



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Julio 17 de 2020 n.º 09

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>

FALSO RACIOCINIO - SE CONFIGURA:
Quando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género

la Sala decidió casar la sentencia absolutoria del Tribunal, para en su lugar, restablecer la emitida por el Juzgado de primera instancia, condenatoria por el delito de *Acceso Carnal Violento*, todo ello, tras advertir en la motivación del juez colegiado la infracción del mandato constitucional y supraconstitucional, que impone, valorar la prueba con *enfoque de género*. Para arribar a tal conclusión, recordó las principales reglas jurisprudenciales que se han edificado sobre la materia, enfatizando en que este deber no sólo es predicable de los servidores públicos del orden administrativo, sino también de los funcionarios de la Rama Judicial, y aplica tanto en las fases de investigación como de juzgamiento. Igualmente explicó que su desatención, configura el error denominado *falso raciocinio*, el cual, en estos eventos, se exterioriza cuando el juzgador efectúa procesos inductivos inadmisibles, tales como inferir el consentimiento de la víctima de delitos sexuales, del silencio o la ausencia de resistencia física, entre otros.

SP2136-2020 (52897) del 01/07/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

FALSO RACIOCINIO - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la

prueba con enfoque de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - Ponderación y razonamientos probatorios:** obligación de examinar los elementos de juicio y el testimonio de la víctima, eliminando estereotipos || **ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto:** constituye un mandato constitucional y supraconstitucional || **ENFOQUE DE GÉNERO - Normatividad nacional** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Normatividad internacional**

«Se configura un error de hecho por falso raciocinio cuando el fallador, estando obligado a hacerlo (por ejemplo, en casos de violencia contra la mujer), no valora la prueba con enfoque de género, el cual, en el ámbito de la ponderación y razonamiento probatorios, se traduce en la obligación de examinar los elementos de juicio - y particularmente, el testimonio de la víctima - “eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas”.

Las razones que sustentan tal regla son las siguientes:

(i) El enfoque de género es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres.

En el ámbito nacional, aquél se desprende primordialmente de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 13 Superior, a cuyo tenor “*el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*”, y del artículo 43 ibídem, según el cual “*la mujer*

no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

En desarrollo de ello, por ejemplo, la Ley 1257 de 2008 ordenó a las autoridades encargadas de formular e implementar políticas públicas *“reconocer las diferencias y desigualdades sociales, biológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social”.*

En el contexto internacional, son múltiples los instrumentos que cargan a los Estados con la implementación y adopción de medidas de toda índole tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación en perjuicio de las mujeres, o lo que es igual, con la obligación de aplicar, en todas las esferas del poder público, la perspectiva de género.

Verbigracia, mediante la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, las naciones contrayentes se obligaron a promover *«una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer»* y, en ese marco, a *«abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación»*, como también a *«establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación».*

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por su parte, estableció la obligación de *“adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”.*

ENFOQUE DE GÉNERO - Concepto: constituye un mandato que no solo va dirigido a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales || **DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación:** en la sociedad colombiana, existencia de instrumentos internacionales que establecen mecanismos para el restablecimiento de sus derechos || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Erradicación de la violencia contra mujeres y niñas:** el ámbito de competencia del juez se extiende a la adopción de medidas eficaces para eliminar prejuicios y estereotipos socioculturales

«Estos mandatos no atañen únicamente a las autoridades del orden ejecutivo sino también a las judiciales, que, por consecuencia, están así mismo llamadas a materializar, en el marco de sus funciones legales y constitucionales, la perspectiva de género.

En efecto, la Corte Constitucional tiene dicho que, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales e internacionales referidas a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Estado tiene, entre otras imposiciones, la de *«investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer», la cual “en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público, por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento”*

[...] También esta Corporación tiene sentado que en *«un modelo de Estado Social de Derecho, los jueces están llamados a garantizar la protección de las prerrogativas fundamentales y con ello, de manera prioritaria, la erradicación de la violencia contra las mujeres y las niñas».*

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales || ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: en la investigación, de casos relacionados con violencia contra la mujer || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, parámetros para adelantar pesquisas en delitos sexuales || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, derechos y garantías de las víctimas

«Esa **obligación en cabeza de las autoridades judiciales** tiene cabida, primero, **en el ámbito de la investigación de casos relacionados con violencia contra la mujer:**

[...] En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a *“ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial”*, o bien, *“a que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque*

diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal”.

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, frente a delitos de violencia intrafamiliar o sexual || **ENFOQUE DE GÉNERO - Derechos de la mujer:** se vulneran, cuando se utilizan estereotipos de género para adoptar la decisión judicial || **ENFOQUE DE GÉNERO - Recomendaciones para el tratamiento y apreciación de la prueba:** en casos de violencia sexual (Ley 1709 de 2014) || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en el ámbito de juzgamiento, procesos inductivos legalmente inadmisibles || **ENFOQUE DE GÉNERO - Vulneración:** precedentes de la Sala en los que se ha identificado el desconocimiento de este principio por parte del juzgador || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género

«Pero también **en el ámbito del juzgamiento**, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, **los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género**. En tal virtud, «los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos», y, por lo mismo, aquéllos “vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones”.

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que «una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas».

[...] Precisamente, los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014, en términos similares a las previsiones pertinentes de las Reglas de Evidencia y Procedimiento de la Corte Penal Internacional, establecieron “recomendaciones para los funcionarios judiciales en el tratamiento de la prueba» y «recomendaciones para la conducción de la investigación y apreciación de las pruebas en casos de violencia sexual”.

[...] Como se ve, fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que,

bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres. Algunos de los **procesos inductivos que por inequívoco mandato legal deben reputarse inadmisibles** son los siguientes:

(a) *La mujer guardó silencio o no ejerció resistencia ante un avance sexual, luego la interacción sexual fue consentida (art. 18, n. 2).*

(b) *En el cuerpo de la mujer no se encontraron marcas, rastros, heridas o vestigios de semen u otros fluidos, luego el hecho no ocurrió o no fue violento (art. 19, n. 1 y 2).*

(c) *El agresor usó un condón, luego la interacción sexual fue consentida (art. 19, n. 3).*

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por **preconceptos machistas** sobre el comportamiento que, **desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual**. Justamente, «la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan».

Incluso la Sala, de tiempo atrás, ha venido sosteniendo que los razonamientos inductivos e inferenciales contrarios al enfoque de género, así no los haya calificado explícitamente como una modalidad de falso raciocinio, se erigen en errores de hecho demandables en casación:

(a) En un asunto relacionado con un delito sexual cometido contra una menor de edad, la Sala examinó la postura asumida por el Tribunal al valorar el testimonio de la ofendida, al cual restó credibilidad con el argumento de que aquélla se había «*iniciado precozmente en el mundo sexual*».

Frente a tal planteamiento, y luego de precisar que «*con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima*», la Corte encontró que el juzgador incurrió en error porque «*no sólo construyó una inferencia inadecuada con el objeto de descalificar el testimonio de víctima, pues no existe ningún nexo entre su conducta y el thema probandi, sino que fue mucho más allá, al someter a una niña de 9 años para la fecha de los hechos a una nueva victimización, denigrando de su integridad*».

(b) Más adelante, al estudiar la responsabilidad penal de una mujer que, tras ser reiteradamente sometida a maltratos de toda índole por parte de su esposo, le disparó en dos ocasiones y le causó la muerte, encontró que el Tribunal, en tanto no reconoció la configuración de la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor,

«...incurrió en una valoración discriminatoria en contra de la mujer, no sólo al ignorar o minimizar todos los aspectos fácticos narrados por [...] (que sin duda eran alusivos a violencia por razones de sexo), sino también al estimar que el solo acto de ser encerrada en un inmueble sin alimentos carecía de las connotaciones de gravedad necesarias para producir consecuencias jurídicas en la imposición de la pena o en la determinación del grado de reproche, e incluso al sugerir que podía tratarse de un acto tolerado por esta persona, en la medida en que había sido vista barriendo la puerta y lavando el patio, es decir, como si realizar labores que por cultura o tradición han sido asignadas a las representantes del sexo femenino demostrase la ausencia de cualquier comportamiento contrario a derecho relacionado con el menoscabo a la libertad».

Aunque en esa ocasión la Corporación no vinculó ese yerro expresamente con la tipología del falso raciocinio, sí puso de presente que el mismo consistió en que dejó de apreciar las circunstancias indicativas de un contexto de violencia y discriminación contra la víctima, por un lado, y en la elaboración de inferencias prejuiciosas y machistas, por otro.

(c) Posteriormente, en el análisis de un caso de violencia sexual contra una mujer mayor de edad en el que el juzgador de segunda instancia absolvió a los procesados, advirtió que algunas premisas inductivas formuladas por aquél, en cuanto desconocían la **perspectiva de género** porque reflejaban posturas discriminatorias y prejuicios, resultaban «inaceptables, en tanto son contrarias a la Constitución Política en general y a los derechos fundamentales de la mujer en particular» y, en tal virtud, no pueden tenerse como razonables.

Algunas de las inferencias a las que se hace alusión fueron del siguiente tenor:

(i) Hecho indicador: NRM le dijo a JGMG cuando él empezó a besarla que no quería sostener relaciones sexuales; también le preguntó mientras él la desvestía si la iba a violar.

(ii) Hecho indicado: El acceso carnal de N y JG fue consensuado.

(iii) Criterio o idea subyacente: Siempre o casi siempre que en materia sexual la mujer le dice al hombre que no, lo que en realidad desea manifestarle es que sí.

(...)

(i) Hecho indicador: N sabía de la presencia de LAGC en la finca; sin embargo, no gritó por auxilio ni solicitó su ayuda antes de ser accedida carnalmente.

(ii) Hecho indicado: Las relaciones sexuales sostenidas por N en la finca se dieron con su consentimiento.

(iii) Idea o criterio subyacente: No hay violencia en un acceso carnal si no hay gritos de la supuesta víctima u otros actos de resistencia cercanos o al borde de un peligro serio para su vida e integridad física».

Así pues, la Sala, en esa oportunidad, negó la validez de los procesos inductivos que sustentaron el fallo de segunda instancia tras advertir que no reflejaban verdaderas máximas empíricas ni procesos intelectivos lógicos, sino preconcepciones sexistas y discriminatorias.

