

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP337-2019

Radicación N° 49780

Aprobado acta N° 36

Bogotá, D. C., trece (13) febrero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación presentado en nombre de EDYE EYECID PEDRAZA JIMÉNEZ contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), por el cual fue confirmado el proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama que lo condenó como autor responsable del delito de estafa.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En Duitama (Boyacá), Ernesto Antonio Morales Roa acudió al establecimiento *Carritos.com* para comprar un vehículo usado. En ese lugar, según contrato del 25 de agosto de 2008, negoció con EDYE EYECID PEDRAZA JIMÉNEZ un

Renault Symbol, modelo 2003, de placa BTB-671, por \$19'000.000, suma que el primero canceló al segundo en la citada fecha, quien a su vez hizo entrega del rodante a aquél y se comprometió a hacer los trámites de traspaso dentro de los quince días siguientes, puesto que el vehículo no se hallaba a su nombre sino de otra persona.

Una vez vencido el plazo PEDRAZA JIMÉNEZ no cumplió lo ofrecido, por lo que Morales Roa lo buscó en reiteradas fechas con esa finalidad pero aquél siempre le respondió con evasivas, y al contactar a la persona que le fue presentada como dueña del automotor, ésta le informó que PEDRAZA JIMÉNEZ nunca le pagó el valor del rodante.

De manera paralela, ante un juzgado civil de esa ciudad, el 5 de diciembre de 2008 un tercero inició un proceso ejecutivo contra el titular inscrito del automotor, a la sazón, alguien diferente de quien fue presentado al comprador, actuación en la que se dispuso el embargo y secuestro del aludido bien, medida con la que Morales Roa el 2 de junio de 2009 fue definitivamente privado de la posesión del vehículo, pese a que el respectivo proceso civil, con base en petición presentada por el ejecutante el 3 de junio de 2009, terminó por pago total de la obligación¹.

2. Con sujeción a la queja penal instaurada por Ernesto Morales Roa, tras la investigación correspondiente, la Fiscalía General de la Nación el 26 de febrero de 2010 elevó solicitud de audiencia de imputación contra EDYE EYECID PEDRAZA JIMÉNEZ, la cual, tras varios aplazamientos deprecados por éste o su defensor, se llevó a cabo el 9 de julio de 2013, diligencia en

¹ Hechos reconstruidos con base en la acusación y los fallos de primero y segundo grado.

la que el instructor le atribuyó el delito de estafa descrito en el artículo 246 del Código Penal, al cual no se allanó el indiciado².

3. Por los referidos hechos y la señalada conducta punible el siguiente 9 de agosto el ente investigador presentó escrito de acusación contra PEDRAZA JIMÉNEZ, cuya formalización ocurrió el 30 de octubre de 2013 en audiencia oficiada en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Duitama, en el que se llevaron a cabo el 4 de junio de 2014 y el 24 de agosto de 2015 las respectivas audiencias preparatoria y de juzgamiento (aplazadas cada una en diversas oportunidades a solicitud del defensor de turno) y, en armonía con el anuncio del sentido del fallo, el 28 de octubre de 2015 el titular del citado despacho declaró al procesado autor penalmente responsable del delito endilgado.

En tal virtud, le impuso las penas principales de treinta y dos (32) meses de prisión y multa en cuantía equivalente a sesenta y siete (67) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la accesoria de ley por el mismo lapso de la privativa de la libertad, y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la condena al considerar no satisfecho el requisito subjetivo, debido a las “*anotaciones*” que registraba el acusado por similares investigaciones penales³.

4. Del expresado fallo apeló la asistencia técnica del acusado y la impugnación fue resuelta el 19 de octubre de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el sentido de impartir confirmación integral a la decisión atacada, sentencia de segunda instancia contra la cual la misma parte interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación⁴; demanda que esta

² Carpeta principal, folios 1-24.

