



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP3955-2021
Radicación n.º 59206
(Aprobado acta n.º 231)

Bogotá, D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de casación promovido por el defensor de **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 9 de junio de 2020, que modificó parcialmente la emitida el 6 de noviembre de 2019 por el Juzgado 20 Penal del Circuito de la ciudad, en virtud de la cual se condenó al acusado como autor del delito de homicidio agravado, en el sentido de reconocerle el estado de ira.

HECHOS

El 7 de diciembre de 2017, aproximadamente a las 10:25 p.m., en la vía pública, sector de la carrera 68F #35A Sur, barrio Alquería de la Fragua de la capital del país, DFLT, de 17 años de edad¹, portando un arma blanca, despojó de su teléfono celular a **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** y emprendió la huida.

FABIÁN ANDRÉS, junto con JOHN JAIRO ROJAS FERNÁNDEZ, persiguió al joven y logró quitarle el puñal. Sin embargo, unos menores que acompañaban a DFLT rodearon al primero, recuperaron dicho elemento y aprovecharon para arrebatarse la chaqueta y la gorra, al tiempo que DFLT volvió a agredirlo. Instantes después, **FABIÁN ANDRÉS** tomó de nuevo el arma y con ella embistió a DFLT hasta dejarlo herido en el piso.

FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS y JOHN JAIRO ROJAS FERNÁNDEZ fueron capturados más adelante por miembros de la Policía Nacional y DFLT, pese a ser trasladado al hospital de Kennedy, falleció al día siguiente².

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La audiencia preliminar concentrada, respecto de **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** y JHON JAIRO ROJAS

1 Nació el 12 de diciembre de 1999 -estipulación número 15- (folio 90 de la carpeta).
2 Según la necropsia, la muerte obedeció a «anemización aguda», como consecuencia de lesiones vasculares ocasionadas por arma corto punzante, particularmente, en cuello y espalda (folios 87 vuelto *Id.*).

FERNÁNDEZ, se realizó el 8 de diciembre de 2017, bajo la dirección del Juzgado 29 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá. En ella, se impartió legalidad a su aprehensión; la Fiscalía les imputó la coautoría en el delito de homicidio agravado (artículos 103 y 104-7 del Código Penal) y se les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario³.

2. En iguales términos se formuló la acusación⁴ el 27 de febrero de 2018, ante el Juzgado 20 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad⁵, despacho que presidió la audiencia preparatoria -los días 27 de abril, 9 de agosto, 20 de septiembre, 23 de octubre, 9 y 20 de noviembre de 2018⁶- y el juicio oral -sesiones del 10 de diciembre siguiente, 4 de marzo, 11 de abril, 9 de julio y 21 de agosto de 2019⁷, última en la que anunció sentido condenatorio de fallo-.

3. Acorde con lo proclamado, el Juez emitió sentencia el 6 de noviembre de 2019 y condenó a **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS**, como autor de homicidio agravado, a 400 meses de prisión, y a JHON JAIRO ROJAS FERNÁNDEZ, en calidad de cómplice del mismo delito, a 200 meses de prisión. Les impuso la sanción accesoria de «*interdicción de derechos y funciones públicas*» -entiéndase inhabilitación para su ejercicio- por 20 años al primero, y al segundo por idéntico lapso de la sanción aflictiva de la libertad. Les negó la suspensión

3 Acta en folio 12 *Id.*

4 El escrito se radicó el 5 de febrero de 2018 (folios 13 a 18 *Id.*).

5 Acta en folio 27 *Id.*

6 Actas en folios 39, 65, 67, 69, 72 y 74 a 76 *Id.*

7 Acta en folios 153 a 157, 159, 179, 252 y 265 *Id.*

condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁸.

4. La defensa de los procesados apeló la decisión y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá la revocó parcialmente para *absolver* a JHON JAIRO ROJAS FERNÁNDEZ⁹ y reconocer, en favor de **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS**, el estado de ira, por lo que fijó las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en 66.66 meses. Confirmó en lo demás¹⁰.

5. El defensor de **CARRILLO CASTELLANOS** interpuso y sustentó en tiempo el recurso de casación.

6. La Sala, por auto del 10 de mayo del año en curso, admitió la demanda y dispuso correr los traslados conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 020 del 29 de abril de 2020 -en razón de la emergencia sanitaria decretada en el territorio nacional a causa del COVID-19-.

LA DEMANDA

El jurista acusa al *ad quem* de violentar en forma indirecta la ley sustancial, por recaer en un falso juicio de identidad, toda vez que se demostró, concretamente con el testigo BRANDON ACOSTA MICHAEL HERNÁNDEZ y así lo reconoció el juzgador, que **CARRILLO CASTELLANOS** no tenía razones para

8 Folios 267 a 274 *Id.*

9 Libró, en su favor, la respectiva orden de libertad.

10 Folios 4 a 14 del cuaderno del Tribunal.

saber la edad de la víctima, pues no eran amigos ni conocidos cercanos.

Refiere que, según lo expuesto por los acusados y los documentos de medicina legal, el aspecto físico del hoy occiso no permitía colegir su minoría de edad, en cuanto era más alto que su representado y ejerció actos violentos y con fuerza. Así las cosas, tras el reconocimiento del estado de ira, en el que se soportaba su teoría del caso, era imperiosa la necesidad de examinar los subrogados penales y la prisión domiciliaria, sin embargo, el fallador no lo hizo, con lo cual olvidó dar cabida al error de tipo.

Sostiene que su prohijado tiene derecho a acceder a la prisión domiciliaria, en los términos de los artículos 38B y 38G de la Ley 599 de 2000, así como a los beneficios de excarcelación del Decreto 546 de 2020, pues no hay lugar a aplicar el canon 199 de la Ley 1098 de 2006, por ignorar el inculcado la edad del ofendido.

En su criterio, es inadmisibles conminar al acusado a la pena intramural, sin concederle la posibilidad de demostrar que cumple con los requisitos legales para la domiciliaria. Por consiguiente, solicita casar el fallo impugnado y facultar al juez de ejecución de penas para que examine el punto, sin atender la prohibición del Código de la Infancia y la Adolescencia, de cara a la causal eximente de responsabilidad del numeral 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

SUSTENTACIÓN Y REFUTACIONES

1. El *defensor* reiteró los argumentos del libelo y agregó que su prohijado estuvo en peligro de muerte por razón de la lesión que DFLT le causó el día de los hechos.

Adveró que el yerro de identidad surgió porque es imposible concluir, solo con los documentos que acreditan la minoría de edad de la víctima, que la agresión perpetrada tenía como fin afectar la vida de un niño o adolescente. La aplicación objetiva del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 restringe los derechos del procesado y le impide acceder a subrogados penales. Es necesario que se examine el tema, máxime con la entrada en vigencia de la Ley 2098 de 2021.

Pidió que se conceda a su representado la libertad condicional, según el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, puesto que lleva algo más de 43 meses de su privación ininterrumpida -desde el 7 de diciembre de 2017- o, en subsidio, se le reconozca la prisión domiciliaria, acorde con el precepto 38G *ejusdem*.

2. La *Fiscal 12 Delegada ante la Corte Suprema de Justicia (E)* solicitó no casar la sentencia por las siguientes razones:

El libelista desatendió las exigencias para una adecuada postulación del cargo, pues no indicó la prueba sobre la cual recayó el falso juicio de identidad; al paso que no hay coincidencia temática con la apelación, dado que en

ella la defensa no hizo reclamación frente a subrogados penales.

El *ad quem*, sin referirse a un error de tipo y para analizar la agravación punitiva de la inferioridad o indefensión, tuvo por probado que **CARRILLO CASTELLANOS** no conocía la edad de la víctima, pero aplicó el artículo 199 de la Ley 1089 de 2006 por cuanto para ello basta verificar el aspecto objetivo, sin ser necesaria argumentación alguna.

3. A juicio de la *Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal*, la censura debe prosperar por lo siguiente:

Después de recordar lo que se observa en el video aportado al juicio, en el que se logra visualizar lo acaecido la noche de los hechos, así como lo versionado por los dos acusados, en donde relatan que ese día el hoy fallecido hurtó a **CARRILLO CASTELLANOS** el celular, lo que originó las agresiones, advierte que razón tuvo el Tribunal para no reconocer la causal de «*puesta en indefensión de la víctima*», pero sí el estado de ira.

Se está ante un error invencible, que puede recaer sobre elementos normativos del tipo penal, sobre la existencia de la prohibición o sobre una de las causales de justificación o atenuación del delito. Aquí, **CARRILLO CASTELLANOS** no conocía la edad de la víctima y, además, mientras en la ficha dactiloscópica se da cuenta que aquél mide 1.65 metros y es de contextura delgada, en el informe pericial de necropsia se refirió que la talla del hoy occiso era de 1.76 metros y

contextura delgada. Por consiguiente, pese a que el inculpatado sabía que su comportamiento atentaba contra la vida e integridad de otro, ignoraba que se trataba de un menor y no tenía la posibilidad de salir de ese error.

Si bien ese error no justifica el homicidio, sí la «*circunstancia impeditiva de estudiar la viabilidad de aplicar los beneficios y mecanismos sustitutivos de que trata el Código de infancia y adolescencia*». En el contexto fáctico, debe «*aplicarse el error como forma de excepción a la aplicación de lo reglamentado en la ley 1098 de 2006 artículo 199*».

Pide casar la sentencia y analizar la viabilidad de otorgar la prisión domiciliaria a la luz del precepto 38B del estatuto sustantivo penal.

CONSIDERACIONES

El asunto sometido a discusión

1. La Corte no hará reparos frente a las falencias en la postulación del cargo, pues, como como bien se expuso en el auto admisorio de la demanda, los defectos fueron superados, en atención a que con la argumentación ofrecida se podía entender el sentido de la violación.

En consecuencia, resolverá sobre el fondo del asunto, esto es, si el Tribunal incurrió en algún yerro al aplicar la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2004 (Código de la Infancia y la Adolescencia), y negar,

exclusivamente con base en esa disposición, la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria a **CARRILLO CASTELLANOS**.

Antes de abordar el tema, la Sala hará una síntesis de los argumentos que, en torno a **CARRILLO CASTELLANOS**, se expusieron en la sentencia que se cuestiona.

El fallo impugnado

2. El juez plural comenzó por analizar el video introducido al juicio, que contiene varios de los sucesos ocurridos entre el procesado y la víctima la noche del 7 de diciembre de 2017, así como los testimonios de cargo y descargo, entre ellos, lo relatado por los inculcados en la vista pública, y, en punto de la causal de agravación del numeral 7 del artículo 104 del Código Penal, advirtió que algunas de las razones que el *a quo* exteriorizó para deducir la inferioridad de la víctima, como estar DFLT bajo el influjo de alcohol, su minoría de edad y que los procesados le impidieran ser auxiliado, no son precisas y otras no fueron probadas en juicio.

Afirmó al respecto que agresor y agredido se encontraban en las mismas circunstancias, por haber ingerido licor, y *«si bien la víctima tenía 17 años, este hecho, según los procesados, no era conocido por ellos cuando se presentaron los hechos»*¹¹, en cuanto **CARRILLO CASTELLANOS**

¹¹ Página 15 del fallo de segunda instancia.

indicó que solo se enteró que era menor al iniciar la actuación penal, pues «*durante los hechos no pensó que lo fuera porque era más alto y más gordo que él, al igual que ROJAS*»¹².

Adicionalmente, precisó que la «*ficha dactiloscópica de FABIAN CARRILLO da cuenta que mide 1.65 metros y es de contextura delgada, mientras que el informe pericial de Necropsia de la víctima, refirió que su talla era 1.76 metros y contextura delgada, confirmándolo*»¹³.

Luego, tras mencionar que víctima y victimario «*tenían edades y complexiones físicas semejantes y portaban armas iguales*»¹⁴, recabó en que sí se acreditó que «*mediante habilidad de combate CARRILLO puso a la víctima en inferioridad, cuando se le partió a ésta su arma blanca*»¹⁵.

Más adelante, reconoció que **CARRILLO CASTELLANOS** tuvo una reacción violenta e inmediata a la doble agresión que había sufrido previamente, por lo que obró en estado de ira y, consecuente con ello, redosificó la pena.

En ese acápite, indicó que no haría consideración en torno a los «*subrogados y sustitutos*», por prohibición expresa del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, toda vez que el ofendido era «*un menor de 17 años*»¹⁶.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ Página 16 *Id.*

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Página 21 *Id.*

La limitación del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, respecto de la concesión de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional y prisión domiciliaria

3. El Código de la Infancia y la Adolescencia prevé, en el artículo 3, que, para efectos de su aplicación, son titulares de derechos todas las personas menores de 18 años.

En el Título II, Capítulo Único, que se ocupa sobre los «*Procedimientos Especiales cuando los niños, las niñas o los adolescentes son víctimas de delitos*», está ubicado el precepto 199, cuyo tenor es el siguiente:

BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

1. *Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.*

2. *No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*

3. *No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.*

4. *No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.*

5. *No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.*

6. *En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.*

7. *No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*

8. *Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.*

4. Su literalidad no ofrece duda en torno a que, cuando se esté ante la comisión de los delitos de «*homicidio o lesiones personales, bajo modalidad dolosa, los atentatorios de la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro*», se restringe cualquier concesión de subrogados o sustitutos penales si la víctima es menor de edad.

Ahora, aunque podría entenderse que la mentada prohibición es plenamente operante solo con la constatación objetiva de la minoría de edad del sujeto pasivo de la acción penal, lo cierto es que no es así.

5. En efecto, en el derecho penal está proscrita la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por la mera producción del resultado. Por ende, para aplicar la referida restricción normativa es forzoso comprobar que el sujeto activo tenía conocimiento previo sobre esa minoría de edad o que ella era evidente o fácilmente constatable.

De no verificarse ello, su empleo es manifiestamente equivocado.

Así lo reconoció recientemente la Sala cuando, en sentencia CSJ SP1013-2021, rad. 51186¹⁷, sostuvo que la prohibición contenida en el numeral 7 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no es de verificación meramente objetiva:

Veamos: el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, precisa que cuando se trate de la conducta de homicidio, entre otras, cometidas en forma dolosa y la víctima sea un niño, niña o adolescente, no proceden las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

De tiempo atrás se tiene dicho que esta prohibición se extiende a la rebaja de pena por allanamiento a cargos:

“...el descuento por allanamiento también está incluido dentro de las prohibiciones contempladas en el artículo 199 de la Ley 1096 de 2008, como así lo establece el numeral 7° al indicar que “no procederán las rebajas de pena con base en los ‘preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado’, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004¹⁸”¹⁹

¹⁷ Aunque en esa oportunidad el problema jurídico planteado era la aplicación de una causal de agravación del homicidio -motivo fútil-, la Corte, al suprimirla, se adentró en el tema tras analizar que hubo manifestación de aceptación de cargos por el acusado y no se le reconoció rebaja por allanamiento, precisamente en atención a que la víctima era menor de edad.

¹⁸ [cita en texto transcrito] *Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 29901. En el mismo sentido, entre otras, decisiones de la misma fecha rad. 30299, de octubre 17 de 2007, rad. 28451 y de 12 de septiembre de ese mismo año, rad. 28086».*

¹⁹ [cita en texto transcrito] *Radicado 37668 del 7 de abril de 2011.*

Sin embargo, el desconocimiento por parte del sujeto agente sobre la minoría de edad de la víctima, debe reconocerse como una situación que impide aplicar la prohibición del artículo 199.7 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Es decir, el agresor debe tener consciencia de que está agrediendo a un menor de edad, y ese conocimiento debe obedecer a evidencias objetivas que se desprendan de las precisas condiciones fácticas que rodean al sujeto pasivo de la conducta reprochable.

Cuando se atenta contra la vida e integridad personal de un menor de edad, o cuando se lesiona el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de niños, niñas y adolescentes, para que se incurra en la prohibición que señala la norma, debe verificarse que de manera objetiva el sujeto tenía la posibilidad de actualizar su conocimiento frente a la edad de su víctima. Tal es el caso de niños o niñas que objetivamente reflejan su minoría de edad con una simple confrontación física.

Pero cuando de esa confrontación física objetiva resulte imposible la actualización del conocimiento sobre la edad del menor, como en el caso de adolescentes que reflejan una apariencia de personas mayores, se debe acudir no al objetivismo fáctico, sino que debe escudriñarse el conocimiento subjetivo que tenga el agresor sobre la edad de su víctima. Así ocurre generalmente cuando se trata de adolescentes que son víctimas de sus propios familiares o conocidos cercanos que saben de la minoría de edad, pero aun así quieren realizar la conducta. En este caso la prohibición si opera por el conocimiento previo de su edad.

Y es que si bien el artículo 199.7 de la Ley 1098 de 2006, es una norma prescriptiva que implica una prohibición de “no hacer”, desde la óptica de los operadores deónticos, lo que está contemplando es el mandato a los funcionarios judiciales para que no otorguen un beneficio pues se está vedando la rebaja de una pena cuando las víctimas sean menores de edad.

Empero, entender esa prohibición de una manera netamente objetiva implica que se admita una responsabilidad objetiva, no en cuanto a la declaración de responsabilidad en la ejecución de la conducta punible, pero si en torno a la incidencia que se deriva de esa declaración en la punibilidad, lo cual no puede aceptarse por expresa prohibición del artículo 12 del Código Penal, norma que consagra la verificación del conocimiento previo o potencial de la antijuridicidad, que para este caso se traduce en el conocimiento objetivo o la conciencia subjetiva de la edad de la víctima.

6. Los antedichos fundamentos jurisprudenciales se predicán, igualmente, frente a la proscripción del artículo 199 en comento, relacionada con la concesión de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena y libertad condicional, así como la prisión domiciliaria.

Por consiguiente, al funcionario judicial le corresponde examinar la situación concreta a efectos de constatar si el inculcado tenía el conocimiento previo o potencial de la edad de la víctima. De allí que, si no se comprueba esa conciencia en torno a que se estaba atentando contra la vida e integridad de un menor de edad, la referida limitante no puede operar y la situación habrá de analizarse a la luz de las disposiciones contenidas en el Código Penal.

Tal postura -se insiste- obedece a que en el derecho penal no pueden ser objetivas la responsabilidad ni sus consecuencias.

7. Vale la pena señalar que el asunto no se resuelve, como lo sugirió el recurrente y la delegada del ministerio público, por la vía del error de tipo, en tanto no estamos frente a un elemento del tipo penal, sino frente a una prohibición contenida en una norma ajena al mismo, que se ocupa sobre las consecuencias de la responsabilidad declarada, que no hace parte de la teoría del tipo. De allí que tampoco resulta admisible acudir a la analogía.

El caso concreto

8. De acuerdo con lo probado en juicio, para el momento de la comisión del delito, **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** no sabía que DFLT era menor de edad, ni siquiera lo conocía²⁰ y, además, por su morfología le era imposible inferirlo.

Los dos procesados, que decidieron rendir testimonio, fueron específicos en hacer tal manifestación²¹ y, concretamente, **CARRILLO CASTELLANOS** describió a la víctima como un sujeto más alto²² y más gordo, por lo que dedujo que era mayor que él²³.

Esas características se pudieron corroborar con el informe de la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Informe Pericial de Necropsia. En el primero se consignó que **CARRILLO CASTELLANOS** es delgado, mide 1.65 metros²⁴ y en el segundo, se dejó constancia que la contextura de DFLT era delgada²⁵, con talla 1.76 metros²⁶.

Adicionalmente, para la data de los acontecimientos (7 de diciembre de 2017), DFLT estaba próximo a cumplir 18 años -nació el 12 de diciembre de 1999-, lo que permite afirmar que bien podía revelar ser mayor de edad.

²⁰ Récord 18:24 de la sesión del juicio del 21 de agosto de 2019

²¹ Sesión del 31 de agosto de 2019.

²² Récord 13:03 de la sesión del juicio del 21 de agosto de 2019.

²³ Récord 27:31 *Id.*

²⁴ Folios 117 y 118 de la carpeta.

²⁵ Folio 124 de la carpeta.

²⁶ Folios 87 vuelto de la carpeta.

9. De acuerdo con la síntesis que se hizo del fallo de segunda instancia, emerge que el Tribunal, al examinar las razones esgrimidas por el *a quo* para dar por probada la circunstancia de agravación punitiva endilgada a **CARRILLO CASTELLANOS**, tuvo por acreditadas tales circunstancias, esto es, que el acusado no conocía la minoría de edad de la víctima y que tampoco era posible que la infiriera en razón a la contextura y fuerza de DFLT.

Sin embargo, al ocuparse sobre la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, decidió negarlas por razón de la restricción objetiva establecida en el precepto 199 de la Ley 1098 de 2006.

Ese razonamiento, además de ofrecerse claramente contradictorio, constituye una afrenta directa a la ley sustancial por aplicación indebida del canon 199 en comento, derivada de su inadecuada interpretación, y la consiguiente exclusión de los artículos 63 y 38B del Código Penal.

10. En ese orden, la crítica propuesta es fundada, aunque, se *itera*, no por comprobarse una violación indirecta de la ley sustancial, sino por la infracción directa descrita.

Por ende, la Sala casará parcialmente la sentencia de segunda instancia, en el sentido de excluir la negativa de conceder a **CARRILLO CASTELLANOS** los «*subrogados y*

*sustitutos*²⁷, por virtud de la aplicación objetiva del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

11. Ante tal determinación, lo procedente es entrar a verificar si se reúnen las condiciones establecidas en los cánones 63 y 38B del Código Penal para la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria de **CARRILLO CASTELLANOS**.

11.1 En lo que corresponde con la primera, la Corte la negará porque en el *sub examine* no se cumple el primer requisito normativo, en tanto la pena impuesta al enjuiciado supera los 4 años de prisión.

11.2 En lo que atañe con la prisión domiciliaria, se tiene que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto siempre que se satisfagan los siguientes requisitos:

1. *Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*

2. *Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

3. *Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En el caso de la especie, la pena mínima de prisión prevista para el delito cometido es de 66.66 meses, esto es, menor de 8 años.

²⁷ En esos términos se pronunció el Tribunal.

De otra parte, la conducta no se encuentra inscrita entre las señaladas en el artículo 68A del Código Penal.

Ahora, frente al arraigo, que se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado con el lugar donde reside, lo cual puede acreditarse con distintos medios cognoscitivos, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades, la Sala advierte que esas circunstancias sí pueden predicarse de **CARRILLO CASTELLANOS**.

En efecto, aunque durante el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el Juez impidió que el defensor descubriera las condiciones personales y sociales del implicado, pues en su intervención lo interrumpió tras afirmar que la prohibición del canon 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es *«una presunción iure et de iure, es decir, de derecho, que no admite prueba en contrario, entonces, no genere ese debate porque no viene al caso»*²⁸, lo cierto es que, del plenario, se pueden extraer.

Su lugar de residencia, ocupación, estudios y teléfono, fueron exteriorizados de viva voz por el inculcado en la audiencia preliminar²⁹; así mismo, él reveló en juicio, cuando decidió renunciar a su derecho de guardar silencio, no haber

²⁸ Récord 2:22:32 *Id.*

²⁹ Récord 03:53 del primer registro obrante en el disco compacto contentivo de la misma.

tenido inconvenientes judiciales con anterioridad³⁰ y, adicionalmente, se tiene que, antes de su aprehensión por razón de este proceso, residía con su esposa e hijo de 15 meses de edad, tal como lo consignó el perito psicólogo, FERNANDO VALBUENA TRUJILLO, en la evaluación y entrevista que le hiciere al procesado³¹.

A partir de lo anterior y toda vez que no se cuenta con información que permita deducir que colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que eludirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, es notoria la procedencia de la prisión extramural de que trata el artículo 38B del Código Penal.

Para tal efecto, **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** deberá garantizar, mediante caución juratoria, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el numeral 4° del precepto 38B.

El acta de compromiso respectiva la suscribirá ante el Juzgado del conocimiento y se comunicará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC del lugar donde quedará recluido domiciliariamente para lo de su cargo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

³⁰ Sesión del 21 de agosto de 2019.

³¹ Sesión del juicio del 9 de julio de 2019.

RESUELVE

Primero. CASAR parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto negó a **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS** los *subrogados y sustitutos penales* y **declarar** que la prohibición del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia es inaplicable para el caso concreto.

Segundo. Negar, por los motivos expuestos, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS**.

Tercero. Conceder la prisión domiciliaria a **FABIÁN ANDRÉS CARRILLO CASTELLANOS**, en los términos de los artículos 38 y 38B del Código Penal y de acuerdo con las condiciones establecidas en la parte considerativa de esta providencia.

Cuarto. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GERSON CHAVERRA CASTRO



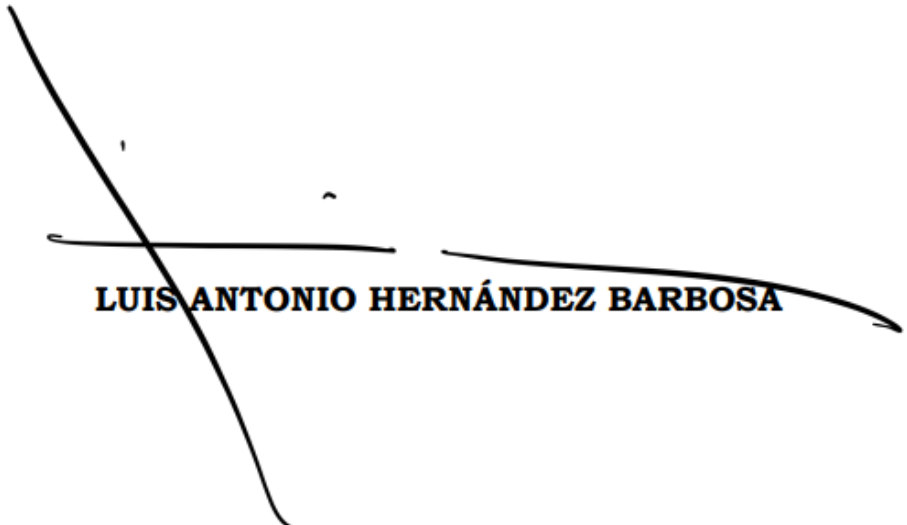
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER




LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021