizó la respectiva audiencia el 4 de abril de 20194.

Luego celebró la preparatoria5 y el juicio oral, a cuyo término, después de presentarse los alegatos de conclusión, manifestó que el sentido del fallo sería absolutorio. Posteriormente, emitió la sentencia respectiva, objeto de apelación por la Fiscalía.

(...)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Conviene recordar que el principio de congruencia se encuentra previsto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

"El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena".

Como se observa, la congruencia enlaza los hechos y la calificación jurídica fijados en la acusación con los que el juez, finalizado el debate probatorio, da por establecidos. Como de tiempo atrás lo ha señalado la Sala de Casación Penal, esos aspectos:

"[A]luden a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación, la intervención del delegado de la Fiscalía durante la etapa del juicio y la sentencia (...)8.

Por eso mismo, el axioma analizado opera en los niveles fáctico, jurídico y personal, lo cual significa la concordancia entre fallo y acusación, en principio, respecto a la identificación del condenado, la descripción de los hechos jurídicamente relevantes y su denominación jurídica.

En ese contexto, la descripción fáctica o hechos jurídicamente relevantes, según la nominación de la Ley 906 de 2004, no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, esto es, desde la formulación de imputación hasta la sentencia ejecutoriada⁹. (Subrayado fuera del texto original).

Conforme a los anteriores parámetros, el núcleo fáctico de la acusación debe conservarse invariable durante todo el proceso, por manera que el juez, aun cuando puede variar la calificación jurídica dada a los mismos en beneficio del procesado, le está vedado deducir la responsabilidad penal del acusado a partir de hechos que no consten en la formulación de imputación. En ese sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia "ha hecho énfasis en el principio de coherencia a fin que a lo largo del diligenciamiento se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, estándole vedado al ente investigador adicionar gradualmente hechos nuevos"¹⁰.

En consecuencia, lo relevante, cuando se trata de determinar si se respetó el principio de congruencia, es verificar que los hechos declarados probados en la sentencia corresponden con los comunicados al procesado en las audiencias de formulación de imputación y acusación.

En el presente caso, en la primera de esas audiencias, se le atribuyó a Dílder Andrés López Parra sustraer a Julián David Castellanos Galván el 17 de junio de 2018, a las 5:55 de la tarde, mientras se movilizaban en un bus de Transmilenio, el celular que llevaba en uno de los bolsillos de su pantalón,

móvil que en esa vista pública se identificó como de marca Huawei y de color negro y cuyo valor se tasó en \$720.000. Durante la audiencia de acusación, por su parte, se mantuvo incólume la anterior situación fáctica y sólo se aclaró que la referencia del teléfono es Y2.

Según el a quo, si declara probado lo expresado por la víctima en el juicio oral, quien señaló allí que si bien se trata de un celular marca Huawei, la referencia del mismo es P9 Lite, vulnera el principio de congruencia, porque en el acto complejo de la acusación, recállcase, se expresó que la referencia es Y2.

Como se anotó, la concurrencia del referido axioma, en su arista fáctica, sólo se configura cuando el juez desatiende el núcleo esencial de los hechos jurídicamente relevantes comunicados al acusado o, en otras palabras, si éstos sufren una modificación sustancial.

De esa condición, sin embargo, adolece la característica referida por el fallador de primera instancia. Como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por hechos jurídicamente relevantes se entienden aquellos que "corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales"¹¹ y

deben contemplar, entre otros aspectos, "las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon" la conducta atribuida¹².

Conforme quedó visto atrás, al procesado se le atribuyó sustraerle el celular a Castellanos Galván de uno de sus bolsillos el 17 de junio de 2018 cuando éste se desplazaba en un bus de Transmilenio hacia la estación de la Hortúa. De esa forma, la Fiscalía delimitó las circunstancias de tiempo (el 17 de junio de 2018, a las 5:55 p.m., de modo (mediante la sustracción de un celular del bolsillo de la víctima) y de lugar (dentro de un Transmilenio cuando la víctima se dirigía hacia la estación de la Hortúa).

Dicho supuesto fáctico, sin duda, se acomoda en el tipo penal previsto en el artículo 239 del Código Penal, acorde con el cual incurre en el delito de hurto quien "se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro", pues el celular reviste esa naturaleza (cosa mueble), el mismo no le pertenecía al acusado y su apoderamiento buscaba, ello resulta incuestionable, incrementar el patrimonio de éste.

(...)

Así las cosas, erró el a quo al considerar como motivo impeditivo para dictar sentencia

condonatoria la especulativa transgresión al principio de congruencia.

Desde el inicio de su declaración el perjudicado manifestó no recordar con precisión lo acontecido el 17 de junio de 2018. No obstante y a pesar de que la Fiscalía, incompresiblemente se abstuvo de ponerle de presente la denuncia para refrescarle la memoria, narró de manera clara y detallada cómo ese día se movilizaba desde el Hospital de Engativá hacia el Hospital de la Misericordia, donde en un bus de Transmilenio y entre las calles primera y sexta, sin recordar exactamente el lugar, sintió cómo le sustrajeron su teléfono Huawei P9 Lite del bolsillo del pantalón que vestía, observando que quien desplegó el acto de apoderamiento corresponde al aquí acusado, de quien luego supo, concretamente en la estación de Policía, que se llama Díder, siendo éste sometido a registro personal por uniformados de esa institución y detenido al serle hallado el teléfono de su propiedad.

(...)

La veracidad de la comentada prueba testimonial no se resquebraja por las imprecisiones inanes que se advierten en su versión, como lo pretende la defensa equivocadamente. Dado el tiempo transcurrido entre los hechos y la realización del

juicio (más de dos años), es normal que el declarante incurriera en confusiones en relación con aspectos intrascendentes, como manifestar que el acusado tiene un tatuaje en el brazo derecho cuando en realidad es en el izquierdo o mencionar una referencia de celular distinta a la contemplada en el escrito de acusación o no recordar exactamente la estación de Transmilenio que recorría el articulado al momento del hurto.

En virtud de estas consideraciones, la Sala revocará la sentencia absolutoria dictada en favor de Didier Andrés López Parra y, su lugar, lo condenará como autor del delito de hurto agravado, tentado y atenuado.

**PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:
ausencia de intervención del imputado en el
hecho investigado**

**... La afirmada imposibilidad de presentarse
concurso entre los delitos objeto de
acusación tampoco conduce a predicar la
inexistencia de los hechos.**

Rad. 110016000098201300136

(13-05-2021)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y el defensor de Eduardo José Benavides Rueda contra la providencia del 5 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado

Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad negó la preclusión solicitada por el ente acusador y coadyuvada por la defensa.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 5 de febrero de 2016 la Fiscalía formuló imputación a Benavides Rueda, por los delitos de peculado por apropiación e interés indebido en la celebración de contratos, ambos en condición de interveniente.
2. El 27 de abril siguiente el ente investigador presentó el respectivo escrito de acusación, cuyo trámite le correspondió al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito, despacho que en su momento llevó a cabo la respectiva audiencia de formulación, así como la preparatoria.
3. El 11 de noviembre de 2018, fecha fijada para la iniciación del juicio oral, el delegado de la Fiscalía solicitó la preclusión de la actuación, invocando para el efecto la causal 1^a del artículo 332 de la Ley 906 de 2004. Sustentada la petición, la defensa la coadyuvó y pidió decretarla con base en la causal 3^a del mismo precepto.
4. En sesión del 5 de febrero de 2021 el juez negó la solicitud y contra esa providencia tanto el ente

acusador como el representante del procesado interpusieron el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Debe empezar la Sala por referirse acerca de la irregularidad denunciada por el defensor del procesado, quien sostiene que la Fiscalía no consignó en las audiencias de imputación y de acusación los hechos jurídicamente relevantes.

El precitado recurrente, es de advertir, no le planteó ese aspecto al a quo y éste, como era de esperarse, no se pronunció sobre el mismo. Es más, tampoco aquél pretende del Tribunal obtener decisión invalidatoria, sino que dijo preferir la preclusión, porque, según sus propios términos, la nulidad implica "prolongar la angustia del procesado y demandar gastos y erogaciones para sostener un proceso que no tiene sentido".

Lo anterior le impediría a la Sala estudiar el referido asunto, pues de hacerlo vulneraría el principio de la doble instancia. No obstante, como lo propuesto apunta a poner de presente que la alegada irregularidad genera la ineficacia del trámite procesal, la Sala entrará a examinar lo pertinente, atendido que los jueces, incluso quien actúa en sede de segunda instancia, están facultados para decretar la nulidad de lo actuado

en forma oficiosa, cuando quiera que se evidencie causal de esa naturaleza.

Al respecto, es imperioso señalar que aun cuando el juicio de imputación es del resorte exclusivo de la Fiscalía y no está, por ende, sometido "a control material por parte de los jueces"¹, esa prohibición, sin embargo, no los exime de velar porque dicho acto de comunicación reúna los requisitos formales previstos en la ley y, en ese sentido, la alta Corporación en cita ha sostenido que cuando "no contiene una relación adecuada de los hechos jurídicamente relevantes, se afecta la estructura misma del debido proceso y ello conduce a su nulidad".

(...)

En esencia, en el acto complejo de la acusación se consignó el mismo supuesto episódico, sin que se observe la existencia de incongruencia con la imputación, como lo insinúa el fiscal recurrente de manera, por demás, inmotivada.

Es de anotar que en audiencia de formulación de los cargos, incluso, se incorporaron las aclaraciones que la Fiscalía presentó en respuesta a las observaciones que en su momento formuló la defensa, siendo, por tanto, imperioso rechazar la afirmación de los recurrentes encaminada a dejar

entrever que dicho organismo omitió pronunciarse sobre éstas. En dichas aclaraciones, es de advertir, el delegado del órgano persecutor, entre otros aspectos, precisó lo relacionado con la cuantía del peculado e hizo énfasis en que la designación de Mutis Perdomo la realizó el subdirector de bienes de la DNE con base en hoja de vida propuesta por Albornoz Guerrero.

Si los hechos jurídicamente relevantes, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, "corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales"³, no hay duda que en la referida relación fáctica quedaron comprendidos los elementos típicos de los delitos objeto de imputación y acusación.

(...)

2. El parágrafo del artículo 332 de la Ley 906 de 2004 autoriza solicitar la preclusión de la actuación en la etapa de juzgamiento, pero únicamente por las causales 1^a y 3^a allí previstas, esto es, en su orden, "imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal" e "inexistencia del hecho investigado".

La primera de esas causales, como con acierto lo señaló el a quo, se refieren a los motivos de extinción de la pena enunciados en el artículo 82

del Código Penal, los cuales se caracterizan por su estirpe objetiva, es decir, que no requieren elaboradas valoraciones probatorias para evidenciarlos. En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-920 de 2007 cuando expresó: "*De otra parte, durante la fase de juzgamiento, tal como lo prevé el parágrafo acusado, el legislador limitó a dos, los motivos que, por hechos sobrevivientes, pueden ser invocados por el fiscal, el ministerio público y la defensa para solicitar la preclusión durante el juzgamiento. Ellas se reducen a: (i) la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal; y (ii) la inexistencia del hecho investigado. La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviviente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querella respecto*

de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad".

(...)

Lo inadmisible es invocar la aplicación de la causal 1^a de preclusión, aduciendo que el sujeto pasivo de la acción penal no intervino en la comisión del delito, porque ello implica abordar el análisis integral de los elementos probatorios anunciados por la Fiscalía en la acusación y ese tipo de valoraciones, una vez se presenta dicho acto de comunicación, solamente puede efectuarse al momento de emitirse el respectivo fallo y con sustento en las pruebas recaudadas en el juicio oral de manera pública, con sujeción a los principios de confrontación y contradicción y con inmediación del juez.

La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado e, incluso, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, situación esta última que, al parecer, llevó en últimas a la Fiscalía a demandar la preclusión en el presente evento, constituyen motivos que desbordan por completo los confines de la causal 1^a y se ubican, sin discusión, en las 5^a y 6^a, pero a ellas no puede acudirse en la fase de juzgamiento, como

perentoriamente lo establece el parágrafo del artículo 332 arriba citado.