³ Carpeta principal, folios 25-29, 38, 39, 53-55, 174-176 y 178-189.

⁴ Carpeta principal, folios 192-197. Cuaderno del Tribunal, folios 17-36 y 41-48.

Corporación, con pronunciamiento del pasado 25 de julio de 2018, únicamente encontró ajustado a derecho el reproche expuesto con relación a la negación de la condena de ejecución condicional⁵.

SUSTENTACIÓN DE LA DEMANDA

5. En la exposición oral, la recurrente sustentó su inconformidad en la causal prevista en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por cuanto los juzgadores de primero y segundo grado dejaron de aplicar el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, negándole al acusado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, a pesar de estar reunidas las exigencias para su otorgamiento, norma que, asegura, no fue tomada en cuenta, en abierto desconocimiento del principio de favorabilidad, por lo que solicitó casar parcialmente la sentencia y en su lugar otorgar tal beneficio.

6. Con idénticos argumentos las representantes del ente acusador y del Ministerio Público pidieron casar parcialmente la sentencia y conceder al procesado la suspensión de la ejecución de la pena.

CONSIDERACIONES

7. A efectos de resolver el problema jurídico que se plantea, esta Sala se referirá a: *i)* la fecha en que ocurrieron los

⁵ Cuaderno del Tribunal, folios 41-48. Cuaderno de la Corte, folios 6-17.

hechos y se emitieron las sentencias de primer y segundo grado; *ii*) el momento en que entró en vigencia la Ley 1709 de 2014; y *iii*) si esa disposición era aplicable o no al caso concreto.

Así, conforme con la actuación se tiene que a EDYE EYESID PEDRAZA JIMÉNEZ 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 que en su artículo 29 señala:

«Artículo 29. Modifícase el artículo 63 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 63. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un periodo de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 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.*
- 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena (...).*

Ahora bien, 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 *eiusdem*, 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 PEDRAZA JIMÉNEZ no registraba antecedentes penales, sí existían anotaciones en su contra que le impedían hacerse acreedor del subrogado en mención. Se cita la parte pertinente:

«[A] pesar que el procesado no registra antecedentes penales vigentes, lo cierto es que sí registra varias anotaciones en su contra por hechos similares a los que aquí se analizaron (...). Aspectos suficientes para inferir que estamos frente a un sujeto que con su comportamiento demuestra su proclividad hacia el desconocimiento de las normas mínimas de conducta, moral y buenas costumbres (...)»⁶.

En igual sentido se pronunció el Ad quem al señalar que el procesado *«si bien no registra antecedentes penales, sí cuenta con diversas anotaciones que permiten evaluar su*

⁶ Cuaderno de Primera Instancia, folio 10.

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.⁷»

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.

⁷ Cuaderno del Tribunal, folio 18.

Al respecto, en la sentencia CSJ SP2706-2018 se indicó:

[E]l artículo 63 de Estatuto Punitivo, modificado por el 29 de la Ley 1709 de 2014, exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. «Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años». **Factor objetivo que se satisface en este asunto.**

2. «Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2.º del artículo 68 A 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.º de este artículo». **En la actuación se evidenció que ARIZA DURÁN no cuenta con antecedentes penales, lo que hace posible la concesión del instituto a su favor.** (Negrillas fuera de texto).

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 2º 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 2º, 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 EDYE EYECID PEDRAZA JIMÉNEZ 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.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE, de acuerdo con el cargo analizado, la sentencia de 19 de octubre de 2016 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá).

2. CONCEDER la suspensión condicional de la pena a EDYE EYECID PEDRAZA JIMÉNEZ, previa la suscripción de diligencia de compromiso y el otorgamiento de caución por un (1) salario mínimo mensual, en los términos señalados en la parte motiva.

3. Para lo anterior, el funcionario de primera instancia le hará suscribir la respectiva acta.

4. En lo demás el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Tribunal de origen.

EYDER PATIÑO CABRERA
PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria