



Radicado No. 20211600034531
Oficio No. FDGSJ-10100-
24/09/2021
Página 1 de 10

Bogotá, D.C.,

Honorables Magistrados
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

ASUNTO: Causa No 57260

Procesado: Menor J.M.B.R

Magistrado Ponente: Dr. Gerson Chaverra Castro

Respetados Magistrados,

En calidad de Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, conforme la delegación efectuada por el Fiscal General de la Nación, me permito recorrer el traslado como sujeto procesal no recurrente, en los términos del Acuerdo 020 de abril 29 de 2020 de esa Corporación, dentro del trámite del recurso extraordinario de casación incoado por la defensa técnica de **J.M.B.R.** contra la providencia del 5 de noviembre de 2019, proferida por la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual modificó el numeral 3º de la sentencia calendada 9 de septiembre del mismo año, emanada del Juzgado Octavo (8º) Penal para Adolescentes de Conocimiento, que lo declaró penalmente responsable del concurso sucesivo de acceso carnal con menor de catorce (14) años agravado¹, de que fuera víctima la menor de iniciales **A.M.R.C.**,² le impuso la sanción pedagógica principal de privación de la libertad en centro especializado por el término de veinticuatro (24) meses y le concedió la sanción sustitutiva de reglas de conducta por el mismo término de la sanción

¹ Circunstancia de agravación punitiva señalada en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal.

² Se reserva la identidad de la menor de acuerdo con lo previsto por la Ley 1098 de 2016.

principal; y en su lugar no le concedió ningún mecanismo sustitutivo de la sanción principal.

I.- Del cargo único

De una parte arguyó la censora, que no podía haber prosperado el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8º) Penal para Adolescentes de Conocimiento de esta ciudad, por cuanto la impugnante había dejado en consideración del dicha autoridad la posibilidad de conceder algún mecanismo sustitutivo de la sanción.

De otra parte, y con fundamento en la causal 1ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, criticó a la referida sentencia condenatoria de violar directamente la ley sustancial, en particular por interpretación errónea de los artículos 140, 152 inciso 2º, 161, 177, 178, 179, 190 y 187 inciso 3º del Código de Infancia y Adolescencia, así como las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia dentro de la sentencia radicada **50.313** de junio 13 de 2018; señalando que el Tribunal efectuó una interpretación restrictiva de la normatividad aplicable al caso concreto, que no una permisiva e integral, en contravía de los principios constitucionales, tratados internacionales y lineamientos jurisprudenciales decantados por la Corte sobre el particular, toda vez que justificó su decisión basado en la gravedad de la conducta, obviando que las medidas sancionatorias revisten un carácter pedagógico y diferenciado respecto del sistema punitivo de los adultos y, por el contrario, adoptó una postura **retributiva** que desconoció la jurisprudencia de esta Corporación, en la que ante una hipótesis similar señaló que en cada caso debía ponderarse la necesidad de la privación de la libertad, siendo esta la última opción del sentenciador.

Igualmente reprochó que la segunda instancia hubiese justificado su decisión en la sentencia **SU-479 de 2019**, emanada de la H. Corte Constitucional, aduciendo que esta decisión está circunscrita al instituto de preacuerdos y en el asunto en estudio operó la figura de aceptación de cargos.

Finalmente, recabó en la trascendencia de la decisión atacada respecto de la grave afectación del proceso de resocialización educativo, laboral y familiar construido por su prohijado, por lo que deprecó casar la sentencia cuestionada.

II. Del concepto de la Fiscalía

1. De la competencia del Tribunal

Frente a la argumentación de la censora, en el sentido de que no debía prosperar la pretensión de la Fiscalía por cuanto ésta dejó a discrecionalidad del juez la concesión de algún mecanismo sustitutivo de la sanción, ha de observarse que, en efecto, en la audiencia realizada el 3 de septiembre de 2019, en la que **J.M.B.R.** aceptó los cargos imputados y consecuentemente el Juzgado emitió el sentido sancionatorio del fallo, en el traslado previsto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 100 de la Ley 1395 de 2010,³ la Fiscal 369 Seccional aludiendo al contenido de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal, dentro de la radicación No. 50313, explicitó entre otros aspectos que:

“...si bien es cierto procede la privación de la libertad de manera legal, no puedo desconocer el precedente jurisprudencial no completándose los requisitos para pedir una medida de internamiento preventivo en su oportunidad, por lo cual pues su señoría en este momento sino me resta sino dejar a discrecionalidad de su despacho que pueda sustituir esta sanción toda vez que el joven adolescente en este momento es mayor de edad.”