(d) Incluso, la Sala de Casación Civil de esta Corporación, en el ámbito de sus propias competencias, ha asumido una aproximación similar al sostener que

«Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el «enfoque diferencial» es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que «prejuicio o estereotipo» es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: en el ámbito de juzgamiento, impone al fallador valorar la prueba eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad prejuicios machistas || **ENFOQUE DE GÉNERO - Estereotipos:** son elementos cognitivos irracionales que atentan contra la sana crítica || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando la ponderación probatoria o la construcción

indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género

«En suma, pues, la Sala reitera **que el enfoque de género en casos de violencia sexual y de género obliga al fallador a valorar la prueba “eliminando estereotipos que tratan de universalizar como criterios de racionalidad simples (prejuicios) machistas”**. [...].

[...] Es que **los estereotipos**, incluidos los asociados al género, «*son elementos cognitivos irracionales*» que «*poseen pretensiones descriptivas y funcionan como generalizaciones acerca de los rasgos de un grupo de personas*» (por ejemplo, las mujeres se visten provocativamente para incitar comportamientos sexuales en los hombres), o bien, pretenden «*imponer ciertos roles a los miembros de un grupo determinado*» (verbigracia, las mujeres, si no consienten una interacción sexual, deben oponer resistencia física a su consumación) .

Por lo tanto, cualquier razonamiento probatorio, inductivo o inferencial que los replique o afirme (salvo que tenga asidero en su demostración real y concreta en el caso específico, lo cual puede perfectamente suceder), será contrario a la sana crítica, en tanto ésta reclama que los procesos intelectivos y de valoración de la evidencia respeten las máximas experienciales, de las que se apartan los planteamientos sustentados en ideas discriminatorias o prejuiciosas desprovistas de asidero fáctico y empírico.

[...] Es así que todo proceso mental de ponderación probatoria o construcción indiciaria basado en preconcepciones machistas o prejuicios de género desembocará en un razonamiento formalmente defectuoso, porque

«...los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios.

Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos.

(...)

(Dichos) estereotipos... interfieren en la valoración de la prueba y en la sentencia final, que pueden verse marcadas por nociones estereotipadas

sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida que la mujer se haya resistido). En ese sentido, una de las garantías para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas...».

FALSO RACIOCINIO - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** no supone flexibilización del estándar exigido para proferir condena || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** no conlleva que siempre deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual || **ENFOQUE DE GÉNERO - En la valoración probatoria:** implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas

«Ya en el campo de la técnica casacional, **la incorporación del enfoque de género en la valoración de la prueba** - entendido aquél como la obligación de razonar eliminando estereotipos y prejuicios que se hacen pasar por falsas reglas de la experiencia - **lleva a concluir que su desconocimiento configura un error por falso raciocinio.**

En efecto, esa modalidad de error de hecho se materializa cuando el operador valora los elementos de juicio con violación de las reglas de la sana crítica o cuando realiza deducciones inferenciales contrarias a aquéllas, lo cual ocurre, dejando de lado lo atinente a la lógica y la ciencia, si soslaya las máximas de la experiencia aplicables, o si otorga tal calidad a proposiciones que en realidad no lo son.

En esa comprensión, **la invocación de prejuicios o estereotipos sexistas** (que por definición no constituyen reglas empíricas sino que se les oponen) y su aplicación a la valoración probatoria o la deducción inferencial bajo la falsa justificación de constituir máximas experienciales **encierra**, por consecuencia obvia, **un yerro demandable por la vía del falso raciocinio.**

Desde luego, no está de más enfatizar que la adopción del enfoque de género en la valoración probatoria **no supone una flexibilización del estándar epistemológico exigido para proferir**

condena, ni conlleva como conclusión necesaria que siempre y en todo caso deba tenerse por cierto lo dicho por quienes denuncian actos de violencia sexual. Aquella únicamente implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas desprovistas de sustento probatorio en el caso concreto».

FALSO RACIOCINIO - Se configura: cuando el fallador, estando obligado a hacerlo, no valora la prueba con enfoque de género || **FALSO RACIOCINIO - Se configura:** cuando la ponderación probatoria o la construcción indiciaria se basan en preconcepciones machistas o prejuicios de género || **ACCESO CARNAL VIOLENTO -** No siempre hay actos de defensa ante la violencia || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Configuración:** no es exigible que la víctima despliegue una acción de resistencia frente al acto sexual no consentido || **DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación:** en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión judicial || **ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera:** a través de planteamientos discriminatorios, contrarios a la dignidad de la mujer víctima || **ENFOQUE DE GÉNERO - Se vulnera:** al imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual adecuados o patriarcalmente aceptados, para dar credibilidad a su acusación || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura**

«Falso raciocinio.

El Tribunal **realizó varias deducciones e inferencias indiciarias permeadas por prejuicios sexistas que lo llevaron** a desestimar la credibilidad del relato de HJH y, por esa vía, **a incurrir en errores de hecho por falso raciocinio**

[...] Más allá de que esa proposición, como ya se explicó, se basa en una lectura sesgada de la prueba (porque HJ sí intentó repeler físicamente la agresión), es claro que a la misma subyace un proceso intelectual contrario al enfoque de género, que se sustenta en la pretensión de imponer a las mujeres sexualmente agredidas un determinado comportamiento o reacción como presupuesto para otorgar credibilidad a sus acusaciones.

El silogismo formulado por el Tribunal puede sintetizarse así:

P1: Si una mujer no opone una reacción física a un avance sexual, es porque consiente a su realización.

P2: HJH no ejecutó actos de resistencia física para evitar la interacción sexual.

C: HJH accedió voluntariamente a la relación sexual con BB.

Pacíficamente - y de antaño - tiene discernido la Sala que para la configuración del delito de acceso carnal violento resulta enteramente irrelevante el comportamiento asumido por la víctima en defensa de la agresión, e incluso, un razonamiento de tal naturaleza se encuentra positivamente proscrito en la actualidad (y lo estaba ya para la fecha de emisión del fallo censurado) en el artículo 18 de la Ley 1719 de 2014 precitada.

Con esa deducción, el Tribunal incurrió en un planteamiento discriminatorio contrario a la dignidad de la víctima (en tanto radicó en ella la carga de evitar el acto violento y no en el agresor la de no ejecutarlo) que invocó como motivo para descartar la materialidad del delito objeto de investigación.

[...] No se demostró que los acusados hayan impedido a HJ “*vestirse y salir del cuarto, o retirarse*”, y ésta no exteriorizó “*repulsión y reacción*” cuando JEB entró al cuarto masturbándose.

El dislate es obvio, porque **(i)** como ya se dijo, y se reitera ahora, no es exigible de la víctima de una agresión sexual asumir comportamiento alguno, y no puede entonces reclamarse de HJ, para creerle, que hubiese abandonado la habitación; y **(ii)** así se admitiera, en gracia de discusión, que HJ accedió voluntariamente a observar a BB mientras se masturbaba, de ello bajo ninguna perspectiva válida puede colegirse o inferirse el consentimiento para una ulterior relación sexual, máxime en cuanto fue enfática al atestar que “*(le dijo) en todo momento que no, que... no quería*”.

Puesto de otro modo, el consentimiento que HP pudo haber prestado para permanecer en el cuarto e, incluso, para observar a JBB en el acto de onanismo, no puede extenderse a una suerte de autorización para ser penetrada, del mismo modo en que la aceptación de una invitación a cenar o a ver una película, contrario a tan difundidos prejuicios patriarcales, en ningún

modo supone la posterior aquiescencia a una relación sexual.

El pensamiento del fallador se sostiene, así mismo, en el estereotipo de que una mujer que es enfrentada a un hombre que se masturba debe reaccionar con «repulsión». Se trata, a no dudarlo, de una forma velada de **imponer a la mujer patrones de comportamiento sexual “adecuados” o patriarcalmente aceptados, a cuyo acatamiento se condiciona la credibilidad de su acusación.**

Que HJ no haya exteriorizado repulsión ante la desnudez de BB y la manipulación de sus genitales **(i)** nada dice sobre si consintió o no la posterior penetración; **(ii)** atañe a un aspecto de su comportamiento sexual anterior al hecho investigado, que, por ende, no puede ser valorado, y; **(iii)** tampoco tiene que ver con la credibilidad de su testimonio ni, en particular, con la descripción que hizo del subsiguiente acto violento.

En tal virtud, la mención de ese comportamiento no es nada más que la **exteriorización de un prejuicio**, que, a pesar de ser enteramente irrelevante para la solución del caso examinado, invocó el Tribunal para apreciar (negativamente) el dicho de la víctima.

(iii) Es cierto que HJ, conforme lo atestaron ella misma, varias personas de su núcleo familiar y la psicóloga que la examinó, luego de los hechos empezó a padecer sentimientos de temor y rabia, pero estos, más que explicarse en la verdadera ocurrencia del delito, pudieron tener origen en el «*arrepentimiento posterior*» de haber sostenido relaciones sexuales consentidas con JEB, ora en «*la decepción*» que sintió ante «*la actitud de complacencia*» asumida por HFB al verla acostarse con su primo, en tanto esperaba de aquél un compromiso emocional serio y, por ende, «*una actitud celosa, proteccionista o de otra índole*».

Son dos las inferencias erradas que en este ámbito plantea el Tribunal:

Primero, parte de la **idea preconcebida o estereotípica** de que las relaciones sexuales que se apartan de las dinámicas hegemónicamente definidas como normales (esto es, las que se ejecutan entre no más de dos personas, esencialmente de sexos opuestos, en un entorno íntimo y sin público u observadores) son para la mujer, o deben ser, motivo de arrepentimiento.

Una afirmación de esa índole puede ser admisible, en un determinado caso, si existen elementos de juicio que la soporten, pero es contraria al **enfoque de género cuando**, como sucede acá, se formula al modo de una regla general, sin sustento probatorio ni empírico, evento en el cual simplemente refleja la equivocada asunción de que la actividad sexual desviada de la norma debe ser vergonzosa para la mujer.

Además, HJ nunca dijo o insinuó “*estar arrepentida*” (para comenzar, porque siempre sostuvo que ella no consintió a la interacción sexual), y entonces, ese planteamiento del ad quem no tiene fundamento objetivo alguno, ni soporte distinto de una comprensión sexista sobre la “normalidad” de las relaciones sexuales.

Segundo, porque también razonó prejuiciosamente al afirmar, sin sustento probatorio serio, que los padecimientos de HJ estuvieron determinados por la “*decepción*” que le causó percatarse de que BM no reaccionó con “celos” ante la observación de que HJ sostuvo relaciones sexuales con su primo BB.

A esa premisa subyace la **comprensión estereotípica de la mujer sometida y subyugada**, cuya sanidad mental y estabilidad emocional están condicionadas por la aceptación y el cariño masculinos. [...].»

PRUEBA - Apreciación probatoria: las pruebas deben ser apreciadas en conjunto || **TESTIMONIO - Criterios para su apreciación** || **TESTIMONIO - Víctima de delito sexual:** apreciación probatoria, en conjunto con los demás elementos de prueba || **TESTIMONIO - Apreciación probatoria,** para determinar la credibilidad del relato de la víctima || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen de psicología forense** || **DELITOS SEXUALES - Víctima:** tiempo que tarda en instaurar la denuncia carece de eficacia para afectar la credibilidad de su testimonio || **SENTENCIA - Grado de certeza:** basado en la valoración probatoria || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** cuando la interacción sexual sucede, en contra de la voluntad discernible de la víctima de no asentir en ésta || **AUTORÍA - Diferente a complicidad** || **CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter absolutorio proferida por el Tribunal y restablece la condenatoria de primera instancia

«**La valoración de la prueba en el caso concreto.**»

La Sala encuentra, desde la valoración conjunta e integral de la prueba (**efectuado con supresión de los errores valorativos e intelectivos en que incurrió el Tribunal**), que el acceso carnal del que fue víctima HJH corresponde a la descripción típica del artículo 205 del Código Penal. En tal virtud, **casará el fallo de segunda instancia y reestablecerá la vigencia de la condena emitida por el Juez de primer grado.**

Las circunstancias precedentes a la comisión del delito no son objeto de controversia y en su descripción coinciden todos los testimonios practicados.

[...] Del relato de la ofendida surge inequívoca la materialidad del delito investigado y la responsabilidad de los acusados en su comisión. En efecto, HJ comunicó la voluntad discernible e indiscutible de no ser penetrada por JB: no sólo lo hizo verbalmente de manera repetida y explícita, sino que acompañó esa comunicación oral con resistencia física mediante la asunción de una postura corporal con la cual quiso evitar el acceso carnal.

A pesar de lo anterior, el último nombrado, con total desprecio por la libertad y autodeterminación sexual de la víctima, quebrantó su voluntad - primero volteándola y después agarrándola por el dorso -, hasta que aquélla logró zafarse y poner fin a la penetración no consentida.

La hipótesis defensiva - consistente en que el intercambio sexual entre JEB y HJ fue de mutuo acuerdo - se llevó al juicio a través del testimonio de HFBM. Éste admitió la existencia de una relación erótica casual con la víctima y también dio cuenta de las circunstancias anteriores al hecho investigado en los términos ya descritos.

[...] Pues bien, ante a la existencia de dos versiones divergentes y mutuamente excluyentes sobre el hecho - una según la cual fue violento y, la otra, consentido - la Sala observa plurales razones, que se explican a continuación, por las que se impone otorgar credibilidad al testimonio de la víctima sobre el de BM.

(i) En primer lugar, no se avizoran motivos probatoriamente sustentados para inferir que HJH buscare perjudicar a los acusados con una sindicación falaz.

En efecto, la nombrada dio cuenta - y en ello coincidió el propio BM - de que antes de los hechos sostenía con aquél una relación de

intimidad sexual consensual, e incluso, que antes de ello fueron amigos por muchos años. Se trata de una persona a quien, a su decir, conoce desde los catorce años, y quien además tenía también buenas relaciones con sus padres y colaterales, tanto así, que GDHT, hermana de la víctima, aseguró que *«era como de la familia»*.

Tampoco respecto de JFBB se pueden deducir circunstancias indicativas de una acusación falaz. Sobre él, HJ se limitó a decir que apenas lo había visto *«tres o cuatro veces»*. No tenían vínculo alguno - positivo o negativo - y escasamente habían interactuado.

(ii) El dicho de HJH es, en sí mismo y en atención a los **criterios de valoración de la prueba testimonial** previstos en el artículo 404 del Código Penal, creíble.

En el curso de su intervención durante la vista pública, la perjudicada rindió una declaración fluida y espontánea, incluso, revestida de respaldo emocional, al punto en que no pudo contener el llanto.

Además, en la descripción que hizo se observa el propósito de ofrecer un relato objetivo y ceñido a su percepción de la realidad; no obstante admitir sentimientos de rabia por la agresión, fue transparente al explicar, por ejemplo, que los acusados no la amenazaron de ninguna forma, que no gritó ni pidió auxilio, ni *«fue agresiva»* con ninguno de ellos, premisas, todas estas, que podrían debilitar probatoriamente su caso y que de todas formas afirmó sin ambages.

(iii) La interposición de la denuncia implicó para HJ la revelación, tanto a las autoridades como a sus parientes más allegados, de circunstancias personales y detalles de su vida íntima que pretendía mantener en el ámbito privado, concretamente, la relación sexual casual que sostenía con HFB, de cuya existencia *«nunca le contó a nadie»*.

De hecho, explicó que únicamente denunció lo ocurrido luego de cuatro meses [...] porque quiso *«hacer(se) la fuerte, (convencerse de) que no había pasado nada, que eso había sido una estupidez»*, pero además, porque tenía miedo de que su padre asumiera un comportamiento violento en contra de los enjuiciados.

[...] Desde luego, la Sala no desconoce que, en criterio del Tribunal, las afectaciones emocionales exteriorizadas por la víctima pueden explicarse (entre otras razones ya descartadas) en

que «(estuvo) a punto de ser sorprendida por ACTM, (su) progenitora». Con todo, la valoración objetiva del testimonio de esta última hace evidente que tal apreciación no tiene sustento. Esto fue lo que la madre manifestó en la vista pública:

[...] En consecuencia, no es razonable sostener que los padecimientos mentales de la ofendida hayan estado determinados por esa circunstancia, ni tampoco que se haya decidido a presentar una falsa denuncia contra los acusados para encubrir una actividad sexual consensual de la que, en cualquier caso, su madre no se habría percatado.

(vi) La explicación alternativa ofrecida por HFBM no es verosímil.

[...] Las razones expuestas son suficientes para otorgar credibilidad al testimonio de la víctima - que se muestra consistente, coherente y tiene respaldo indirecto en otros medios de prueba - y para descartar, consecuentemente, la versión ofrecida por HFBM, la cual, por carecer de rasgos de verosimilitud, resulta insuficiente para sustentar una hipótesis alternativa plausible consistente con la inocencia.

La prueba practicada demuestra, en el grado de certeza exigido para tal fin, que JEBB accedió

carnalmente a HJHT en contra de su voluntad discernible (comunicada tanto verbal como corporalmente) de no sostener con él la interacción sexual. Esa voluntad fue ignorada por aquél y superada mediante la imposición física con la complicidad de su primo HFBM. Este último, lejos de actuar para evitar el resultado, aportó a su consumación, no sólo logrando la presencia de la ofendida en la habitación, sino también burlándose de ella y diciéndole reiteradamente que «se dejara», lo cual indudablemente contribuyó al quebrantamiento de su voluntad.

No sobra agregar que asistió razón a la Juez a quo al afirmar que, en realidad, «el aporte de BM lo ubica en calidad de autor y no de cómplice, al contar con dominio del hecho», pero «como quiera que fue imputado como cómplice», no queda solución distinta que condenarlo en esos términos.

Así las cosas, y como se anunció anteriormente, **se casará el fallo de segunda instancia para reestablecer la vigencia del condenatorio emitido por la falladora de primer grado».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin límite, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica

En la decisión, a través de la cual no se casó la providencia impugnada, la Sala efectuó un minucioso estudio sobre el tema relativo a los límites a los beneficios que pueden otorgarse, en virtud de los *preacuerdos y negociaciones*. En tal sentido, consideró que los Fiscales no están habilitados para concederlos de manera ilimitada, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, pues tal situación puede resultar lesiva del principio de legalidad y conducir a rebajas de pena desbordadas. Adicionalmente recordó que, en eventos de terminación anticipada de la actuación, la imposibilidad de controlar materialmente la imputación o la acusación, no

inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena.

SP2073-2020 (52227) del 24/06/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, límites al monto de beneficios que la fiscalía puede otorgar || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, límites al monto de beneficios que la

fiscalía puede otorgar, conforme a la jurisprudencia constitucional y penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada, aplicación en el juicio de imputación y juicio de acusación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** discrecionalidad reglada, se acentúa en los ámbitos de disposición de la acción penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia:** existe entre la acusación y la sentencia, solicitud de absolución no vincula al juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de oportunidad:** control por el Juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Archivo de las diligencias:** está sometido a reglas puntuales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Aceptación o allanamiento a cargos:** disminución punitiva según el momento procesal || **BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ - Diferente a la aceptación o allanamiento a cargos, o preacuerdos** || **BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ - Están reglados** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin límite, a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** límites a la concesión de beneficios, parámetros para determinarlos

«Los límites al monto de los beneficios otorgados en virtud de un acuerdo consistente en el cambio de la calificación jurídica sin base fáctica

Frente a los cambios de calificación jurídica sin base fáctica, orientados exclusivamente a la rebaja de pena, no solo existe el debate sobre la falta de correspondencia entre los hechos y las normas elegidas.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre el particular en los numerales anteriores, también debe establecerse si, bajo esa modalidad, la Fiscalía puede conceder beneficios sin ningún límite.

Según se ha venido indicando, en la SU479 la Corte Constitucional analizó dos casos que guardan similitud con el asunto sometido a

conocimiento de la Sala, pues en todos ellos el cambio de la calificación jurídica dio lugar a una rebaja punitiva superlativa, equivalente a más del 80% de la pena establecida legalmente para los hechos objeto de investigación y juzgamiento.

La Corte Constitucional resaltó que **(i)** el cambio de calificación jurídica, cuando no tiene base fáctica, no puede ser utilizada para conceder beneficios desproporcionados; **(ii)** los acuerdos deben ajustarse al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y **(iii)** en cada caso, los fiscales deben considerar las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

En tal sentido, la Corte Constitucional hizo hincapié en que **la actuación de los fiscales está regida por el concepto de discrecionalidad reglada**, conforme al cual deben armonizarse el necesario margen de maniobrabilidad para la solución temprana de los casos y la sujeción a la Constitución Política, la ley y las directrices trazadas por la Fiscalía General de la Nación.