Al respecto, es del caso acotar que, conforme lo tiene expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la causal invocada por el interesado no determina el estudio de la petición de preclusión sino los argumentos expuestos para sustentarla. En efecto:

"Valga anotar que en este caso era irrelevante el ropaje jurídico que el solicitante pretendió darle a su pretensión, porque aunque insistió en que estaba alegando la causal de preclusión prevista en el numeral tercero, materialmente sus argumentos estaban orientados, sin duda, a cuestionar la tipicidad de la conducta endilgada a los procesados, lo que se ajusta a la causal de preclusión prevista en el numeral cuarto del artículo 332".

(...)

En otras palabras, mientras en la primera de esas causales el hecho no tuvo ocurrencia, en las otras sí, aun cuando en la segunda la conducta no se adecúa en ningún tipo penal, en tanto en la tercera sí, sólo que el imputado no intervino en su ejecución.

Resta acotar que, como quedó visto en el apartado precedente, no es cierto que la Fiscalía no haya reseñado los hechos jurídicamente relevantes. Si esto es así, resulta infundado pretender obtener la preclusión, argumentando que la ausencia de los mismos implica la inexistencia de los hechos, según así lo sostiene la defensa. Por lo demás, lo primero no lleva necesariamente a lo segundo, pues es posible que éstos sí existan, sólo que no se precisaron adecuadamente en la imputación. Si eso ocurre, la solución no es la preclusión sino la nulidad, pero a ese remedio procesal no hay lugar a acudir aquí, pues tal anomalía, se reitera, no se estructuró.

IMPROBACIÓN DE PREACUERDO: cambio de la calificación jurídica contenida en el preacuerdo.

... Es perfectamente válido, por tanto, el preacuerdo cuyo beneficio se deduzca razonablemente de los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía como soporte del mismo.

Rad. 110016000028201802484

(14-05-2021)

Magistrado Ponente:

MARIO CORTÉS MAHECHA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía y la defensa contra la decisión del 4 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Doce Penal del Circuito de esta

ciudad improbó el preacuerdo suscrito por la delegada del ente acusador y el procesado Brayan Estibel Lozano Ascencio.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El 10 de septiembre de 2020 la Fiscalía formuló imputación al antes mencionado por el delito de homicidiogravado, con la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 10 del artículo 58 del Código Penal.
2. Luego de presentarse el escrito de acusación, el Juzgado Doce Penal del Circuito llevó a cabo el 7 de octubre siguiente la respectiva audiencia de formulación.

El fundamento fáctico de los cargos se hace consistir en que en horas de la noche del 1º de septiembre de 2018 Lozano Ascencio, junto con dos hermanos suyos menores de edad, atacaron con machetes a Maicol Javier Bernal Pinzón cuando éste discutía con su pareja sentimental de nombre Angie Tatiana Díaz Ascencio, hermana de los agresores. La víctima murió cuando recibía atención médica en un centro asistencial.

3. Realizada la audiencia preparatoria, el funcionario de conocimiento fijó fecha para celebrar el juicio oral, pero el día programado para el efecto la Fiscalía presentó preacuerdo suscrito con el procesado, en virtud del cual éste aceptó la responsabilidad a cambio de reconocérsele la atenuante de la ira e intenso dolor y de imponérsele la pena de 130 meses de prisión.

4. En la decisión objeto de la apelación el a quo improbó el convenio, providencia recurrida por la propia Fiscalía y el defensor del acusado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. La Sala no declarará desierto el recurso presentado por la Fiscalía, como lo sugiere el representante de algunas de las víctimas, pues no es verdad que dicho impugnante no haya concretado "el punto" sobre el cual basó su inconformidad.

El delegado del ente acusador claramente se opuso a la decisión del juez de improbar el preacuerdo y ofreció los motivos de su criterio que se oponen, diametralmente, a los expresados por el funcionario judicial. Es así como le cuestionó exigir plena certeza para reconocer, por vía de

preacuerdo, la atenuante de la ira e intenso dolor y controvirtió cada uno de los argumentos expuestos por el a quo para concluir acerca de la ilegalidad del preacuerdo.

Por tanto, sí sustentó adecuadamente la apelación, carga procesal que, por lo demás, también cumplió la defensa.

2. Es cierto que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia, expresada con fundamento en los precedentes de la Corte Constitucional, se orienta a repudiar la celebración de preacuerdos en donde se pacten la concesión de beneficios que impliquen rebajas de pena desproporcionadas, si para ello se varía la calificación jurídica contemplada en la imputación o en la acusación. Sin embargo, el criterio expuesto en ese sentido por las altas Corporaciones en cita aplica exclusivamente cuando el beneficio convenido no tiene base fáctica, ya sea porque de ninguna manera se extrae de los hechos contemplados tanto en la imputación como en la acusación o porque los elementos materiales probatorios recaudados por la Fiscalía antes del juicio oral o aquellos recopilados por la defensa y que se los comparte al ente investigador, en modo alguno, respaldan el otorgamiento de la respectiva prerrogativa. Así se deriva claramente del

siguiente pasaje de la sentencia invocada por el a quo:

"En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación², la Sala considera que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico permite concluir que esta forma de acuerdos (cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a disminuir la pena) no tiene aparejado un poder ilimitado para conceder beneficios, al punto que los mismos puedan consistir en la supresión de prácticamente la totalidad de la pena procedente frente a los hechos jurídicamente relevantes."

Criterio que lo ratificó más adelante en esa misma decisión cuando concluyó:

"En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa".

Precisamente, para determinar el límite de los beneficios en tales casos es que la Corte Suprema de Justicia, en el mencionado fallo, habló de la necesidad de ponderar aquellos aspectos a los

cuales hizo referencia el juez de primera instancia. Dicha Colegiatura, en efecto, expresó:

"En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes".

(...)

Olvida que para ese efecto, cuando se trata de preacuerdos, basta con la verificación de la existencia de *"un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su*

tipicidad". Al respecto, en la propia sentencia del 24 de junio de 2020 la Corte señaló

"Lo que sí es claro es que en uno y otro evento (trámite ordinario y condena anticipada) las constataciones que deben realizar los jueces varían sustancialmente, pues, a manera de ejemplo, mientras en el primero impera el estándar de convencimiento más allá de duda razonable, en el segundo se debe verificar la existencia de "un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad", como lo dispone el artículo 327".

(...)

El móvil del quehacer delincuencial se termina de inferir con las entrevistas de la propia Díaz Ascencio y de Jéssica Alejandra Lozano Ascencio, también hermana del acusado, pues ellas manifestaron que, justamente, el ataque obedeció a la ira que le surgió al aludido por el maltrato al cual Bernal Pinzón sometía reiteradamente a la consanguínea de aquél, cuya agresión extendió a la misma Lozano Ascencio en alguna ocasión por salir en defensa de Angie Tatiana Díaz.

Independientemente de que en las citadas entrevistas las dos mujeres hubiesen tratado

también de ubicar a sus carnales al margen del acaecer delincuencial, lo cual resulta apenas explicable en virtud de ese vínculo de parentesco, sus afirmaciones referentes al motivo detonante de la acción del acusado son suficientes para predicar la existencia de ese mínimo de prueba exigido por la ley, máxime cuando esa razón también emerge de las entrevistas rendidas por Jhon Jairo Beltrán Oñate y por la misma progenitora de la víctima, quienes dieron cuenta, como lo admitió el juzgador de primera instancia, acerca de las malas relaciones entre el agresor y el perfecto, generadas por el trato indebido que éste le dispensaba a su compañera permanente, al punto que, según Beltrán Oñate, ya lo había amenazado al anunciarle que "*si le volvía a pegar a la hermana lo iba a fregar*"⁵.

Significa lo expuesto que el cambio de la calificación jurídica contenido en el preacuerdo, al reconocerse allí la atenuante de la ira e intenso dolor como único beneficio a otorgar por la aceptación de la responsabilidad, ostenta suficiente base fáctica en este caso, luego no resultaban aplicables aquí, para suscribirse la negociación, cumplirse las exigencias contempladas en la jurisprudencia invocada en la providencia apelada.

En tales condiciones, no le asistió razón al juez de primera instancia cuando improbó el convenio. Su decisión, por tanto, deberá revocarse, lo cual implica ordenarle proceda a dictar el respectivo fallo, obviamente, de cumplirse los demás presupuestos requeridos por la ley para el efecto.

**PLENA IDENTIFICACIÓN DEL PROCESADO –
No es tema de prueba, porque el debate en
torno a ese tópico se agota desde la
imputación.**

**En este punto se aclara que pretender que la
identificación de la procesada se acredeite
únicamente con el aporte de una tarjeta
decadactilar no se acompasa con el principio
de libertad probatoria consignado en el
artículo 373 de la Ley 906 de 2004...**

Rad. 11001600001720181244101

(13-05-2021)

Magistrado Ponente:

RAMIRO RIAÑO RIAÑO

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a Oriana Tairuma Hernández Escalona como autora del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El 29 de agosto de 2018, en el aeroporto internacional El Dorado de Bogotá, aproximadamente a las 19:00 horas, la ciudadana venezolana Oriana Tairuma Hernández Escalona, quien pretendía abordar el vuelo AV10 de la aerolínea Avianca, con destino a Madrid (España), fue perfilada por la Policía Nacional para realizarle una inspección, debido a su actitud nerviosa.

Sometida la prenombrada ciudadana al escáner de rayos X no se advirtió nada sospechoso; sin embargo, al revisar su equipaje (maleta tipo bolso color rosado claro con figuras y sin marca) y efectuar el procedimiento de perforación mediante punzón metálico en sus paredes, se encontró sustancia pulverulenta color blanco (en cantidad de 606,1 gramos), la cual dio positivo para cocaína

en el Narcotest aplicado. En consecuencia, la prenombrada fue capturada y tanto la sustancia como los objetos de la pasajera (pasabordo, tiquete electrónico y un celular) incautados.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 Mediante la sentencia de la fecha referida, el Juzgado 54 Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad condenó a Oriana Tairuma Hernández Escalona a la pena principal de 96 meses de prisión, multa de 124 s.m.m.l.m.v y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción de prisión , como autora responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. También le negó la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, además, compulsó copias para que se le investigue por la presunta comisión del delito de fuga de presos. Como fundamentos de su decisión expuso lo siguiente:

(...)

4.3 En cuanto al tipo subjetivo, dijo el juez que las pruebas practicadas en juicio sugieren la intención inequívoca de la procesada de llevar consigo la

sustancia ilícita y sacarla del país con destino a Madrid para su comercialización o distribución, pues la forma en que la tenía mimetizada en su maleta de mano indica la finalidad de pasar desapercibida y descarta que fuese para consumo propio.

4.4. Afirmó antijurídico el comportamiento porque al llevar consigo una cantidad exorbitante de una sustancia ilícita, puso en peligro la salud pública, el orden económico y social y los recursos naturales al fomentar la drogadicción de personas, la destrucción del medio ambiente y la alteración del orden económico.

Igualmente, aseveró que la conducta punible fue cometida con culpabilidad porque la acusada conocía la antijuridicidad de su actuar y estaba en posibilidad de ejecutar un comportamiento ajustado a la legalidad, pero dirigió su acción al quebrantamiento de la norma penal.

En ese orden encontró a Oriana Tairuma Hernández Escalona penalmente responsable del punible atribuido por la Fiscalía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

6.2 El problema jurídico se contrae a determinar si a través de las pruebas practicadas en juicio oral, se probó más allá de toda duda que Oriana Tairuma Hernández Escalona es autora penalmente responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

(...)

6.4 El caso concreto

En los términos en que ha sido planteada la apelación, tenemos que se discute: (i) primero, la ocurrencia de una posible nulidad. Aunque la defensa no lo planteó de forma expresa, al sugerir que la actuación penal se habría adelantado a espaldas del enteramiento de la acusada por un error en su dirección de notificación, da a entender la existencia de una irregularidad eventualmente constitutiva de una nulidad por violación al debido proceso. (ii) en segundo lugar, para el defensor no está plenamente identificada la persona procesada, de ahí que no puede atribuirse responsabilidad penal alguna en los hechos enrostrados por la Fiscalía. En ese orden

atenderá el Tribunal los cuestionamientos de la alzada.

6.4.1 En cuanto a la indebida citación de la acusada a las diferentes audiencias, tenemos que el apelante cifra ese reproche en que en el escrito de acusación habría quedado consignado como lugar de residencia de la procesada una dirección en Venezuela, la Av. Sucre San Nicolás, Casa 8, La pastora de la ciudad de Caracas, particularidad que nunca fue esclarecida por la Fiscalía.

Al respecto, se constata que en efecto en el escrito de acusación quedó consignado como lugar de residencia de la acusada la dirección mencionada en Caracas (Venezuela), pese a que desde las audiencias preliminares cuando le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad en el domicilio quedó claro que la misma se cumpliría en un inmueble ubicado en Colombia: la carrera 3^a No.1-116 cas 10 del barrio La Balsa en Chía (Cundinamarca).

(...)

6.4.2 Frente a la controversia entorno a la identificación de la procesada y a que sea la misma que fue capturada por los hechos que ocupan a este proceso, dice en el defensor que no hay

certeza de esos aspectos porque en juicio solo se aportaron fotocopias para acreditarlos más un testimonio de un policía que dedujo la nacionalidad de la persona que capturó por su acento.

6.4.2.1 Pues bien, en relación con la identificación del procesado ha dicho la jurisprudencia que el artículo 128 del CPP impone a la Fiscalía la obligación de identificar e individualizar correctamente al imputado, lo cual debe cumplir desde que inicia la investigación, pues solo una vez satisfecho ese presupuesto puede empezar el proceso penal con la correspondiente formulación de imputación:

Si bien es cierto que el artículo 128 del Código de Procedimiento Penal del 2004 consagra la obligación para la Fiscalía de "verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales", también lo es que dicha exigencia debe cumplirla desde que inicia investigación.

Lo anterior, porque sólo una vez obtenida la debida individualización o identificación del indiciado, puede acudir ante el juez de control de garantías para proponer la realización de algunas audiencias preliminares que así lo demandan.

Una de ellas es la de formulación de imputación, regulada en los artículos 286 y ss. de la Ley 906 de 2004, y que en su artículo 288 exige directamente al fiscal que exprese oralmente la "individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones".

Lo dicho quiere significar que un presupuesto ineludible para llevar a cabo la diligencia previa de imputación, es que el investigado esté debidamente individualizado e identificado, pues, en caso contrario, el acto en mención no podría llevarse a cabo, ni mucho menos ser avalado por parte del juez de control de garantías. (CSJ. AP 2140 de 2015)

Por tanto, la jurisprudencia ha concluido que la identificación o individualización del procesado no son tema de prueba. (CSJ. SP 836 de 2019), porque el debate en torno a ese tópico se agota desde la imputación.

(...)

Aunque el defensor critica ese documento porque es copia simple no lo hizo así al momento de su introducción a juicio de manera que aceptó que el debate probatorio se efectuara sobre aquel en ese

estado. Al punto interesa relevar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

En un sistema adversarial, cuando ha mediado un proceso de descubrimiento probatorio normal, de modo que la parte contra la cual se aduce el documento lo conoce con suficiente antelación, el silencio respecto de la presentación de copia en lugar del documento original, puede tomarse como aceptación de la copia del mismo para el trámite procesal (y no necesariamente de su contenido como fuente de verdad). (CSJ. SP del 21 de febrero de 2007. Rad. 25920).

Por demás, deja de lado el recurrente que siendo el pasaporte un documento público, no era necesario introducir el original, según el artículo 434 del CPP, puesto que la regla de mejor evidencia (artículo 433 del CPP) que exige presentar el original de los documentos no se aplica en tratándose, entre otros, de los documentos públicos. En ese mismo sentido, la jurisprudencia ha destacado lo siguiente:

En consecuencia, no se requiere la presentación del texto original, porque se trata de un documento público, cuya autenticidad se presume y está expresamente excluido de la regla de mejor evidencia (art. 433, ídem), porque así lo prevé el artículo 434: "Se exceptúa de lo anterior los

documentos públicos..." (CSJ. SP del 19 de octubre de 2011).

De manera que no hay razón para restar valor sucesorio a la información que sobre la identidad de la persona procesada revela ese documento.

(...)

Ahora, teniendo en cuenta que la finalidad de la acusada era el tráfico o distribución internacional de la sustancia ilícita, emerge claro que lesionó el bien jurídico salud pública, por lo que su comportamiento debe predicarse antijurídico como lo declaró la primera instancia. Así mismo, se advierte que pudiendo actuar conforme al ordenamiento jurídico, Hernández Escalona optó por hacerlo de forma antijurídica, lo que implica que obró con culpabilidad y por eso merece reproche penal. Siendo así, para la Sala la Fiscalía probó más allá de duda razonable la materialidad de la conducta tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (artículo 376 inciso 3º del CP) – verbo rector llevar consigo – y también la responsabilidad penal de Oriana Tairuma Hernández Escalona en su comisión.

6.4.4 En ese orden de ideas como los argumentos expuestos por el recurrente no tienen vocación de

prosperar se impone negar la nulidad sugerida y confirmar la decisión condenatoria de primera instancia.

LEGÍTIMA DEFENSA – Existencia de duda razonable sobre esta.

...si existen dudas sobre la configuración de la legítima defensa, porque la misma se considera como posible, entonces, indefectiblemente, no se tiene el grado de conocimiento necesario sobre el carácter antijurídico del comportamiento desplegado por el procesado y, con ello, no resulta posible emitir una sentencia condenatoria.

Rad. 11001600002820190385701

(10-06-2021)

Magistrado Ponente:

RAMIRO RIAÑO RIAÑO

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020, mediante la cual la Juez Cuarenta y ocho Penal del Circuito de Bogotá condenó a Juan

Diego Botero Gaviria como autor del delito de homicidio.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

El 25 de diciembre de 2019, sobre las 4:30 de la tarde, en la carrera 12 con calle 3 de esta ciudad, Juan Diego Botero Gaviria y Alejandro Rodríguez iniciaron una riña en la que el primero hirió al segundo en la región precordial con un arma cortopunzante, lesión que le provocó la muerte a pesar de la intervención médica.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 El 26 de diciembre de 2019, ante el Juzgado 69 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, la Fiscalía General de la Nación legalizó el procedimiento de captura de Juan Diego Botero Gaviria, a quien inmediatamente después formuló imputación por el delito de homicidio, previsto en el artículo 103 del C.P., en calidad de autor, cargo no aceptado por el imputado.

Ese mismo día, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías impuso al procesado medida de aseguramiento de privación de la libertad en establecimiento carcelario.

14

4. DE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1. Para la juez de primer grado, se probó más allá de toda duda razonable que el 25 de diciembre de 2019, sobre las 4 de la tarde, Juan Diego Botero Gaviria hirió con un arma cortopunzante a Alejandro Rodríguez, causándole la muerte poco después. Soportó tal conclusión en las siguientes consideraciones:

(...)

Adicionalmente, los policiales que acudieron a audiencia –terceros imparciales y ajenos a los hechos- dijeron que vieron solamente a Botero Gaviria portando un arma cortopunzante y aunque el encartado dijo que su contendiente arrojó la navaja que llevaba, los oficiales fueron claros en señalar que en el lugar no se encontró otra arma.

Inclusive, durante el procedimiento que dio lugar a la captura y recolección de evidencia en el lugar de los hechos, el acusado no manifestó que la víctima llevara un arma ni señaló el lugar en el que supuestamente la arrojó.

De esa manera, nada indica que el procesado haya sido objeto de un ataque previo por parte de la víctima, que justificara su actuar en defensa de un derecho propio. Además, el ofendido no se encontraba en igualdad de condiciones, pues no estaba armado, como si su agresor, por lo que es evidente que Botero Gaviria actuó de forma injustificada.

Ni siquiera puede sostenerse la existencia de una duda sobre la configuración de la legítima defensa, pues el examen físico practicado al encartado no dio cuenta de lesiones que respalden su dicho.

Con todo lo anterior, concluyó probada la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

6.3.1 De la legítima defensa.

Para resolver tal asunto, lo primero que debe indicar la Sala es que, según el artículo 9 del Código Penal, para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.

Ahora, en lo que interesa a la presente decisión, advierte el artículo 11 de la Ley 599 de 2000 que, para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Ello quiere decir que no basta con que una conducta se adecue a la descripción típica de un determinado delito para que pueda ser objeto de punición, pues, además, debe haber logrado lesionar o poner en riesgo el bien jurídico protegido por cada tipo penal, sin que medie una justa causa para ello. Y dentro de aquellos eventos en los que puede considerarse presente una justa causa se encuentra el caso de quien obra en legítima defensa, prerrogativa que, valga la aclaración, justifica la lesión de un bien jurídico cuando se obra por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra una agresión injusta, actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión (numeral 6 artículo 32 del C.P.); de manera que, de acuerdo con la norma en cita, de configurarse tal justificante, no habrá lugar a responsabilidad penal.

(...)

6.3.2 De la duda razonable frente a la legítima defensa.

Finalmente, por ser relevante de cara al asunto puesto en consideración de la Sala, conviene señalar que, como es bien sabido, para proferir sentencia condenatoria el juzgador debe alcanzar un grado de conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la materialidad de la conducta y la responsabilidad del procesado. Ahora, para entender este último concepto aplicado al proceso penal y su conclusión por la vía ordinaria, es importante recordar que en el sistema de enjuiciamiento criminal reglado en la Ley 906 de 2004 las partes contienden para probar la explicación o hipótesis que plantean frente a una situación de carácter aparentemente criminal, esto es, su respectiva teoría del caso.

(...)

Como se ve, lo razonable de la duda radica en su carácter de verdaderamente plausible, que necesariamente se encuentra relacionado con que se hayan probado las razones en las cuales se finca la hipótesis alternativa y que estas puedan explicar de manera suficiente una determinada situación. En palabras del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria:

"cuando el ente instructor ha presentado, respecto de una situación fáctica en principio por fuera de lo ordinario o compleja, una explicación razonable, que satisfaga aquellos aspectos anormales o intrincados del fenómeno, y esté apoyada en los medios de prueba que obran en el expediente, la duda o ausencia de certeza jurídica solo procederá cuando la solución alternativa que se brinde logre reunir similar nivel de explicación. Si la hipótesis absolvatoria, en cambio, está soportada en proposiciones que no sugieren respuesta alguna al problema, o que requieren de otras para llegar realmente a una solución, se habrá violado el principio de suficiencia, así como la lógica de lo razonable, si el juez con esas bases adopta una decisión favorable a los intereses del procesado". (Negrillas de la Sala).

Y frente a la duda que pueda presentarse sobre la configuración de la causal de justificación de la legítima defensa, la Corte Suprema de Justicia, en cita de sus propios pronunciamientos anteriores, dejó sentado que:

"Ahora bien: si no se puede dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, según la fórmula legal acogida en los Códigos de 1987, 1991 y

2000, no puede prohijarse la idea de que la duda sobre la antijuridicidad de la conducta es igual a la certeza exigida para condenar. Si la primera se presenta no hay lugar a la segunda y en casos así la ley dispone que la indefinición que produce la duda se resuelva a favor del procesado porque es la única manera de impedir que se condene a un inocente.

El mandato legal de que toda duda se debe resolver a favor del sindicado, en fin, no permite excepción de ningún tipo...".

O lo que es lo mismo: si existen dudas sobre la configuración de la legítima defensa, porque la misma se considera como posible, entonces, indefectiblemente, no se tiene el grado de conocimiento necesario sobre el carácter antijurídico del comportamiento desplegado por el procesado y, con ello, no resulta posible emitir una sentencia condenatoria.

6.4. El caso concreto.

Como se advirtió, la apelante no cuestiona en forma alguna que su prohijado causó la muerte de Alejandro Rodríguez al lesionarlo con un arma cortopunzante, pero sí sostiene que aquel actuó en legítima defensa ante la agresión de este.

(...)

En ese estado de cosas, para la Sala no están suficientemente probados los presupuestos que darían lugar a la configuración de la legítima defensa, tampoco puede afirmarse que exista una duda sobre tal causal de justificación, por las razones que se explican a continuación.

En primer lugar, según se vio, los policiales que capturaron al procesado y asistieron a la víctima no presenciaron los momentos previos a la confrontación entre Juan Diego Botero Gaviria y Alejandro Rodríguez, de manera que la única prueba con la que se cuenta al respecto es el testimonio del propio acusado, quien sostuvo que, luego de recibir un cabezazo y varias amenazas contra su vida por parte del ofendido, a quien vio portando una navaja, decidió tomar un cuchillo que tenía a la mano para defenderse.

(...)

Sobre esto último, ya ha aclarado la Corte Suprema de Justicia que en una riña los intervenientes actúan con la mutua voluntariedad de causarse daño, en tanto que en la legítima defensa se actúa con la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es

decir, no propiciada voluntariamente⁹, lo que hace que quien entra voluntariamente en una contienda no puede alegar después que actuó en legítima defensa.

Y es que, se reitera, si se tiene por probado que el ofendido amenazó a Juan Diego Botero Gaviria con matarlo, la actitud del acusado no puede entenderse de manera distinta a la manifestación de su aceptación consciente y voluntaria de entrar en una pelea, no de otra forma se explica que tomara un cuchillo y se dirigiera al encuentro con Alejandro Rodríguez.

Adicionalmente, contrario a lo afirmado por la apelante, el procesado no fue encontrado a pocos metros del lugar de los hechos, convencido de haber actuado en legítima defensa. De hecho, de acuerdo con lo expuesto por los agentes captores, su actitud fue más la de alguien que ha llevado a cabo un actuar ilegítimo, pues al correr para escapar de las autoridades puso en evidencia sus intenciones de evadir su responsabilidad, comportamiento extraño al de aquel que solo ha acudido a la violencia como medio para defender un derecho propio.

En ese orden de ideas, no existen pruebas suficientes para concluir que el procesado actuó en

legítima defensa o siquiera para dudar que ello haya sido así, pues no se erige en una hipótesis alternativa razonable el que Alejandro Rodríguez haya agredido a Juan Diego Botero Gaviria y lo haya obligado a defenderse por medio de la violencia.

(...)

Con todo lo anterior, al no encontrar vocación de prosperidad en los argumentos de la recurrente, la Sala confirmará la providencia apelada, en todo lo que fue objeto de impugnación, en tanto la prueba demuestra que, lo ocurrido el 25 de diciembre de 2019, fue el homicidio de Alejandro Rodríguez ejecutado con una arma blanca por Juan Diego Botero Gaviria, luego de riña en la que el primero hirió al segundo en la región precordial con un arma cortopunzante, lesión que le provocó la muerte a pesar de la intervención médica para salvar su vida.

INASISTENCIA ALIMENTARIA / SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA
- No se deben tener en cuenta aspectos subjetivos ni la indemnización de perjuicios a la víctima.

...la libertad que supone la suspensión condicional de la ejecución de la pena sirve mejor a ese imperativo, porque posibilita al procesado deudor la consecución de ingresos para solventar la prestación alimentaria

Rad. 11001600005020130428901

(24-05-2021)

Magistrado Ponente:

RAMIRO RIAÑO RIAÑO

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá

condenó a Nancy Johanna Beltrán Urrego como autora responsable del delito de inasistencia alimentaria.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

En Bogotá, la señora Nancy Johanna Beltrán Urrego, progenitora de David Santiago Caviedes Beltrán, nacido el día 9 de noviembre de 2002, incumplió la obligación alimentaria con su descendiente desde septiembre del 2007 hasta el 25 de abril de 2019, período para el cual éste era menor de edad.

El 25 de julio de 2007, en diligencia de conciliación ante la Defensoría de Familia se había fijado una cuota alimentaria a Beltrán Urrego de \$120.000 mensuales, además, debía aportar 3 mudas de ropa completas al año por el mismo valor de aquella cuota; también debía sufragar el 50% de los gastos de salud y educación del menor de edad.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1 El 25 de abril de 2019, en el marco del procedimiento penal abreviado, la Fiscalía corrió traslado del escrito de acusación a la procesada por

el delito de inasistencia alimentaria, conforme el artículo 233 inciso 2º del CP, en calidad de autora.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 Mediante la sentencia de la fecha referida, el Juzgado 23 Penal Municipal de Conocimiento de la ciudad condenó a Nancy Johanna Beltrán Urrego a la pena principal de 32 meses de prisión, multa de 20 s.m.l.m.v y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción de prisión , como autora responsable del delito de inasistencia alimentaria. Como fundamentos de su decisión expuso los siguientes:

(...)

De esa manera para la a quo está acreditado que entre octubre de 2012 y diciembre de 2018, la acusada contó con capacidad económica para cumplir con la cuota alimentaria fijada a favor de su hijo David Santiago, en tanto desempeñó diversos trabajos que le proporcionaron ingresos, pese a lo cual no satisfizo la prestación alimentaria.

Es decir que la sustracción del deber alimentario se produjo por la voluntad de la acusada.

Concluyó que están dados los requisitos para emitir sentencia condenatoria, puesto que está probada más allá de duda razonable tanto la materialidad de la conducta punible (inasistencia alimentaria) como la responsabilidad de la procesada en su comisión voluntaria.

Aclaró que al tratarse de un delito de ejecución permanentemente la determinación asumida solo comprendía el período atribuido por la Fiscalía.

5. DE LA APELACIÓN

5.1 Inconforme con la decisión atrás referida, la defensora la apeló únicamente en lo que respecta a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, precisó que tal como lo reconoció la primera instancia, están reunidos los requisitos para conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, pues no tiene la acusada antecedentes penales y cuenta con arraigo familiar en la calle 26 Sur No.27 -76 de Bogotá, donde reside con su hija de dos años; además, no requiere tratamiento penitenciario al no ser la inasistencia alimentaria un delito atroz.

En segundo lugar, anotó que si bien es cierto se ha dicho que la procesada trabaja por épocas, también lo es que en enero de 2021 fue contratada para laborar en una empresa de vigilancia y es su voluntad ponerse al día con los alimentos del joven David Santiago, lo que no podrá hacer si es privada de su libertad, pues perderá su empleo; de contera ello vulneraría los derechos de su otra hija de apenas dos años de edad.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

6.2 El problema jurídico se contrae a determinar si es procedente, pese a la prohibición legal, conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a Nancy Beltrán Urrego, procesada por el delito de inasistencia alimentaria cometido contra su hijo menor de edad.

6.3 Fundamentos para resolver

La suspensión condicional de la ejecución de la pena

Conforme el artículo 63 del CP, modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, la suspensión

19

condicional de la ejecución de la pena por un período de entre dos a cinco años procede siempre que (i) la pena de prisión impuesta no exceda de cuatro años, (ii) el condenado carezca de antecedentes penales y (iii) no se trate de uno de los delitos enlistados en el artículo 68A del CP, (iv) Pero si la persona tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, para otorgar ese beneficio deberá determinarse que no existe necesidad de la ejecución de la pena, a partir de los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado.

(...)

De otro lado, el artículo 193 numeral 6º del Código de Infancia y Adolescencia dispone que la autoridad judicial se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, niñas o adolescentes sean víctimas de delitos a menos que aparezca probado que fueron indemnizados.

6.4 El caso concreto

En los términos en que ha sido planteada la apelación, tenemos que lo que pretende la apelante es la concesión a la acusada de la suspensión condicional de la ejecución de la pena,

que fue negada por la juez de primera instancia: primero, por prohibición legal del artículo 193 numeral 6º del C.I.A, al procederse acá por un delito contra un menor de edad; segundo, porque no están dados los presupuestos que, según la juez, ha establecido la jurisprudencia para exceptuar la aplicación de esa norma, en tanto ni se han indemnizado los perjuicios ni durante el proceso acreditó la acusada estar pagando de forma puntual la obligación alimentaria.

6.4.1 Pues bien, en efecto, en principio existe fundamento legal para negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena en este caso, porque el delito atribuido a la procesada es el de inasistencia alimentaria cometida contra su hijo menor de edad (artículo 233 inciso 2º del CP), es decir que bajo la previsión del artículo 193 numeral 6º de la Ley 1098 de 2006 antes citado, la autoridad judicial debe abstenerse de conceder tal prerrogativa, especialmente al no estar acreditado que la víctima haya sido indemnizada, condición que impone la norma para inaplicar la prohibición en ella contenida.

Ahora, tal como lo refirió la juez de primera instancia, la jurisprudencia inicialmente consideró que la indemnización a la víctima era un requisito

indispensable para que procediera la suspensión condicional de la Ejecución de la Pena entratándose de delitos contra menores de edad, tal como lo dispone la norma antes mentada, a más de las exigencias del artículo 63 del CP (CSJ. AP 4387 de 2015).

(...)

Luego, ese Alto Tribunal fijó una regla para evaluar la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en casos como los que nos ocupan:

"...en procesos seguidos por el delito de inasistencia alimentaria en donde las víctimas sean menores de edad, la regla para conceder la condena de ejecución condicional no se reduce a verificar simplemente si el procesado indemnizó, pues, de no haberlo hecho, se habrá de examinar si aquél decidió, en el curso del proceso satisfacer cumplidamente con su obligación alimentaria, toda vez que, de ser así, será imperioso analizar la razonabilidad de otorgar ese subrogado para no suprimirle la fuente de ingresos." (CSJ. SP 2163 de 2018).

(...)

Esa postura fue reiterada en decisión posterior, en la que se precisó que en los delitos de inasistencia alimentaria contra menores de edad solo deben verificarse las exigencias del artículo 63 del CP sin tener en cuenta aspectos subjetivos ni la indemnización de perjuicios a la víctima. (CSJ. SP del 3 de junio de 2020. Rad 52.492).

Siendo así, se verifica que la prohibición del artículo 193 numeral 6º de la Ley 1098 de 2006 no es aplicable al delito de inasistencia alimentaria, porque la intención del legislador con aquel *"criterio para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de delitos"*, fue que se tuviera en cuenta en actuaciones seguidas por delitos en extremo graves cometidos contra menores de edad, dentro de los que no cabe aquella conducta punible.

(...)

Además, también razones de orden legal (artículo 8 del C.I.A) e incluso constitucional (artículo 44 de la C.N) desaconsejan aplicar aquella norma de forma textual y como un mandato absoluto. Y es que, de cara al deber de garantizar la satisfacción integral de los derechos prevalentes del los niños, niñas y adolescentes, es inegable que la libertad

que supone la suspensión condicional de la ejecución de la pena sirve mejor a ese imperativo, porque posibilita al procesado deudor la consecución de ingresos para solventar la prestación alimentaria, a parte, también le facilita la interacción con su descendiente víctima, aspecto que hace parte de las prerrogativas de los menores de edad.

6.4.2 Bajo esas circunstancias, al margen de si había indemnizado o no los perjuicios a la víctima y de si durante el proceso penal la acusada exhibió el compromiso de cumplir sus obligaciones alimentarias pagando las que se causaron en el curso de la actuación, lo único que correspondía evaluar a la jueza para determinar la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena eran los requisitos del artículo 63 del CP, sin considerar nada más.

En ese sentido, como en este caso (i) la pena de prisión impuesta de 32 meses, es decir inferior a 4 años; (ii) según dijo la Fiscalía en el traslado del artículo 447 la procesada no cuenta con antecedentes penales; y (iii) la inasistencia alimentaria no está enlistada en el artículo 68A, no cabe duda que es procedente conceder la suspensión condicional a Nancy Johanna Beltrán,

por un período de prueba que se estima debe ser de dos (2) años.

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Presidente

JULIAN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Vicepresidente

JAVIER RICARDO DIAZ GUAMÁN
Relator