Se evidencia así que la representante de la Fiscalía, dentro de la oportunidad otorgada para solicitar la pena a imponer y pronunciarse sobre el otorgamiento de algún subrogado, vislumbró la posibilidad de que se le concediera a **J.M.B.R.** la sustitución de la sanción, dejando a la discrecionalidad del juez la

³ Para que Fiscalía y la defensa se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable, y si lo consideraren conveniente, a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.



Radicado No. 20211600034531

Oficio No. FDCSJ-10100-

24/09/2021

Página 4 de 10

adopción de dicha decisión, por lo que la concesión de la sanción sustitutoria se aprecia acorde a su pedimento inicial; siendo ello así, se considera que la nueva delegada acusadora⁴, que en audiencia de lectura de fallo realizada el 9 siguiente impugnó la sustitución, carecía de interés legítimo para recurrirla, conforme lo señalado por la jurisprudencia,⁵ dado que la definición de la judicatura no contrariaba la posición institucional fijada en su oportunidad procesal por la Fiscalía.

Y si bien, la impugnación de la representante de la Fiscalía devino por solicitud de la representante legal de la víctima, que conforme a la jurisprudencia constitucional⁶ tiene, entre otras, ciertas garantías procesales como: (i) el derecho a ser oídas, (ii) **a impugnar decisiones adversas, en particular sentencias absolutorias y/o las que conlleven penas irrisorias**, (iii) a controlar las omisiones o inacciones del fiscal, y (iv) ejercer algunas facultades en materia probatoria; también lo es que la misma jurisprudencia señaló que la víctima puede ejercitar las garantías de manera directa antes de la audiencia preparatoria del juicio, y a partir de dicha vista pública se ejercerá por intermedio de un profesional del derecho; representación judicial de la que carecía la víctima en las citadas audiencias, por lo cual no podía intervenir personalmente en la misma.

En ese orden de ideas, al no poder la representante legal de la víctima intervenir de manera personal en dicha audiencia y al no asistirle interés jurídico a la Fiscalía para recurrir en apelación dicha decisión, se estima que lo acertado era que el Tribunal se hubiere abstenido de resolver el recurso interpuesto, evento en el cual la sentencia proferida por la primera instancia hubiese cobrado ejecutoria en dicho momento procesal.

2. De la sustitución de la sanción.

⁴ Fiscal 354 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de abril de 2018, rad. nro. 46.784, M.P. Eugenio Fernández Carlier y Luis Antonio Hernández Barbosa.

⁶ Entre otros, en las sentencias de la Corte Constitucional C-209 de 2007, C-651 de 2011, C-177 de 2014 y T-263 de 2018.

De cara a la crítica por violación directa de la ley sustancial, por la presunta interpretación errónea del colegiado de las normas que reglamentan el instituto de las sanciones y la sustitución de las mismas, que le llevaron a concluir que a efectos de determinar la procedencia de la sanción sustitutiva, además de las condiciones del infractor, debía observarse la gravedad de la conducta cometida, los derechos de las víctimas⁷, y las necesidades de la sociedad⁸, ha de señalarse que, al tenor de lo previsto en el artículo 44 constitucional, el problema jurídico aquí planteado ha de analizarse a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre dichas materias, la normatividad interna y la jurisprudencia; siendo orientados, entre otros, por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas estas como las "Reglas de Beijing"⁹, y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, cuyos criterios y postulados han sido acogidos en el Código de la Infancia y Adolescencia¹¹ y en la jurisprudencia constitucional y ordinaria en punto a estas temáticas.

De este modo, emana directamente de aquellos el principio de prevalencia del interés superior de los menores, conforme al cual la solución final que aquí se adopte debe consultar y garantizar el bienestar de los niños y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, sin perjuicio de menoscabar los derechos fundamentales de los demás intervinientes en el proceso penal, como consecuencia necesaria de las condiciones de vulnerabilidad en las que ellos se encuentran.

Precisado lo anterior, y frente al argumento esbozado por el Tribunal en el sentido

⁷ Conforme lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación **SU-479 de 2019**.

⁸ De acuerdo a las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominadas las Reglas de Beijing, Regla No. 17.

⁹ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

¹⁰ Adoptada por el Estado de Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

¹¹ Ley 1098 de 2006, modificada por la Ley 1453 de 2011.

de que para determinar la sanción no sólo ha de tenerse en cuenta el interés del menor infractor, sino también que este debe ser proporcional a la gravedad de la conducta cometida; ha de advertirse que la Regla no. 5 de Beijing, sobre los objetivos de la justicia de menores, señala:

“5.1 El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.”

A su vez el literal a) de la Regla 17 establece:

“La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;”

Principios que fueron acogidos en la normatividad interna, como se advierte en el artículo 179 del Código de Infancia y Adolescencia, en el que se estableció como criterios para la definición de las sanciones: (i) la naturaleza y gravedad de los hechos; (ii) la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad; (iii) la edad del adolescente; (iv) la aceptación de cargos por el adolescente; (v) el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez; y (vi) el incumplimiento de las sanciones.

En aplicación de los cuales, el juez la impuso a **J.M.B.R.** la sanción pedagógica principal de privación de la libertad en centro especializado por el término de veinticuatro (24) meses.

Sanción que de conformidad con lo previsto en el artículo 178 ibidem, puede ser **modificada** por el juez en función de las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, por cualquiera de las otras sanciones previstas según lo prevé el artículo 187 ídem, en cuyo desarrollo

jurisprudencial¹² la Corte ha señalado que:

“la naturaleza y gravedad de la conducta no son criterios para definir la sustitución de la privación de libertad en el régimen sancionatorio dispuesto para los infractores menores de edad sino que su procedencia está determinada por las circunstancias particulares y necesidades del menor infractor.”

Postura ésta que, en consideración del fallador de segunda instancia, tiene como límite de aplicabilidad el derecho de las víctimas y las necesidades de la sociedad, de cara a lo cual ha de destacarse que si bien tanto la Corte Constitucional¹³, como la Corte Suprema de Justicia,¹⁴ han reconocido de manera reiterada el interés legítimo que asiste a las víctimas de obtener justicia y verdad, la primera orientada a que la conducta delictiva no quede en la impunidad, se imponga al responsable la consecuente sanción y se ejecute en su forma y términos de cumplimiento¹⁵, y la segunda para que se determine de manera precisa la forma como tuvieron ocurrencia los hechos; éstos, aun cuando en el caso en ciernes se trata de un sujeto de especial protección constitucional y legal, han de ponderarse frente a los principios que rigen el proceso y las sanciones del Sistema Penal de Responsabilidad de Adolescentes, entre ellos el carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema punitivo de los adultos, tanto en el proceso judicial como en la sanción a imponerse¹⁶, y en particular el que esta última **no comporta una finalidad retributiva sino protectora, educativa y restaurativa hacia el infractor**¹⁷, de cara a los cuales la Corte Constitucional¹⁸, tratándose de la concesión de principios de oportunidad cuando se cometen delitos sexuales

¹² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020), rad. Nro. 52.248, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

¹³ Corte Constitucional, sentencias C-209 de 2007 y C-651 de 2011.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 4 de abril de 2018, rad. nro. 46.784, M.P. Eugenio Fernández Carlier y Luis Antonio Hernández Barbosa.

¹⁵ Y en tal sentido tiene el derecho de intervenir frente a la concesión de mecanismos relacionados con la forma y términos de ejecución de la respectiva sanción.

¹⁶ Ley 1098 de 2006, art. 140.

¹⁷ Ley 1098 de 2006, art. 178.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-142 de 29 de marzo de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

contra niños, niñas y adolescentes cuyo agresor es un menor, ha señalado que la aparente tensión normativa debe resolverse en cada caso concreto a partir del postulado, según el cual y respecto de los menores de edad, la privación de la libertad ha de ser una medida de carácter excepcional.