El concepto de discrecionalidad reglada también ha sido desarrollado por esta Sala, principalmente en lo que atañe al **“juicio de imputación”** y **“el juicio de acusación”**. En efecto, se ha aclarado que aunque **los jueces no pueden ejercer control material** sobre las actuaciones reguladas en los artículos 286 y siguientes (imputación) y 336 y siguientes (acusación), los fiscales tienen la obligación de acatar los presupuestos materiales de esas decisiones y deben cumplir los requisitos formales establecidos por el legislador, en buena medida orientados a garantizar los derechos del procesado y la debida configuración del debate acerca de la responsabilidad penal (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre otras).

En armonía con lo expuesto en la referida sentencia de unificación, 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.

Por el contrario, se advierte que **en los ámbitos de “disposición” de la acción penal se acentúa el concepto de discrecionalidad reglada.**

[...] Lo anterior confirma, además, que aunque los jueces no controlan materialmente la imputación y la acusación (en el momento de la actuación en que ocurren estas actuaciones), tienen amplias facultades para constatar los presupuestos fácticos y jurídicos de las decisiones que las partes les solicitan, precisamente porque las mismas son expresión del ejercicio jurisdiccional, tal y como se explicó en el numeral 6.2.2.1.

Lo anterior se aviene a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la posibilidad que tienen los jueces de emitir sentencia condenatoria a pesar de que la Fiscalía solicite la absolución (CSJSP, 25 may 2016, Rad. 43837, entre otras), toda vez que en esa regla subyace la idea de que el fiscal no puede disponer a su arbitrio de la acción penal.

Lo mismo sucede en materia de **principio de oportunidad**. Aunque en las discusiones previas a la expedición de la Ley 906 de 2004 se consideró la posibilidad de que el control a esta actividad fuera rogado, finalmente se optó porque operara automáticamente frente a la modalidad de renuncia al ejercicio de la acción penal. Luego, la Corte Constitucional concluyó que el control automático también procede frente a las modalidades de suspensión e interrupción (C-979 de 2005). Igualmente, existe consenso en que el control que realizan los jueces es formal y material, así como frente a la obligación de considerar los intereses de las víctimas y los demás aspectos constitucionalmente relevantes (C-209 de 2007, C-591 de 2005, entre otras).

Frente a este tema, quedaría por resaltar que incluso **en materia de archivos** la actividad de la Fiscalía está sometida a reglas puntuales, no solo porque debe comunicar este tipo de decisiones a las víctimas y al Ministerio Público, sino además porque existe la oportunidad de solicitar al juez de control de garantías su revisión (art. 79 de la Ley 906 de 2004, desarrollado en la sentencia C-1154 de 2005).

Lo anterior, que se ha expuesto a título meramente enunciativo, le permite a la Sala abordar lo concerniente a los **límites que tienen los fiscales para conceder beneficios en virtud de los acuerdos que celebren con el procesado**, puntualmente cuando ello se hace a través del cambio de la calificación jurídica sin base fáctica,

con la única finalidad de disminuir la pena, sin perjuicio de la incidencia que ello puede tener en los subrogados y otros aspectos penalmente relevantes.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los **beneficios** que pueden otorgarse a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Sin embargo, **todos ellos están sometidos a límites**, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora *“eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada”* (causal 5ª de principio de oportunidad), como también cuando *“sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...”* (causal 6ª).

[...] En esa misma línea, la Sala advierte que el allanamiento unilateral a cargos, así como otras modalidades de acuerdo que no impliquen el cambio de calificación jurídica, tienen límites puntuales en el ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, si el allanamiento a cargos ocurre en la formulación de imputación, comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena. Si el procesado toma esa decisión en el juicio oral, la rebaja será de una sexta parte. En estas normas subyace un parámetro objetivo para establecer el **monto de la rebaja punitiva**, según el cual la misma debe ser mayor cuando la decisión del procesado de optar por la terminación anticipada de la actuación entraña menos desgaste para el Estado.

Bajo la misma lógica, el artículo 352 establece límites para los acuerdos ocurridos con posterioridad a la acusación, mientras que el artículo 351 prohíbe la concesión de beneficios plurales.

La Sala no analizará pormenorizadamente estas normas, para mantener la atención en los aspectos relevantes para la solución del caso. La alusión a las mismas tiene como única finalidad resaltar que a lo largo del ordenamiento jurídico se establecieron límites para la concesión de beneficios, incluso en los casos de colaboración “esencial” o “eficaz” para combatir la delincuencia organizada o esclarecer delitos graves.

En todo caso, no puede perderse de vista que los beneficios más amplios, en el ámbito de la colaboración con la administración de justicia, están reservados para quienes prestan este tipo de colaboraciones. Así, podrá tenerse una mirada sistemática del ordenamiento jurídico, que permita comprender los límites de las concesiones en sede de preacuerdos.

Lo anterior guarda armonía con las directrices emanadas de la Fiscalía General de la Nación sobre los criterios para la celebración de acuerdos, referidas ampliamente en la SU479 de 2019 para resaltar que para esos efectos debe considerarse.

[...] 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.**

Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la “solución” de su caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

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 **(iv)** el suministro

de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** control por el juez, las constataciones que debe hacer son diferentes frente a las del trámite ordinario

«El rol del juez frente a los acuerdos : **(i)** es diferente al que desempeña frente a la imputación y la acusación en el trámite ordinario, donde está proscrito el control material; **(ii)** lo anterior, sin perjuicio de que en dicho trámite -ordinario-, al emitir la sentencia el juez puede referirse ampliamente a los cargos de la acusación, bien en lo que atañe a su demostración y a la respectiva calificación jurídica; **(iii)** en el ámbito de los acuerdos, las partes le solicitan al juez una condena anticipada, sometida a reglas distintas, tal y como se ha explicado a lo largo de este proveído; **(iv)** pero, en todo caso, se trata de una sentencia, que constituye la principal expresión del ejercicio jurisdiccional; y **(v)** así, el juez debe verificar los presupuestos legales para la emisión de la condena, que abarcan desde el estándar previsto en el inciso último del artículo 327, hasta los límites consagrados en el ordenamiento jurídico para esta forma de solución del conflicto derivado del delito».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones: modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, trasgrede el principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, puede conducir a rebajas desbordadas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, efectos negativos ||

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: obligaciones frente a delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables

«En síntesis, se tiene lo siguiente: **(i)** en su primera intervención la Fiscalía expresó su decisión de cambiar la calificación, en el sentido de mutar el homicidio en favorecimiento, lo que constituiría el único beneficio concedido en virtud del preacuerdo; **(ii)** para esos efectos, reiteró aspectos esenciales de la premisa fáctica de la acusación; **(iii)** en ese contexto, mantuvo el cargo por privación ilegal de la libertad, que solo es compatible con la hipótesis expuesta en la acusación, según la cual VC acompañó a V hasta el despoblado donde se le segó la vida a GP; **(iv)** solo cuando la delegada del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el delegado de la Fiscalía cambió su línea argumentativa, en el sentido de decir que la hipótesis más plausible es que VC se limitó a “*encubrir*” a su compañero; **(v)** para ello, se basó exclusivamente en las evidencias de descargo, sin tener en cuenta que esa nueva postura era incompatible con lo expuesto por el principal testigo -VR-, quien hizo énfasis en que su compañero no sabía nada de lo sucedido, no ayudó a lavar el carro y no cometió ningún delito; **(vi)** sin embargo, en la parte final de la audiencia, cuando la Juez le pidió que concretara los hechos, no incluyó en su relato los presupuestos fácticos de la responsabilidad de VC; **(vii)** aunque él mismo realizó el juicio de acusación y elaboró el respectivo escrito -donde aparecen relacionadas la información que finalmente condujo a la condena-, no tuvo en cuenta nada de esto, a pesar del fuerte respaldo que le imprimía al llamamiento a juicio, sin perjuicio de que hacía evidentes las contradicciones y omisiones del relato de VR; y **(viii)** según el defensor, VR estaba dispuesto a aceptar el delito de privación ilegal de la libertad, a pesar de que, según la defensa, no tenía base fáctica ni fundamento “*probatorio*”.

En este orden de ideas, aunque luego de presentar los términos del acuerdo y tras ser confrontado por la delegada del Ministerio Público el fiscal trató de dar otras explicaciones para sustentar su legalidad, lo cierto es que los términos del mismo no fueron modificados y, por lo tanto, es claro que no se trató de un acuerdo orientado a optar por una premisa factual alternativa. Ello no solo se desprende del contenido del convenio -transcrito en precedencia-; también se infiere de lo siguiente: **(i)** los hechos narrados en el acuerdo coinciden, en esencia, con

lo expuesto en la acusación; **(ii)** predicar que VC se limitó a brindar una ayuda posterior al homicidio, necesariamente implica descartar su participación en la retención ilegal; **(iii)** de aceptarse, en contra de la evidencia, que para ese entonces la hipótesis más plausible era la de un aporte posterior a la muerte, implicaría aceptar la ilegalidad del acuerdo, por la inclusión de un cargo -privación ilegal de la libertad- sin base fáctica y sin un mínimo soporte en las evidencias físicas y demás información legalmente obtenida, lo que sería contrario a lo previsto en el inciso final del artículo 327; y **(iv)** la plausibilidad de esa supuesta hipótesis tendría que haberse explicado a la luz de la evidencia en su conjunto, y no a partir del abordaje fragmentario y acríptico de las aportadas por la defensa.

Por lo expuesto, **la Sala concluye que el acuerdo celebrado por la Fiscalía y la defensa corresponde a lo expresado por el delegado del ente acusador al inicio de la audiencia celebrada el 15 de abril de 2010, esto es, que se trataba de un cambio de calificación jurídica, sin base fáctica, orientado a concederle beneficios punitivos al procesado.**

A la luz de la evidencia y demás información que sirvió de sustento a la acusación, el Tribunal, con razón, concluyó que la hipótesis factual por la que se hizo el llamamiento a juicio encontraba un fuerte respaldo en esas evidencias físicas, dictámenes periciales, entrevistas, etcétera. Ello, le restaba plausibilidad a la hipótesis alternativa, que tenía como soporte principal la versión del otro policial, quien, a pesar de haber sido ya condenado por estos hechos -por lo que no asumía riesgos adicionales con su declaración-, se mostró notoriamente elusivo, al punto que no se pronunció frente a varios aspectos centrales de este caso, entre ellos, las circunstancias que rodearon el homicidio, la identidad del uniformado que lo acompañó al lugar donde se produjo la muerte, etcétera.

Ello, sin perjuicio de las contradicciones en que incurrió el fiscal, y de las manifestaciones que hizo el defensor en el sentido de que VC se “*estaba dando la pela*” al aceptar un delito sin ninguna base fáctica, pues esto último era suficiente para concluir que el acuerdo era inviable, por las razones expuestas en el numeral 6.2.2.3.

Finalmente, **no puede pasar desapercibida la actitud que asumió el delegado de la Fiscalía ante un delito de grave violación de derechos**

humanos, cometido en contra de una persona en condiciones de vulnerabilidad. En efecto, cuando la representante del Ministerio Público hizo notar los problemas del acuerdo, el fiscal procuró a toda costa justificar la negociación, al punto que se apartó totalmente de la copiosa información que sirvió de soporte a la acusación y se ocupó únicamente de las entrevistas que le suministró la defensa, entre las que sobresale la versión incompleta e interesada de HVR.

Finalmente, si se tiene en cuenta la pena prevista para el homicidio agravado (400 a 600 meses) y que la pena establecida en virtud del referido acuerdo fue de 64 meses, es claro que lo pactado por la Fiscalía y la defensa frente a este delito **implicaba una rebaja muy sustancial de la sanción (84%)**, incluso si se parte del extremo mínimo de la pena prevista en el artículo 104 del Código Penal».

NULIDAD - Debido proceso: no se configura || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** la imposibilidad de controlar materialmente la imputación y la acusación, no inhabilita a los juzgadores para verificar los presupuestos legales de la condena || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, trasgrede el principio de legalidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, puede conducir a rebajas desbordadas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** modalidades, cambio de la calificación jurídica sin base fáctica, orientado exclusivamente a la disminución de la pena, improcedencia || **PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD - Se configura || HOMICIDIO AGRAVADO - Se configura:** evento en que el sujeto pasivo fue un habitante de la calle, en situación de especial vulnerabilidad || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** deber de protección y garantía de los derechos de las víctimas, personas vulnerables || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía:** obligaciones frente a delitos graves cometidos en contra de personas vulnerables || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Preacuerdos y negociaciones:** los Fiscales no están habilitados para conceder a los procesados beneficios sin limite, a través de

la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica

«El sentido de la decisión

No hay lugar a la nulidad que solicita el impugnante, porque el Tribunal, en calidad de juez de segunda instancia, se limitó a **verificar los presupuestos legales para la emisión de una condena anticipada**, lo que hace parte de sus funciones jurisdiccionales.

En desarrollo de esa función, encontró que la hipótesis de la acusación tenía un respaldo suficientemente amplio en las evidencias presentadas por la Fiscalía, por lo que consideró improcedente el cambio de calificación jurídica realizado en virtud del acuerdo. Su argumentación incluyó, en esencia, los mismos aspectos analizados en el numeral 6.1., los que armonizó con el contenido de la sentencia C-1260 de 2005.

No se trató, como lo propone la defensa, de un cambio de la premisa fáctica, sino de la **inclusión de una calificación jurídica alejada totalmente de los hechos, orientada exclusivamente a la concesión de un beneficio punitivo en virtud del cual la pena procedente se reduciría en más del 84%**. Ello entre otras cosas porque: **(i)** en ningún momento se aclaró que la premisa fáctica sería modificada; **(ii)** el análisis conjunto de las evidencias físicas y la información legalmente obtenida permitía concluir que la hipótesis factual incluida en la acusación tenía (y sigue teniendo) un respaldo abrumador, lo que permite descartar la plausibilidad de la hipótesis defensiva; y **(iii)** al punto que la Fiscalía mantuvo el delito de privación ilegal de la libertad, que, en este caso, tiene una relación inescindible con el homicidio.

Ante un caso de extrema gravedad, cometido en contra de una **persona especialmente vulnerable**, y bajo las condiciones atrás indicadas, la Fiscalía optó por un acuerdo que implicaba:

Primero, **una calificación jurídica totalmente alejada de los hechos jurídicamente relevantes, lo que entraña una flagrante violación del principio de legalidad.**

Segundo, **un descuento punitivo muy superior a los máximos previstos en el ordenamiento jurídico**, incluso si se le compara con el beneficio previsto para la aceptación de los cargos en la primera fase de la actuación penal. Ello, bajo el

entendido de que el único “*beneficio*” que recibiría la administración de justicia sería la pronta terminación de ese proceso, sin que pueda perderse de vista que: **(i)** el acuerdo se presentó cuando estaba ad portas de comenzar el juicio oral, **(ii)** no se consideró la reparación de las víctimas, y **(iii)** el procesado no colaboró de ninguna manera para esclarecer los hechos o lograr la judicialización de otras personas.

Y, tercero, la calificación jurídica por la que se optó es compatible con la idea de que en la muerte de la víctima solo participó un policial, lo que es contrario a la realidad que enfrentó el ciudadano RDJGP, quien se encontraba indefenso, a merced de los dos integrantes de la

patrulla, lo cual afecta gravemente el derecho a la verdad que asiste a las víctimas del delito.

Bajo esas condiciones, resulta infundado afirmar que el Tribunal se extralimitó en sus funciones al **revocar la decisión aprobatoria del acuerdo, emitida por el juzgado de primera instancia**. Ello, sin perjuicio de los otros aspectos problemáticos del acuerdo y de los argumentos que la Fiscalía y la defensa presentaron frente al mismo, analizados en el anterior numeral.

Por lo expuesto, **se desestimará la pretensión del impugnante».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - NO SE CONFIGURA:

Cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial

Aplicando el parámetro de justicia material, la Sala revocó la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal, para restablecer la absolutoria de primera instancia, frente a la acusación por el delito de *Ejercicio Arbitrario de la Custodia de Hijo Menor de Edad*. Para llegar a esta determinación, efectuó un estudio dogmático del citado tipo penal, explicando que el comportamiento no se configura cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial. Finalmente, al examinar la prueba practicada en el juicio oral, concluyó que se presentaba *duda razonable* sobre la *tipicidad* de la conducta atribuida a la procesada, la cual se resuelve a su favor, teniendo en cuenta que no se acreditó la concurrencia del referido *elemento normativo*.

SP1670-2020 (53969) 24/06/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Delito de conducta alternativa** || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** verbos rectores, arrebatado, sustraer, retener u ocultar || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** sujeto activo calificado, padre que ejerce la patria potestad || **PATRIA POTESTAD - Concepto** || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** objeto material, es personal, lo constituye el hijo menor de dieciocho años || **MENOR - Concepto** || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Menor:** concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elementos:** sujeto pasivo calificado, lo es el padre o persona que tiene derecho a la custodia y cuidado personal del hijo menor de edad || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** custodia y cuidado personal, concepto || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, es diferente a la custodia y cuidado personal

«El tipo penal, sanciona con prisión de uno a tres años y multa de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes, al *“padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”*».

El delito es de **conducta alternativa: arrebatar, sustraer, retener u ocultar**. Para su ejecución, basta la realización de cualquiera de los **verbos rectores** que la describen.

Exige sujeto activo calificado: solo quien tiene la calidad de padre y ejerce la patria potestad, puede privar al otro de la custodia y cuidado personal.

De acuerdo con la ley civil, la **patria potestad** *“es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.”*, se suspende o termina en los casos previstos por la ley, y es independiente a la existencia de un vínculo matrimonial o de unión libre, pues la patria potestad se consagra en interés superior del hijo.

Y, el **objeto material** sobre el cual recae la acción **es personal**, en este caso, el hijo menor de dieciocho años.

El Código Penal en la denominación o descripción de algunos tipos penales utiliza el término menor de edad o menor, pero no señala a quién se tiene por tal. En otros, y también como circunstancia de agravación punitiva, alude al menor de doce años, menor de catorce y menor de 18.

Por menor, para efectos de la configuración típica, se entiende al “menor de edad, o simplemente menor” que no ha cumplido los dieciocho años, conforme se deduce del artículo 34 del Código Civil, en concordancia con la Ley 27 de 1977, que fija la mayoría de edad. En la Convención sobre los derechos del niño, incorporada al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 12 de 1991, en su artículo primero *“entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*.

El sujeto pasivo de la conducta es también calificado; lo es el padre que tiene derecho a la custodia y cuidado personal del hijo menor de edad.

La custodia impone a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos; mientras las obligaciones de cuidado pueden extenderse *“a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”*.

Ahora, **el padre que ejerce la patria potestad sobre el hijo o hijos no siempre posee la custodia y el cuidado personal**. Esta, puede estar en radicada en el otro progenitor, o, incluso, puede ser asignada a una persona distinta de éstos, por inhabilidad física o moral de ambos padres, u otorgada provisionalmente por el Comisario de Familia en los casos de violencia intrafamiliar o por el Defensor de familia al aprobar la conciliación sobre quien la asume».

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración: se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento subjetivo:** la finalidad es la de privar al otro del derecho a la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Bien jurídico pluriofensivo:** la familia y los derechos de los niños a tenerla y no ser separados de ella || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Tipo subjetivo:** es una conducta dolosa || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Tipo subjetivo:** no admite la modalidad culposa

«De manera que, **para que se estructure el tipo penal en comento se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor**, bien porque la misma se ejerza en conjunción con el otro progenitor, ora, porque se materialice por uno de ellos en solitario. Entendiendo estos conceptos **-custodia y cuidado personal-** como el rol de protección, crianza, educación, conducción, formación en valores, orientación, disciplina y corrección que el padre brinda al hijo en el diario vivir.

Por lo tanto, **no existe el delito en cuestión, cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, bien porque haya renunciado a ella en favor del otro, o no la posea en virtud de decisión administrativa o judicial.**

La finalidad de la conducta o elemento subjetivo es la de privar al otro del derecho a la custodia y cuidado personal. Privar, en sentido naturalístico es “despojar a alguien de algo que poseía”. Y se priva de un derecho a quien lo tiene y lo ejerce.

Basta privar del derecho al otro padre, para que se considere ejecutada la conducta, al prescribir el tipo penal que “por ese solo hecho”, se incurre en ella.

Por lo demás, **el bien jurídico objeto de tutela es pluriofensivo. Además de la familia, como núcleo esencial de la sociedad, está integrado también por los derechos de los niños a tener una familia** y no ser separados de ella, como sujetos de especial protección.

Finalmente, **es una conducta esencialmente dolosa que no admite la modalidad culposa**».

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura: cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas || **DERECHO PENAL - Principio de intervención mínima:** aplicación || **DERECHO PENAL - Última ratio**

«[...] **el padre que impide u obstaculiza el régimen de visitas**, que es distinto a la custodia y el cuidado personal, fijado por convenio o regulado por el juez de familia a falta de acuerdo entre los padres, **no incurre en el tipo penal descrito en el artículo 230A del Estatuto Punitivo.**

La Corte Constitucional al resolver sobre la exequibilidad del citado tipo penal, invocando la libertad de configuración del legislador en materia penal, frente a la acusación del demandante para quien la conducta descrita en el artículo 230 A del Código Penal, al no involucrar el actuar de la persona que impide u obstaculiza el régimen de las visitas del padre al hijo menor, desconoce el principio de igualdad y los derechos de los niños a tener una familia y no ser separada de ella, señaló que dicho régimen - visitas- no está comprendido en la figura

delictiva, sin desconocer que tal conducta resulta dañina para el niño y la familia.

[...] La Corte acorde con la jurisprudencia y doctrina actuales que reclaman la **intervención mínima del derecho penal** en la solución de los conflictos individuales y sociales, propugnan porque no todo comportamiento sea criminalizado y abogan por instrumentos que produzcan el menor daño posible a las personas en su resolución, considera que aquél como última ratio en una sociedad democrática y en un estado social de derecho, no pune la violación de régimen de visitas de los padres frente a sus hijos.

En consonancia con lo expuesto por la Sala, la Corte Constitucional en la sentencia que viene citándose, destacó:

“Ante tal evidencia, dado que la criminalización de la conducta es la última ratio, la existencia de un medio de control menos gravoso y de alta eficacia, como es la acción de tutela, el pretender proteger este derecho «régimen de visitas» por medio del derecho penal no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador”.

A partir de las consideraciones dogmáticas anteriores acerca del tipo penal cuestionado, la Sala entrará a decidir lo pertinente».

FALSO RACIOCINIO - No se configura || FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación: se configura || **PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL - Aplicación || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Configuración:** se requiere que el padre tenga la custodia y cuidado personal del hijo menor || **PRINCIPIO DE TIPICIDAD - Importancia || SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de tipicidad:** impone aportar los medios de convicción que acrediten los elementos del tipo penal || **PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Tipicidad || EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, es diferente a la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - Elemento normativo:** patria potestad, no necesariamente está en cabeza de la misma persona que tiene la custodia y cuidado personal || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas

|| **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre impide u obstaculiza el régimen de visitas || **EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD - No se configura:** cuando el padre que alega haber sido arrebatado del derecho, no tiene la custodia y cuidado personal del hijo, por renuncia a ella o decisión administrativa o judicial || **IN DUBIO PRO REO - Aplicación:** la duda razonable se resuelve en favor del procesado || **DOBLE CONFORMIDAD - Sentencia:** revoca y confirma absolucón de primera instancia

«**La Sala no casará la sentencia por el cargo propuesto en la demanda, por no tener vocación de prosperidad.** El Tribunal no incurre en el error de raciocinio que le atribuye la casacionista, quien no demuestra que las inferencias hechas a partir de la declaración de LBG traicionen los principios de la sana crítica, y por esa vía, los postulados de la lógica.

El reclamo al ad quem de desconocer la presunción de inocencia de la inculpada, y a la fiscalía de haber invertido la carga de la prueba, son afirmaciones que no acreditan el error de hecho alegado. **Lo que en realidad evidencia la sentencia, es la tergiversación de los medios de conocimiento**, que llevaron al juez de segunda instancia a fijar un alcance y contenido equivocado a la literalidad de la prueba testimonial sobre la cual edifica la condena.

Haciendo prevalente el criterio de justicia material, la Sala se aparta de las razones de la a quo para absolver a la acusada, fundadas en la falta de lesividad del bien jurídico y del error de prohibición bajo el cual habría actuado, **en razón a que de la prueba emerge la duda sobre la configuración de la conducta típica atribuida a la procesada, por no estar probado que LBGR tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R, exigencia ineludible del tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, para su estructuración.**

En el escrito de acusación, la Fiscalía señala que en la Comisaría de Sevilla *“le dieron la custodia del menor a la madre”*, mientras en la presentación de la teoría del caso, el fiscal indica que luego de la separación de LR y LBGR, quienes durante su relación de pareja procrearon a J.J.G.R., ella quedó *“al cuidado de su menor hijo”*.

En esa línea, encuentra la Corte que los medios de convicción allegados al juicio oral, no prueban, más allá de toda duda, que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R.

[...] Al margen de lo manifestado por el adolescente J.J.G.R a la juez, a pregunta complementaria, de que su padre pidió la custodia en la Comisaría de Familia de Sevilla, y lo expresado por LBGR, *“a estas alturas de la vida yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*, este **aspecto medular en la configuración del tipo penal**, no constituyó tema de averiguación en el juicio oral ni fue constatado debidamente por los intervinientes.

La acusada, renunció a su derecho de guardar silencio, en el curso de su testimonio, fue interrogada sobre su viaje a Venezuela, país donde vivió 7 años con J.J.G.R, las circunstancias y manera en que lo hizo por no contar con el permiso de su padre, pero nunca se le preguntó si GR tenía la **custodia y cuidado personal** de su hijo.

El debate probatorio se centró en establecer cómo salió el menor del país, la forma en que inicialmente se le ocultó a GR que se encontraba en otro Estado, el conocimiento de la acusada sobre la necesidad del permiso de salida otorgado por el padre, el régimen de visitas, el cumplimiento de la obligación alimentaria de GR, el maltrato de la mujer, las causas de la separación y la edad en que la inculpada tuvo relaciones sexuales con su expareja, conforme se constata en los testimonios de LBGR, DMR, el adolescente J.J.G.R. y LRM.

Sin embargo, el delito del cual se acusa a la inculpada no era el de inasistencia alimentaria, tampoco el de violencia intrafamiliar y menos el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sino el de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

El sistema acogido en la Ley 906 de 2004, obliga a los funcionarios judiciales a no olvidar los elementos del tipo penal atribuido al acusado, aportando los medios de convicción que los acrediten, siendo deber establecer en principio la **tipicidad** como estrato analítico del punible vinculado con el **principio de legalidad**.

Debido a dicho extravío, los jueces de instancia no se ocuparon de determinar con fundamento en la prueba la tipicidad de la conducta,

estableciendo la custodia y cuidado personal de J.J.G.R. también en cabeza de su padre LBG.

[...] El ad quem **confunde la patria potestad con la custodia y cuidado personal**, dando por establecido, aunque la prueba indica otra cosa, que LBGR tenía la de su hijo J.J.G.R. En la **sentencia pasa por alto este ingrediente normativo de carácter jurídico, necesario, como se ha dicho, para la configuración típica.**

Es evidente, así lo manifestó en algún momento de su declaración GR, que él tiene la patria potestad de J.J.G.R., dado que no se conoce que hubiera sido despojada de ella o se hallara suspendida, por alguno de los motivos expresados en la ley. Pero no quiere significar que el ejercicio de la patria potestad implique necesariamente la tenencia de la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Ya se dijo en precedencia, que un padre puede ejercer la patria potestad, pero no tener la custodia y cuidado personal de su menor hijo.

Todo parece indicar, aun cuando a ninguno de los testigos se le interrogó de manera clara y precisa sobre dicho aspecto, que la custodia y cuidado personal de J.J.G.R la había asumido LRM y su madre DM por disposición de la Comisaria de Familia de Sevilla, tal vez, la doctora S, como lo expresó la abuela del menor.

Además, LBGR expresó en su declaración que él *“no pelió la custodia de su hijo”*, manifestando más adelante que *“yo ya que voy a pelear por la custodia de un muchacho de 17 años”*, sugiriendo que desde que se separó de LR no la tiene.

Las esporádicas visitas de LBG a J.J.G.R., así como su trabajo en lugares distantes a donde éste vivía, lo que le impedía que fueran más frecuentes, enseñan que tampoco estaba bajo su cuidado personal, con mayor razón cuando en virtud de la separación, el menor desde los cuatro años no convivía con él, pues lo hacía con su abuela y su señora madre, de modo que el ámbito familiar y social compartido era mínimo o casi inexistente.

De este modo, GR **no podía ser privado de un derecho que la evidencia procesal no acredita que poseía u ostentaba.** En tales, condiciones **existe la duda sobre la tipicidad de la conducta, que de acuerdo con el principio universal de in dubio pro reo, ha de ser resuelta a favor de la acusada.**

De otro lado, **el comportamiento de sacar del país a su hijo J.J.G.R sin autorización de su padre**, que constituyó el eje del debate probatorio y el fundamento del fallo atacado, **no se adecua al tipo penal de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, bajo el verbo rector de ocultar.**

Primero, por no estar probado que el denunciante tuviera la custodia y cuidado personal de su hijo. A RM se le acusa es de haber privado de ese derecho a GR, no de haber viajado a otro país con su descendiente sin el permiso de salida otorgado por su padre.

Segundo, **las consecuencias de haber actuado sin dicho permiso no son punitivas sino de otra índole**, que no son distintas a la imposibilidad del menor de viajar al exterior, hasta tanto el juez de familia no decidiera lo pertinente ante el desacuerdo de los padres, siempre y cuando tuvieran la facultad para otorgarlo, dado que el mismo no es requerido del que tiene suspendida o ha sido privado de la patria potestad.

Tercero, **la salida irregular del menor no constituye delito alguno.** Bien fue informada la acusada en el Consulado del país en Venezuela, cuando se le negó viajar por avión en compañía de su hijo por ausencia del permiso, de la necesidad de formalizar la residencia del menor mediante la conciliación con el padre de él.

Cuarto, **la custodia y cuidado especial tampoco puede confundirse con el régimen de visitas**, como derecho de todo niño, niña o adolescente de tener contacto con el padre que no comparte el mismo techo, por la separación de los padres.

Quinto, el viaje de J.J.G.R con su madre a Venezuela lo privó de las visitas de su padre. De manera que, si ese hecho obstaculizó o impidió a LBGR el derecho a tener contacto con su hijo, esta conducta no se enmarca en el tipo penal del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

En consecuencia, **dado que existe duda sobre la tipicidad de la conducta endilgada a la procesada, en tanto no se demostró que el denunciante hubiese sido privado del derecho a de custodia y cuidado personal de su hijo J.J.G.R, la Sala revocará la condena proferida en segunda instancia y confirmará la sentencia absolutoria del a quo, bajo las razones indicadas en este fallo».**

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - PRUEBA DE REFERENCIA:

No constituye evento similar que posibilite su admisión excepcional, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación

Al confirmar la decisión del Tribunal, en el sentido de no acceder a la incorporación de tres medios de conocimiento solicitados como prueba de referencia, la Sala tuvo ocasión de precisar que no constituye un evento de aquéllos que posibilitan la admisión excepcional de esta modalidad probatoria, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación. Se explicó que, en tales casos, no es posible que, de manera indirecta, se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas.

AP1393-2020 (53838) del 24/06/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DEFENSA MATERIAL - Ejercicio: a través del derecho de no autoincriminación || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Garantía de índole sustancial:** no procesal, aplicable aún frente a procesos independientes || **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN - Alcance** || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** no constituye evento similar que posibilite su admisión excepcional, la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** la decisión del testigo de acogerse al derecho a la no autoincriminación, impide que se le fuerce a deponer, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas || **RECURSO DE APELACIÓN - Sala de Casación Penal:** confirma providencia

«[...] como lógica consecuencia del artículo 33 de la Carta Política, cuando determina que: *«nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo [...]»*, la Sala ha señalado que es *«elemento esencial del derecho de defensa, en cuanto se protege a la persona de [...] de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo»*, razón por la cual *la garantía se integra al debido proceso»* (CSJ SP10741-2017, rad. 41749), además de ser de *«índole sustancial, no procesal, y es por tanto aplicable aún frente a procesos independientes»* (CSJ AP, 2 oct.2019, rad. 53.832).

A su vez, la Corte Constitucional destaca que **la garantía de la no autoincriminación** *«es un componente esencial del derecho de defensa, en tanto blinda a la persona cuya responsabilidad jurídica se intenta determinar, de la posibilidad de ser obligado o coaccionado para declarar contra sí mismo. Por tal motivo, tanto en el derecho nacional como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho comparado, la referida garantía se encuentra inescindiblemente vinculada al derecho al debido proceso, en el entendido de que la obligación de declarar contra sí mismo haría nugatoria la estructuración y la ejecución de la estrategia de defensa»* (CC C-848-2014).

En consecuencia, **la situación del testigo que acude al juicio oral y se ampara en la garantía de no autoincriminación -artículo 33 de la Constitución Política-**, como acontece en el caso concreto, **no constituye un «evento similar» que posibilite la admisibilidad de la prueba de referencia**, acorde con el literal b) del artículo 438 del C. de P. Penal, por cuanto **no se trata de un testigo no disponible -tesis de la impugnante-, sino de uno que pese a comparecer al juicio se ampara en un privilegio constitucional** que, como se dijo, tiene raigambre sustancial por resguardar los derechos fundamentales de defensa y debido proceso, no solamente en la actuación en la cual se enarbola sino frente a otras.

Eso es lo que constitucional y legalmente se impone respecto de la eficacia de la administración de justicia aducida por la recurrente, toda vez que la guardiana de la Carta Magna señaló que: *«en virtud de la referida garantía, las personas tienen el derecho a no ser*

forzadas a dar declaraciones inculpativas, ni por medios coercitivos directos, ni por medios indirectos que formalmente confieran la posibilidad de abstención, pero atribuyan consecuencias adversas para quien no lo hace. Es decir, la consecuencia jurídica de la garantía no consiste en liberar a las personas de la obligación de declarar contra sus familiares, sino en otorgarles una salvaguardia especial, para que no puedan ser forzadas, ni por vías directas ni por vías indirectas, a dar estas manifestaciones.» (CC C-848-2014, subrayas fuera de texto).

Es por ello que **la decisión manifestada por la testigo RCC en el juicio oral, de acogerse al derecho fundamental reconocido por el artículo 33 de la Constitución Política**, a efectos de no autoincriminarse, **impide que de manera indirecta se le fuerce a deponer**, mediante la utilización y valoración de sus declaraciones previas [...]

[...] De donde procede la **confirmación del auto impugnado**, como así se declarará».

(Textos resaltados por la Relatoría)

CASACIÓN - INTERÉS PARA RECURRIR:
Del Ministerio público, frente a la concesión por parte del Tribunal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena

PRISIÓN DOMICILIARIA - PROCEDENCIA:
Declaratoria de persona ausente no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia

La Sala decidió casar la sentencia impugnada, para en su lugar, confirmar la de primera instancia que denegó la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. A tal efecto, efectuó una importante reconsideración del precedente, en torno al interés para recurrir en casación de las partes e intervinientes, y específicamente, del *Representante del Ministerio Público*, para precisar que no es necesario que hubiera intervenido en la audiencia de individualización de la pena, respecto de asuntos relacionados con ésta, la suspensión condicional de su ejecución y la prisión domiciliaria. Al abordar los motivos de disenso, encontró razonable el discurso del censor, en el sentido que en el caso resultaba improcedente el subrogado, dada la prohibición legal de otorgarlo frente a delitos dolosos contra la Administración Pública, como el que fue examinado en este evento, de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador. Sin embargo, en forma oficiosa encontró viable la concesión de la prisión domiciliaria, anotando que la declaratoria de persona ausente, en virtud de la cual se produjo la vinculación de la procesada, no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia.

SP1500-2020 (54332) del 17/06/2020

Magistrado Ponente:

Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASACIÓN - Legitimidad procesal: ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** identidad temática con la apelación, Ministerio Público, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** órgano propio, sujeto especial || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Casación:** interés para recurrir, asunto debe alegarse en las instancias, principio de unidad temática, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Ministerio Público:** interés para recurrir, en cuanto a la tasación de la pena y los subrogados penales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Audiencia para individualización de la pena y sentencia:** no es imperativo que las partes e intervinientes se pronuncien sobre la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de subrogados || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** la Sala recoge un criterio anterior || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** variación || **CASACIÓN - Interés para recurrir:** ministerio público, frente a la concesión por parte del Tribunal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena «[...] en cuanto al **Ministerio Público** se refiere, **es evidente su legitimación procesal para acceder al recurso de casación**, pues así lo autoriza el mencionado artículo 182 de la Ley 906

de 2004 y, en términos generales, el artículo 277.7 de la Constitución Política, al establecer que le corresponde «*Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*», y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.

Así, en sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que «*la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores*», de acuerdo con el numeral 7° del artículo 277 de la Carta Política, y que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.

De esta manera, la Corte ha venido señalando que, siendo un «*organismo propio*» (CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 30592), tiene la potestad de intervenir «*cuando se deba dar cumplimiento a los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Nacional y la ley*».

[...] Por igual, la Corte Constitucional ha destacado el carácter de **interviniente “especial y discreto” del Ministerio Público** -sentencia CC T-293-2013, reiterada en CSJ SP2364-2018 rad. 45.098-, lo que garantiza que el ejercicio de las competencias dentro del proceso penal se realice respetando las prerrogativas procesales constitucionales, horizonte dentro del cual se ha reconocido su participación principal y no accidental, lo que le permite controvertir e impugnar las decisiones que se encuentren en pugna con la legalidad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de tales facultades, de manera invariable **la Corte ha restringido dicho interés para oponerse a la estrategia defensiva**, a que, en las alegaciones finales, expresamente, hubiere deprecado condena respecto del delito endilgado y, ejercido oportunamente la alzada, salvo que se acredite que, de manera arbitraria se le impidió hacerlo, si el Tribunal introduce una modificación desfavorable a los intereses del impugnante, o si lo criticado es un vicio sustancial que contraiga la declaración de nulidad. (CSJ AP, 03 Jul. 2013, rad. 41054).

Esta prédica, también es consistente con la reiterada por la Sala para el **tratamiento de la**

apelación y el recurso extraordinario de casación por parte del Ministerio Público, respecto de asuntos relacionados con la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la misma y la prisión domiciliaria, postura que se contrae a que, **el delegado de la Procuraduría está obligado a expresar su punto de vista al momento de la audiencia de individualización de pena**, de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, pues de marginarse de dar tal debate, se ha dicho, quedaría inhabilitado para acudir al recurso extraordinario y oponerse a la posterior decisión del Tribunal, al resolver la alzada de la defensa. (CSJ AP3676-2018, CSJ rad. 52681; AP950-2019, rad. 52495).

Sin embargo, **la adaptación evolutiva de la hermenéutica, demanda una reconsideración de tal línea de pensamiento, para significar que, si bien el Ministerio Público**, como cualquier otro sujeto procesal, está impelido a promover el recurso de apelación cuando se encuentre en desacuerdo con las razones del fallo de primera instancia, a efecto de poder acceder al recurso de casación, **no es indispensable que intervenga, para expresar su criterio, en torno a los mencionados tópicos, en sede de la audiencia del canon 447 -tampoco las otras partes e intervinientes-**, pues, nótese que, al tenor de dicha norma, no es imperativo que las partes: fiscalía y defensa se pronuncien obligatoriamente sobre la «*probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado*», en tanto, la norma apenas expresa que ellos pueden hacerlo siempre que lo estimen «*conveniente*».

En ese orden, **no podría exigirse a ninguna de las partes o intervinientes, entre ellos al Ministerio Público, que, de manera inexorable, discurran en la audiencia convocada para tal fin, frente a aquellos aspectos, que involucran la aplicación del principio de legalidad de las penas y las formas de cumplimiento de la misma**, de imperioso acatamiento por parte de los juzgadores al momento de tasar las sanciones y disponer su manera de ejecución.

De este modo, el **interés para recurrir en sede de casación**, se insiste, está atado a los deberes de apelar la sentencia adversa a los intereses del sujeto procesal, respetar el eje temático propuesto en la apelación y limitar el disenso a la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y

la lesión de garantías fundamentales si el proceso terminó por allanamiento a cargos o preacuerdo.

Descendiendo al asunto en cuestión, se observa que, si bien el Procurador Delegado solo se hizo presente en la actuación para la formulación de acusación, no así en las audiencias preparatoria y de juicio oral y, mucho menos, en la de individualización de la pena, oportunidad esta que, en principio, hubiera sido la propicia para alegar acerca del monto de la sanción y de los subrogados y sustitutos respectivos, **es manifiesto que, el interés jurídico del Procurador para impugnar lo resuelto al respecto, verdaderamente, surgió en el momento en que el Tribunal le concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión esta no compartida por aquél.**

Nótese que, antes de ese hito procesal, el representante de la sociedad no estaba necesariamente obligado a pronunciarse sobre ese aspecto, en tanto bien podía confiar en que los juzgadores acatarían el principio de legalidad y decidirían conforme al mismo.

Y es que, frente al fallo de primer nivel ninguna discrepancia tendría que haber mostrado el Delegado, por cuanto, a su juicio, el juzgado se atuvo a las normas que regulan el tema en examen; mientras tanto, fue la sentencia de segunda instancia la que introdujo, por petición de la defensa, modificaciones en favor de la procesada, no compartidas por el Procurador, reformas que habilitaron el interés del funcionario para controvertir el presunto error judicial, en sede de casación, pese a no haber asistido a la audiencia de individualización de la pena, se insiste.

En efecto, el representante del Ministerio Público promovió el recurso extraordinario con la pretensión de que se restableciera la legalidad de la decisión y de proteger los intereses de la sociedad, una vez se activó, por razón de la que consideró una afrenta al sistema normativo penal, su inconformidad con lo resuelto. En ese escenario, **la Corte es del criterio que este interviniente estaba perfectamente legitimado y tenía interés jurídico para rebatir la decisión del ad quem, a través del recurso extraordinario de casación».**

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Factor objetivo || SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA

EJECUCIÓN DE LA PENA - Improcedencia: cuando la condena sea por delitos contra la Administración Pública || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** reiteración || **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Lex tertia:** inaplicación, Ley 1709 || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«El texto original del artículo 63 del Código Penal establecía que la ejecución de la pena privativa de la libertad fijada en la sentencia podría suspenderse por un período de 2 a 5 años, bajo la concurrencia de dos requisitos, a saber: uno objetivo, referido a que la pena de prisión impuesta no excediera de 3 años y, otro subjetivo, relacionado con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y la valoración de la modalidad y gravedad de la conducta punible para inferir si es necesario o no la ejecución de la sanción.

A la luz de dicha disposición -vigente para la época de la ilicitud aquí juzgada: omisión del agente retenedor o recaudador-, basta revisar la pena atribuida a la procesada, para establecer, como también lo hicieron las instancias, que no se cumple con el presupuesto de orden objetivo, toda vez que ella se fijó en 4 años.

De manera que, **con la inobservancia del primer requisito, innecesario resultaba proseguir con el análisis de la exigencia subjetiva**, por cuanto la norma instituye, como imperativo, que concurren los dos requisitos ya mencionados.

Ahora bien, el Tribunal, apelando al «*principio de favorabilidad*», acudió al artículo 63 con la modificación introducida por el precepto 29 de la Ley 1709 de 2014, para autorizar, en el caso concreto, la concesión del subrogado en cuestión [...].

[...] La Corte debe resaltar que, aunque el fallador de primera instancia no examinó si la reforma legislativa favorecía a la enjuiciada, como sí lo hizo el de segundo nivel -lo cual no admite reparo alguno-, en últimas, lo reprochable es el resultado al que arribó, producto de inadvertir que, no obstante que, bajo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, se cumple el presupuesto de orden objetivo, en tanto la pena de prisión impuesta no supera los 4 años, **el delito por el que se procede, en este caso, si está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, en el que se mencionan los «delitos dolosos**

contra la Administración Pública», vale decir, los descritos en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Estatuto Punitivo, en el cual se encuentra tipificado el injusto de **omisión del agente retenedor o recaudador** (canon 402).

Así las cosas, **ni en vigencia del artículo 63 original del Código Penal, ni acudiendo a las modificaciones que, de este, realizó la Ley 1709 de 2014, es viable la concesión del subrogado** de suspensión de la ejecución de la pena en el caso objeto de estudio.

De esa manera, **razón le asiste al casacionista al censurar lo decidido por el fallador colegiado**, pues, aunque se encuentra satisfecho el requisito objetivo, por cuanto GV no fue condenada a una pena de prisión que excediera los 4 años, **era indispensable definir si el injusto por el que se emitió condena se encuentra contemplado en el catálogo de tipos penales enlistados en el artículo 68A, donde se encuentran los delitos dolosos contra la administración pública**, entre los cuales está el punible mencionado.

Por último, reitérese la pacífica postura de la Sala en el sentido de que **no es dable, ante el cumplimiento parcial de los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 (tanto los descritos en su texto original, como los novedosos a partir de la reforma de 2014), pretender establecer una suerte de tercera ley -lex tertia-**, compuesta por los apartes que le favorecen a la procesada, obviando los que le resultan adversos, en tanto, cualquier mixtura normativa que ensaye hacerse conduce a la suplantación del legislador, desnaturaliza el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, desdice de su finalidad y vulnera palmariamente el principio de legalidad (Cfr. entre muchas otras, CSJ AP782-2014, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. 42623; CSJ AP1684-2014, 2 abr. 2014, rad. 43209; CSJ AP4465-2015, 5 ago. 2015, rad. 45584; CSJ SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad. 44840; CSJ SP15273-2016, 24 oct. 2016, rad. 46892; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP16839-2016, 16 nov. 2016, rad. 44298; CSJ AP8309-2016, 30 nov. 2016, rad. 48616; CSJ SP13755-2017, 30 ago. 2017, rad. 50174; CSJ SP969-2018, 4 abr. 2018, rad. 46784; CSJ AP3649-2018, 29 ago. 2018, rad. 52021; CSJ AP5599-2018, 5 dic. 2018, rad. 53899 y CSJ AP2510-2019, 26 jun. 2019, rad. 54305).

PRISIÓN DOMICILIARIA - Improcedencia: cuando la condena sea por delitos contra la administración pública || **PRISIÓN DOMICILIARIA - (Ley 1709):** factor objetivo || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Procedencia:** declaratoria de persona ausente no es suficiente para predicar la evasión voluntaria de la justicia || **VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL - Declaración de persona ausente:** sus efectos jurídicos son diferentes a los de la contumacia || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Análisis del factor subjetivo** || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Fines de la pena:** evaluación || **OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Prisión domiciliaria** || **CASACIÓN OFICIOSA - Prisión domiciliaria**

«**Igual conclusión** a la recién señalada para la suspensión condicional de la ejecución de la pena **opera en relación con la prisión domiciliaria negada** a GKGV, con fundamento en la Ley 1709 de 2014, habida cuenta que, si bien su artículo 23 elevó a 8 años (de pena mínima prevista en la ley) el requisito objetivo para su concesión, el cual se cumple en este caso -en la medida que la **omisión del agente retenedor o recaudador** tiene pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años-, tanto dicha disposición legal en su numeral 2°, como el precepto 32 de la misma ley, **prohibió el otorgamiento de ese sustituto cuando se trata de delitos dolosos contra la administración pública.**»

[...] **La providencia del a quo exhibe los siguientes dislates:**

i) Asevera que no se satisface el requisito objetivo, siendo que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto cuando la pena mínima prevista en la ley es de 5 años de prisión o menos y, en este caso -como ya se anotó-, el reato de omisión del agente retenedor o recaudador se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años.

ii) Desconoce que, la disposición no alude al concepto de «arraigo» familiar o social, como sí lo establece el actual artículo 38B, arraigo que en el novísimo precepto en cita debe demostrarse y que, dicho sea de paso, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado, ya sea de índole social o familiar, con el lugar donde reside.

Entonces, olvidó el funcionario judicial que, para disponer la ejecución de la sanción privativa de

la libertad, debía realizar un estudio de las condiciones particulares de la procesada, orientada hacia los fines de la pena, examen que corresponde a valores, derechos y principios constitucionales que, por la misma razón, no pueden obviarse o ignorarse al resolver sobre este aspecto.

[...] En el caso de la especie, el fallador esgrimió, únicamente, que, la **declaratoria de persona ausente** pronosticaba que GKGV evadiría el cumplimiento de la pena, con lo que supuso que la sentenciada quiso sustraerse de las consecuencias de su conducta.

De este modo, **asimiló, erradamente, que la declaratoria de persona ausente tiene los mismos efectos jurídicos que los de la contumacia**, sin tener en cuenta que la vinculación al proceso de GV se hizo de aquella manera, debido a la imposibilidad del ente investigador de ubicar a la implicada para proceder a la formulación de imputación.

Al respecto, la Sala ha dicho (CSJ SP4439-2018, 10 oct. 2018, rad. 52373) que *«no es suficiente para dar por satisfecho el supuesto de hecho que restringe la concesión de la prisión domiciliaria, que el condenado, verbi gratia, haya sido declarado persona ausente»*.

Por manera que, si el expediente no enseña que la investigada, conociendo de la actuación penal, tuvo un comportamiento hostil con la intención de ocultarse y sustraerse de la misma, **no podía el juzgador “deducir seria, fundada y motivadamente... que [aquella] evadirá el cumplimiento de la pena”**, máxime cuando **la declaratoria de persona ausente no puede ser tomada como sanción**, sino, en su cariz de herramienta procesal idónea para continuar con el trámite penal, una vez agotados los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del investigado, **lo cual es diferente** -se repite- **a la figura de la contumacia**, verdadero acto de rebeldía del indiciado frente a la administración de justicia, por cuanto, en este caso sí tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra, pero se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación.

El artículo 4° del Código Penal establece que **la pena cumplirá las funciones** de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial se verifica esencialmente cuando el legislador tipifica una conducta lesiva de bienes jurídicos; no obstante, existe otro momento donde se hace efectivo el mensaje motivador de las normas penales, ese hito se concreta en el real o efectivo cumplimiento de las penas que dosifican los jueces penales en sus fallos, cumplimiento que, a juicio de la Corte, podría asegurarse en el domicilio establecido por GKGV, toda vez que, al sopesar los intereses en juego, estos se complementan en forma perfecta con la prisión domiciliaria pues, al mismo tiempo, se salvaguardan los intereses del colectivo social y constituye, aunque en grado moderado, una restricción a la libertad individual de la sentenciada.

En suma, dada la naturaleza jurídica de la conducta punible por la que se condena y que no existen elementos materiales probatorios, evidencia física o información a partir de la cual se deduzca que GV colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que evadirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, **es palmario que es procedente conceder la prisión extramural**.

[...] Así las cosas, la Corte **casará el fallo impugnado con fundamento en el único cargo propuesto en el libelo, para, en su lugar, confirmar el de primera instancia que negó a la inculpada la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad**. Sin embargo, en los términos recién mencionados, **concederá oficiosamente el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria**».

(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

(actualizado 21-07-2020)