Interpretación jurídica que surge como resultado de los criterios orientadores previstos en las normas **10.2**¹⁹, **13.1**²⁰, **17.1-b**²¹ **17.1-c**²² y **19**²³ de las Reglas de Beijing, como del artículo 37-b de la Convención Sobre los Derechos del Niño²⁴, entre otros, y que se observan y avienen en la misma exposición de motivos del proyecto de ley que derivó en el Código de la Infancia y Adolescencia, previstos estos en los artículos 140 y 141, inciso segundo, y que fueron adoptados luego, incluso de manera reiterada, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en estas materias,²⁵ lo que confluye unívocamente a concluir que la privación de la libertad sólo opera como última medida posible.

Conforme a lo anterior, para la imposición de sanciones no sólo aplica el principio de la proporcionalidad a la gravedad de la conducta, sino también las circunstancias personales del menor, bajo la perspectiva de que sólo se

¹⁹ "El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor."

²⁰ "Sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible".

²¹ "Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

²² "Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada;"

²³ "El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible."

²⁴ "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda."

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de febrero de 2019, rad. nro. 53.864, M.P., Luis Antonio Hernández Barbosa.



Radicado No. 20211600034531

Oficio No. FDSCJ-10100-

24/09/2021

Página 9 de 10

impondrá la privación de la libertad en caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona, o por su reincidencia en cometer otros delitos graves, **siempre que no haya otra respuesta adecuada como sanción.**

En el caso en ciernes, la actuación da cuenta que la menor **A.M.R.C.** fue entregada en custodia a su progenitora, lo que en principio permite considerar la no posible reincidencia de **J.M.B.R.** en la conducta punible; de otro lado, el informe psicosocial refiere que éste culminó sus estudios secundarios en 2017, inició estudios técnicos en el SENA, ha realizado sus prácticas en un establecimiento comercial, ha observado una conducta adecuada respecto del cumplimiento de sus deberes, normas y límites, tanto en el entorno familiar como social, sin que se haya visto incurso nuevamente en conducta punible alguna, lo que permite entrever un adaptamiento a la sociedad; aunado a que el sancionado se allanó a cargos, que sugiere que el menor ha seguido iniciado un proceso de reflexión y recapitación sobre su conducta; todo lo cual permite considerar que ha asumido de manera responsable su vida individual, familiar y social, bajo los lineamientos de su madre, haciendo innecesaria actualmente para la sociedad y para la víctima, la privación de la libertad.

Ahora bien, y a efectos de determinar cuál sería la sanción sustitutiva idónea, se advierte que la Fiscalía adujo que **J.M.B.R.** no ha iniciado un proceso restaurativo encaminado a orientar su conducta a través de asistencia psicológica, por lo cual, y en atención a que las sanciones tienen una **finalidad protectora, educativa y restaurativa**, se considera que el sancionado debe cumplir un seguimiento o un proceso educativo que le permita recapitar mayormente sobre su actuar, para no volver a cometer injusto alguno y corregir sus errores, por lo cual estima este delegado que la sanción sustitutiva más indicada es la *libertad asistida* por igual término a la sanción principal, a efecto de procurar su verdadera reintegración a la sociedad.

En este orden de ideas, y como ha quedado visto, en esta oportunidad la Fiscalía no comparte la interpretación efectuada por la Sala del Tribunal en



Radicado No. 20211600034531

Oficio No. FDCSJ-10100-

24/09/2021

Página 10 de 10

punto a las temáticas antes analizadas, y que dieron lugar a la revocatoria de la sanción sustitutiva concedida por el juez singular, por lo que en consideración de este delegado están llamadas a prosperar parcialmente las pretensiones del recurrente. Por todo lo anterior, se solicita respetuosamente a la Corporación **CASAR** la sentencia censurada y, en su lugar, conceder al procesado **J.M.B.R.** la sustitución de la sanción de privación de la libertad en centro especializado, por el término de veinticuatro (24) meses, por la de libertad vigilada durante el mismo lapso.

En los anteriores términos queda sentada la sustentación de la pretensión sancionatoria de la Fiscalía, en relación con el recurso de casación propuesto por la defensa.

Cordialmente,

MIGUEL EDUARDO MARTINEZ RIVERA
Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia