



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Junio 22 de 2018 n.º 08

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>

### **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES**

Medidas aplicables a los adolescentes, medidas privativas de la libertad, análisis de necesidad y alternatividad

La Sala recoge su postura sobre la aplicación de estas medidas y denota la necesidad de realizar un análisis profundo de su necesidad, además de la aplicación de otras alternativas que son más beneficiosas para la resocialización del adolescente infractor.

SP2159 (50313) de 13/06/18

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

### **ANTECEDENTES**

Dentro del proceso adelantado contra DDMT, menor de edad para la fecha de los hechos, “*el Juzgado 7 Penal del Circuito para Adolescentes de Bogotá, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2016, lo declaró penalmente responsable del concurso de punibles materia de la acusación y le impuso la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializada por el término de 48 meses*”. Luego de esto “*el Tribunal Superior de Bogotá lo modificó a través del fallo recurrido en casación, expedido el 9 de marzo de 2017, en el sentido de fijar como sanción la imposición de reglas de conducta y, consecuentemente, ordenó la libertad del joven*”.

La Sala entra a decidir el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial de Familia, donde pide sea confirmada la sentencia de primera instancia que ordena la aplicación de la pena privativa de la libertad.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**JURISPRUDENCIA** - Variación: cambio, modificación o unificación || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Medidas aplicables a los adolescentes: medidas privativas de la libertad, parámetros || **SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES** - Medidas aplicables a los adolescentes: medidas privativas de la libertad, análisis de necesidad y alternatividad

«Esta Sala sobre el particular ha señalado que si en virtud del principio de legalidad de la pena sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, la privación de la libertad en centro de atención especializada procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, es decir, cuando el delito por el cual se ha declarado la responsabilidad penal tenga prevista pena mínima de 6 o más años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 años y menor de 18 años de edad; o cuando, siendo mayor de 14 años y menor de 18, se le ha declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, sin perjuicio de que una vez cumplida parte de la sanción sea sustituida en función de las circunstancias y necesidades del adolescente, en los términos del inciso 6º del artículo 187 del referido estatuto.

Aunque se advierte que conforme a los citados precedentes judiciales el asunto se encuentra dilucidado por la Corte, de manera que en este caso sería procedente casar el fallo de segundo

grado en el sentido de revocar las medidas de conducta dispuestas por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la sanción establecida en la sentencia de primera instancia consistente en privar al procesado de la libertad por el término de 48 meses, se encuentra que una nueva lectura e interpretación sistemática de los preceptos que regulan el asunto, en concordancia con las obligaciones internacionales contraídas por Colombia, conduce a una solución sustancialmente diferente que **impone recoger la referida jurisprudencia.**

En efecto, el artículo 161 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años”, como ocurre en este caso, pues el procesado nació el 13 de noviembre de 1995, es decir, cuando ocurrieron los hechos en febrero de 2012 tenía 16 años y para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21.

El artículo 187, modificado por el 90 de la Ley 1453 de 2011, dispone que la sanción de privación de libertad se aplicará a “los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de (...) delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual”, caso en el cual “tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho (8) años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas”.

No obstante, en la exposición de motivos del proyecto de ley 164 de 2010 Senado, que finalmente dio lugar a la Ley 1453 de 2011 se expresó con claridad:

*“En Colombia se consagra un régimen penal de semiimputabilidad para los menores entre los 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al*

*contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial.*

*“El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad”.*

Por su parte, el inciso 2 del artículo 140 del Código de Infancia y Adolescencia señala:

*“En caso de conflicto entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema”.*

A su vez, el artículo 141 del mismo ordenamiento establece que en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en dicha ley, texto similar a la parte final del inciso 1 del artículo 44 de la Carta Política.

No en vano la Defensoría del Pueblo ha concluido:

*“Aunque formalmente se ha señalado que el núcleo de la intervención del SRPA es la justicia restaurativa, en la práctica se evidencia la aplicación de un modelo de justicia retributiva, característico de la aplicación de la justicia penal: i) No se aplican medidas pedagógicas, sino castigos frente a la responsabilidad del adolescente; (ii) Se pretende que la amenaza de este castigo sea utilizada como mecanismo para disuadir del crimen a otros adolescentes o para evitar reincidencias (...); y (vi) Se aísla al adolescente de la comunidad de la que hace parte y en la que se produjo el daño que está llamado a reparar”.*

El artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 señala que además de las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, las que integran “en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y

aplicación. **En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente**".

En el literal b) del artículo 37 de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se dispone que *"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"*.

El numeral 1 del artículo 40 de la misma legislación señala como obligación de los Estados Partes tratar a los niños declarados culpables de haber infringido las leyes *"de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"*.

Y el numeral 4 de tal norma indica que respecto de menores infractores *"Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción"*.

En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1985, denominadas Reglas de Beijing, se expone en su Regla 17 que *"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"* y que **"Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible"**.

En la Regla 18 se establecen como medidas alternativas a la privación de libertad para menores: *"Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas; Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; y Otras órdenes pertinentes"*.

En la Regla 19 se manifiesta que **"El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible"**.

Conforme a lo anterior, concluye la Corte:

(i) Uno de los objetivos primordiales de la Ley 1453 de 2011 consiste en dar al menor una efectiva oportunidad de *"reintegración adecuada"* a la sociedad, la cual no se consigue cuando *"simplemente se le priva de su libertad"* y por el contrario, adquiere *"mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores"*.

(ii) Colombia tiene entre sus compromisos internacionales derivados de la Convención de Derechos del Niño que la privación de la libertad del menor declarado culpable se utilice *"tan sólo como medida de último recurso"*, además de *"promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"* y procurar *"otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones"*.

(iii) Según las Reglas de Beijing la respuesta al delito cometido por niños y adolescentes debe ponderar *"las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad"*, la restricción a su libertad impone un *"cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible"*, además de que se dispone un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad para menores y se reitera lo dicho en otros instrumentos internacionales en el sentido de que la reclusión *"se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible"*.

Entonces, advierte la Sala que las citadas disposiciones nacionales e internacionales pretenden solucionar tensiones propias de la administración de justicia penal para menores infractores, referidas en especial a la **rehabilitación versus la retribución**, la **asistencia estatal frente a la represión y el castigo**, o también, la respuesta frente al caso concreto y la protección de la sociedad, consolidando un conjunto de exigencias que de manera general se orientan a no dar prelación a la privación de libertad y sí, por el contrario, a otras medidas que cumplen con el respeto por la dignidad de los niños, en particular de sus derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad, en procura de garantizar su bienestar y futuro, pues resultan incuestionables las múltiples influencias negativas del ambiente penitenciario sobre el individuo, con mayor razón si se trata de menores, prefiriéndose entonces los sistemas abiertos a los cerrados, así como el **carácter correccional, educativo y pedagógico, sobre el retributivo, sancionatorio y carcelario**.

Desde luego, no se trata de que si en el curso de la actuación se impuso medida cautelar de privación de la libertad al procesado, en el fallo deba continuarse con la misma, sino de **apreciar en cada caso concreto si en verdad es necesario como “último recurso”** imponer la sanción de reclusión en centro de atención especializada.

En procura de asegurar el interés superior del menor es preciso, una vez establecida la materialidad del delito y su responsabilidad, no aplicar sin mayor ponderación la privación de libertad en centro de atención especializada, sino por el contrario, constatar qué medidas se encuentran acordes a su situación y materializan los propósitos del legislador y de la normativa internacional, todo ello dentro del marco del principio de legalidad de las sanciones.

En tal cometido, se observa que el artículo 177 del Código de Infancia y Adolescencia establece que a los adolescentes declarados penalmente responsables les son aplicables las sanciones de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187,

indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

En el artículo 179, a su turno, se fijan como criterios para definir la sanción en concreto, la naturaleza y gravedad de los hechos, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas la gravedad de los hechos y las necesidades de la sociedad y del infractor, la edad de éste, la aceptación de los cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez y de las sanciones.

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala, de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, “*tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa*” en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular».

[...]

Definido lo anterior se considera que en este caso la imposición de reglas de conducta tales como observar buena conducta familiar y social, no involucrarse en la comisión de nuevos actos delictivos, abstenerse de consumir sustancias psicoactivas y dedicarse a actividades educativas o laborales regulares ordenadas por el Tribunal, orientadas de conformidad con el artículo 183 del Código de Infancia y Adolescencia a “regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación”, resultan consonantes con las normas nacionales e internacionales sobre el particular y prevalecen sobre la privación de la libertad dispuesta por el juez de primer grado, pues además de que el estrecho contacto por cerca de 4 años con otros infractores podría exponer al acusado a más posibilidades de daño que asegurar su “reintegración adecuada” a la sociedad, es necesario que asuma su rol como padre de la niña nacida como consecuencia de las conductas investigadas.

También debe tenerse en cuenta que si el acusado nació el 13 de noviembre de 1995, para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se

profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21 años y en la actualidad tiene más de 22, además de que en el informe psicosocial elaborado por la Defensoría de Familia se indicó que desde el año 2012 se radicó en Duitama, convive con una adolescente de 17 años, tiene buena relación de pareja basada en el respeto y la solidaridad y la dinámica familiar gira en torno a la búsqueda de oportunidades laborales, sin que se tenga noticia de la comisión de nuevos delitos.

En suma, las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permiten deducir que en su caso no es aconsejable la privación de libertad en centro de atención especializada, sino la imposición de reglas de conducta a fin de brindarle la oportunidad de que ahora, años después de cuando ocurrieron los hechos, pueda recomponer su vida y no recluirse, medida esta última que como ya dijo, únicamente tendría un carácter retributivo o vindicativo ».

---

#### **ACUERDO DE PAZ** - Extradición de integrantes de las FARC-EP

La Jurisdicción Especial para la Paz “[...] *ha de constatar y calificar si los hechos que motivan el pedido de extradición se cometieron en el marco del conflicto armado, con anterioridad a la firma del Acuerdo de Paz. De la respuesta que se de a ello depende que la solicitud de extradición deba ser resuelta por la J.E.P. o haya de regresar a la Jurisdicción Ordinaria*”.

AP2176 (51134) de 30/05/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

#### **ANTECEDENTES**

En atención a la solicitud de extradición del ciudadano colombiano PLZN -desmovilizado de las F.A.R.C. sometido al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (S.I.V.J.R.N.R.)- elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, la Sala de Casación Penal evalúa la competencia para determinar la autoridad que debe conceptuar finalmente el caso.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Prohibición de conceder la extradición y adoptar medidas de aseguramiento con ese fin (Acto Legislativo 01 de

2017): aplica a integrantes de las FARC-EP que cometieron delitos durante el conflicto armado interno o con ocasión a éste, con anterioridad a la firma del Acuerdo Final para la Paz || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP)** - Extradición: integrantes de las FARC-EP, Jurisdicción Especial para la Paz, autoridad encargada de evaluar los presupuestos determinantes de la competencia propia o de la justicia ordinaria

« [...] el artículo transitorio 19 del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 señala:

*“No se podrá conceder la extradición ni tomar medidas de aseguramiento con fines de extradición respecto de hechos o conductas objeto de este Sistema y en particular de la Jurisdicción Especial para la Paz, ocasionados u ocurridos durante el conflicto armado interno o con ocasión de este hasta la finalización del mismo, trátense de delitos amnistiables o de delitos no amnistiables, y en especial por ningún delito político, de rebelión o conexo con los anteriores, ya hubieran sido cometidos dentro o fuera de Colombia”* respecto de *“todos los integrantes de las FARC-EP y...personas acusadas de formar parte de dicha organización, por cualquier conducta realizada con anterioridad a la firma del acuerdo final, para aquellas personas que se sometan al SIVJRNR.”*

De lo anterior se sigue que, como lo ha expuesto la Sala (CSJ CP142-2017, rad. 50.220), existen determinadas prohibiciones constitucionales para la extradición de ciudadanos involucrados en el conflicto armado interno, cuando haya cesado su actividad criminal en virtud de un acuerdo de paz. En ese entendido, no es posible conceder tal mecanismo de cooperación judicial

internacional respecto de los integrantes de las FARC-EP que hayan cometido conductas delictivas dentro o fuera de Colombia con anterioridad a la firma del Acuerdo Final de Paz, siempre que se sometan al S.I.V.J.R.N.R. y esté acreditada su pertenencia a esa organización.

[...]

Desde el Acuerdo mismo se estableció que *“la J.E.P. es una jurisdicción especial que ejerce funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia...Entrará en vigor en los términos establecidos en el Acuerdo Final y se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor”*. En esa dirección, también se lee en el Acuerdo de Paz, *“todas las actuaciones en el componente de justicia, de conformidad con las reglas aplicables a la Jurisdicción Especial para la Paz, respetarán los derechos fundamentales del debido proceso”*.

[...]

[...] de la anterior reseña normativa es dable extractar, de cara al asunto bajo examen, dos aspectos fundamentales: por una parte, que la garantía del debido proceso, aplicable a los ex integrantes de las FARC desmovilizados en virtud del Acuerdo de Paz, implica el absoluto respeto de las formas propias de los procedimientos dispuestos para su rendición judicial de cuentas; por otra, que siempre y cuando se den los requisitos de rigor, aquéllos están cobijados por una garantía de no extradición por delitos cometidos en el marco del conflicto con anterioridad a su sometimiento a la legalidad.

Conjugados tales asertos, **para la Sala es claro, entonces, que en virtud de la competencia prevalente, preferente, absorbente y exclusiva de la J.E.P., las solicitudes de extradición que recaigan sobre ex integrantes de las FARC, desmovilizados en virtud del Acuerdo de Paz y que se hayan acogido a la J.E.P., han de ser conocidas por esa jurisdicción especial**. Sólo ella es la habilitada constitucional y legalmente para calificar y constatar si se dan los presupuestos materiales para afirmar su competencia, a la luz de tres factores: i) en razón de la materia -delitos cometidos antes del 24 de noviembre de 2016, en el marco del conflicto-; ii) el personal -por integrantes de las FARC desmovilizados en razón del Acuerdo de Paz que hagan parte de los listados oficiales y que se hayan sometido a la J.E.P.- y iii) en razón del

tiempo -por hechos ocurridos con anterioridad a la firma del Acuerdo-.

Estando en vigor las normas traídas a colación, así como funcionando efectivamente la Jurisdicción Especial para la Paz, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para calificar tales factores. Tanto así que, inclusive, cuando se alega respecto de un integrante de las FARC-EP o de una persona acusada de ser integrante de dicha organización, que la conducta atribuida en la solicitud de extradición hubiere ocurrido por fuera del marco temporal que activa la competencia de la J.E.P., es la Sección de Revisión de ese Tribunal especial la competente para evaluar lo pertinente, a fin de determinar la fecha precisa de realización de la conducta punible y, de esa manera, decidir el procedimiento apropiado (art. 19 transitorio inc. 1° del Acto Legislativo 01 de 2017).

En ese entendido, sin entrar a calificar de ninguna manera los aludidos factores que activan la competencia de la J.E.P., en el presente trámite saltan a la vista elementos fácticos indicativos de que el juez natural para continuar conociendo del pedido de extradición es la J.E.P., como quiera que i) la acusación del país extranjero informa de la pertenencia del requerido a las FARC-EP, al tiempo que ii) aquél no sólo figura en los listados oficiales entregados al Gobierno por los representantes de dicha guerrilla, sino que, como lo pudo constatar la Sala, se encuentra sometido a la J.E.P., por lo que sólo puede ser ésta quien determine si la garantía de no extradición es aplicable, atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos -con anterioridad o posterioridad a la firma del Acuerdo de Paz- y si aquéllos se relacionan o no con el conflicto armado.

[...]

[...] dada la falta de competencia para continuar con el trámite de extradición, se remitirá la actuación a la Sección de Revisión de la J.E.P., pues es **esa jurisdicción especial la que ha de constatar y calificar si los hechos que motivan el pedido de extradición se cometieron en el marco del conflicto armado, con anterioridad a la firma del Acuerdo de Paz. De la respuesta que se de a ello depende que la solicitud de extradición deba ser resuelta por la J.E.P. o haya de regresar a la Jurisdicción Ordinaria**».

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Capacidad económica del infractor

En el elemento “*sin justa causa*” de esta conducta, **no se debe confundir la “falta de liquidez monetaria” con la “incapacidad económica”**

SP1984 (47107) de 30/05/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

**ANTECEDENTES**

« En audiencia de conciliación llevada a cabo el 26 de abril de 2005 en el I.C.B.F. de [...], JMCB acordó con MJGV que, en lo sucesivo, suministraría alimentos a su menor hija i) mediante el pago de una cuota alimentaria por la suma de \$105.000 mensuales; ii) a través del suministro de tres mudas de ropa anuales y iii) asumiendo el 50% de los costos de salud y educación.

Desde septiembre de 2009, JMCB dejó de cumplir con el referido acuerdo, motivo por el cual el 28 de abril de 2010 la señora GV, madre de la niña, formuló querrela en contra de aquél por el delito de inasistencia alimentaria.

Con el fin de agotar el requisito de procedibilidad previsto en el art. 522 del C.P.P., el 12 de febrero de 2013 se efectuó otra conciliación, en la Fiscalía. Esta vez, el señor CB se obligó a pagar \$7.000.000 en 12 cuotas mensuales, compromiso que tampoco cumplió”.

En primera instancia el procesado fue condenado por la conducta imputada, el tribunal revoco la condena ante la “incapacidad económica” del procesado.

En la demanda el apoderado de la víctima señala como las investigaciones dieron “cuenta del arraigo laboral de JMCB, quien ejercía el oficio de panadero, por el cual devengaba un salario mínimo mensual. Además, subraya, se probó que el acusado es copropietario de 3 lotes ubicados en [...], de acuerdo con la información suministrada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”. Por lo que sí existe capacidad económica, pero también el deseo de incumplir su deber por parte del procesado.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Alcance: deber de solidaridad || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Alcance del elemento sin justa causa

«De acuerdo con el art. 233 del C.P., el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá en prisión. La pena, valga destacar, se agravará cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

Entre otros elementos del tipo, dadas las particularidades del asunto bajo examen, la Sala ha de focalizar su análisis en dos aspectos fundamentales: i) el entendimiento de la inasistencia alimentaria como delito de infracción de deber y ii) la debida comprensión del elemento “sin justa causa”.

La inasistencia alimentaria se distingue por ser un delito de peligro, por cuanto no se requiere la causación efectiva de un daño al bien jurídico protegido. Éste, valga precisar, corresponde a un interés de tutela supraindividual, cuya existencia deriva de la institución constitucional de la familia como el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42 inc. 1º), a partir del cual se generan deberes especiales de solidaridad y asistencia entre sus integrantes, como la obligación de amparar mediante la prestación de alimentos (arts. 411 del C.C. y 24 de la Ley 1098 de 2006).

Bien se ve, entonces, que **la dañosidad social de la conducta**, al margen de los perjuicios concretos que puedan producirse en quien se ve desprovisto de alimentos por su alimentante, **radica en la desestructuración de uno de los componentes esenciales de la familia en tanto institución social**, a saber **el deber de asistencia entre sus integrantes**.

[...]

[...] la jurisprudencia de la Sala ha clarificado que **la mencionada conducta punible tiene como elementos constitutivos la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado, la sustracción total o parcial de la obligación y la inexistencia de una justa causa**, es decir, que la estructuración del

incumplimiento ocurra sin motivo o razón que lo justifique (CSJ SP 29 nov. 2017, rad. 44.758).

[...]

Frente al examen sobre el carácter justo o injusto de la infracción al deber de asistencia alimentaria, resulta fundamental la determinación de las posibilidades fácticas y jurídicas del obligado para suministrar alimentos. Sobre el particular, la Sala, siguiendo la jurisprudencia constitucional (C-237/97), ha precisado que **el deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad económica del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia** (CSJ SP 19 ene. 2006, rad. 21.023)».

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Capacidad económica del infractor: diferente a la liquidez monetaria || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Capacidad económica del infractor: determinación

« [...] al escrutinio probatorio aplicado por el Tribunal subyace un aserto del todo equivocado por contrariar las reglas de la experiencia, a saber, que tener bienes no implica tener capacidad económica. Como se reseñó, el núcleo de la absolución dictada por el Tribunal estriba en que si bien se probó que el acusado tiene bienes inmuebles, la Fiscalía no determinó si percibía algún ingreso mensual por alguna actividad lucrativa que los involucrara. Mas no tenía por qué hacerlo, como quiera que la titularidad de los mismos en cabeza del acusado es prueba de que tiene capacidad económica.

De acuerdo a la experiencia, **por lo general, quien tiene bienes inmuebles es porque tiene capacidad económica para adquirirlos. Además, ser el titular del derecho de dominio de ese tipo de bienes implica tener capacidad económica, pues es claro que la posibilidad de enajenarlos a título oneroso trae consigo ingresos económicos.**

[...]

En esa dirección, el ad quem incurre en falso raciocinio al sostener que si bien el acusado es titular de derechos reales de dominio sobre bienes inmuebles, carece de capacidad económica porque no se probó que de ellos

recibiera algún ingreso mensual por su explotación comercial.

**Para que se configure la injusta causa para proporcionar alimentos no se exige liquidez monetaria, sino capacidad económica**, que la tiene todo aquél dueño de bienes inmuebles. En ese entendido, si la Fiscalía acredita que el procesado, por una parte, se ha sustraído total o parcialmente a la obligación de proporcionar alimentos a quien por ley los debe; y por otra, que es titular del derecho de dominio de bienes inmuebles de los cuales no dispone para obtener recursos que le permitan sufragar sus deudas alimentarias, están dados los supuestos para afirmar la tipicidad objetiva del delito de inasistencia alimentaria. Un aserto en esos términos permite afirmar con suficiencia que el sujeto activo de la conducta ha infringido su deber de procurar los medios para cumplir con su obligación, pese a que tiene capacidad económica, derivada de la posibilidad de transformarlos en dinero para ser destinado a pagar las deudas por alimentos.

[...]

**El convertir los bienes en dinero para sufragar las deudas, valga precisar, es un comportamiento activo o positivo que depende del deudor de la obligación alimentaria.** La hipótesis delictiva mal podría acreditar que el acusado no desplegó ningún comportamiento para obtener recursos por enajenación de bienes, pues bien se sabe que las negaciones indefinidas no son objeto de prueba. Probado que el agente tiene capacidad económica derivada de ser el propietario de bienes, prima facie se descarta una justa causa del incumplimiento. Cuestión distinta es que el acusado pruebe que, pese a tener bienes, hizo lo posible por transformarlos en activos líquidos que le permitieran pagar sus deudas alimentarias, pero que por cuestiones ajenas a su voluntad no lo logró.

De suerte que, no habiéndose cuestionado que el acusado incumplió su obligación de suministrarle alimentos a su hija menor de edad, por cuanto lo hizo de forma insuficiente e incompleta, y habiéndose establecido que aquél sí tenía capacidad económica, es inobjetable que le asiste responsabilidad penal por inasistencia alimentaria».

**INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Derechos del menor: prevalencia || **INASISTENCIA ALIMENTARIA** - Capacidad económica del infractor: diferente a la liquidez monetaria

« [...] de las sentencias de instancia se deduce que la defensa no probó que el acusado hubiera realizado algún intento de enajenación de su cuota parte en los inmuebles, como tampoco que hubiera realizado alguna gestión para obtener ingresos dinerarios de los mismos. Por consiguiente, es irrefutable que su comportamiento omisivo en ese sentido implica la infracción de su deber de disponer de sus bienes para destinarlos al cumplimiento de su obligación alimentaria, la cual, resáltase, ha de entenderse prioritaria y prevalente sobre cualquier otra, dada la condición de menor de edad del alimentado. La falta de liquidez afirmada por el Tribunal le es atribuible a la desidia del acusado, quien no puso de presente ningún comportamiento activo destinado a convertir la capacidad económica inherente a su titularidad de derechos de dominio en dinero destinado al cumplimiento de la deuda alimentaria.

[...]

Ahora, es jurídicamente inadmisibles que el ad quem de alguna manera justificara la conducta

del acusado en el cuidado que éste les daba a su progenitora y a sus tíos de la tercera edad, como quiera que, sin dudarlo, **el derecho a percibir alimentos por parte de su hija ostenta prevalencia, por ser ella menor de edad.** Mientras que es insostenible, también, que el Tribunal adujera que no se descartó por la Fiscalía la explicación cifrada en que la mamá del procesado le “escribió” los bienes para eludir obligaciones. De los tres inmuebles, dos fueron adquiridos por el procesado sin que alguna vez hubieran pertenecido a su progenitora, mientras que, en lo jurídico, mal podría admitirse que el bien donado por aquélla a sus hijos sea usado para defraudar acreedores y no para el cumplimiento de obligaciones alimentarias en favor de menores de edad.

Así que, contrario a lo concluido por el Tribunal, para la Corte existe evidencia suficiente sobre la capacidad económica del acusado para cumplir con la cuota de alimentos a la que se obligó por conciliación a favor de su hija menor de edad. Tal aspecto fáctico descarta que, en lo jurídico, aplique una causa que justifique la proporción insuficiente e incompleta de alimentos, ya que ello se hizo esporádicamente y por valores inferiores a los adeudados».

---

## **SISTEMA PENAL ACUSATORIO – PRUEBAS DE OFICIO: Procedencia**

La Sala unifica su jurisprudencia y aclara en que actuaciones del Sistema Penal acusatorio el juez puede decretar pruebas de manera oficiosa.

Así mismo destaca que el trámite de la acción de revisión es una de las excepciones donde el juez puede decretar pruebas de oficio

AP2356 (50213) de 30/05/18

M. P. Eugenio Fernandez Carlier

## **ANTECEDENTES**

« Mediante sentencia de 15 de septiembre de 2011, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Bogotá condenó a JFCB como coautor de los delitos de secuestro extorsivo agravado, concierto para delinquir agravado y hurto calificado agravado. Consecuentemente, le impuso las penas de 534 meses de prisión y multa de 16,464.42 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La sentencia fue apelada por la defensa y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en fallo de 13 de abril de 2012, en el cual, sin embargo, resolvió ajustar oficiosamente la pena y fijarla en 485 meses de prisión y multa de 7,216.38 salarios mínimos.

El 28 de agosto de 2013 la Sala inadmitió el recurso de casación promovido por la defensa contra la sentencia de segunda instancia».

La Sala en auto del 8 de noviembre de 2017 admitió la acción de revisión. En la presente actuación analiza la posibilidad de decretar algunas pruebas de oficio.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**JURISPRUDENCIA** - Variación: cambio, modificación o unificación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas de oficio: prohibición legal, excepciones || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas de oficio: prohibición legal, solo se limita a la audiencia preparatoria

Según quedó esbozado en precedencia, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal señala que **“en ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”**.

Esa prohibición, anuncia desde ya la Sala, **no es aplicable a la actividad probatoria en el trámite de la acción de revisión**, conforme pasa a explicarse.

Digase, en primer lugar, que la mencionada proscripción se halla incluida en el Capítulo I del Título III del Libro III de la Ley, correspondiente, en lo específico, al trámite de la audiencia preparatoria, y, en lo general, a la fase del juzgamiento.

La ubicación del precepto examinado en la estructura de la codificación procesal permite inferir, en principio, que **está dirigido a restringir la actividad oficiosa del Juez de Conocimiento en la audiencia preparatoria**, lo cual implicaría, por consecuencia, que en otros escenarios procesales sí le está permitido al funcionario judicial decretar pruebas por iniciativa propia.

Esta hermenéutica encuentra soporte en la exposición de motivos del proyecto de Ley de la Cámara de Representantes No. 001 de 2003, finalmente aprobado como Ley 906 de 2004, en la que el entonces Fiscal General de la Nación sostuvo que:

[...]

[...] *“reconociendo en todo caso que el juez, dada su imparcialidad y teniendo en cuenta el carácter adversarial de la controversia, no puede decretar oficiosamente la práctica de ninguna prueba...”*

Como se ve, el entendimiento de la prohibición de que trata el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 estuvo desde un inicio asociado a la actividad del Juez de Conocimiento en la audiencia de preparación del juicio, y se fundamentó en *“el carácter adversarial de la controversia”* propio de esa fase de la actuación, y en el principio de imparcialidad.

[...]

La Corte Constitucional examinó la conformidad del artículo 361 precitado con la Carta Política en sentencia C - 396 de 2007, providencia en la cual lo declaró exequible y estableció que **“la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio y, especialmente en la audiencia preparatoria”**.

A esa conclusión llegó luego de analizar la ubicación del precepto en el Código Penal, pero sobre todo, tras examinar la estructura del proceso penal allí establecido y los principios que le subyacen, entre ellos, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento y la lógica adversarial.

En ese sentido, entendió que la prohibición de decretar pruebas oficiosamente en la audiencia preparatoria se explica y justifica *“desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes”* y, muy especialmente, desde la óptica de la presunción de inocencia y la garantía de in dubio pro reo.

[...]

Siguiendo ese criterio, el Tribunal Constitucional señaló que la proscripción de la iniciativa probatoria del Juez no es aplicable a las etapas anteriores al juicio, específicamente, a las que corren bajo la dirección de los Jueces de Control de Garantías, quienes sí tienen iniciativa probatoria, porque su *“única misión (es) garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados con el proceso penal”*.

Similar razonamiento ha sostenido esta Corporación, que, al analizar e interpretar la prohibición erigida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, ha discernido que la misma tiene fundamento en los principios de separación de las funciones de instrucción y juzgamiento, imparcialidad, neutralidad, e igualdad de armas, todos ellos inherentes a la controversia propia del juicio oral.

[...]

En armonía con tales planteamientos, la Sala no sólo ha acogido lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C - 396 de 2007 en cuanto a que la prohibición de ordenar pruebas de oficio “*se predica de la etapa del juzgamiento exclusivamente*”, sino que además, de manera expresa y explícita, ha sentado como regla que **en otras fases del proceso el funcionario sí cuenta con la facultad legal y constitucional de decretar pruebas por iniciativa propia.**

[...]

[...] la Corte, para afirmar la posibilidad que le asiste al Juez de decretar pruebas oficiosamente en el incidente de reparación integral, valoró esencialmente dos criterios: la naturaleza de ese trámite y su relación con el juicio, examinada desde la dinámica consecucional del proceso.

Valga precisar que en la fase de la ejecución de la pena, la facultad probatoria oficiosa del Juez no ofrece ninguna controversia, al punto que aparece expresamente consagrada en la Ley 906 de 2004.

[...]

A partir de las consideraciones que anteceden, la Sala sostiene las siguientes conclusiones: i) **la prohibición** establecida en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 **es aplicable única y exclusivamente al Juez de Conocimiento respecto de la fase del juicio**; ii) en consecuencia, no existe una proscripción que expresamente impida al Juez decretar y practicar pruebas de oficio en otras fases del procedimiento o en trámites distintos del juicio regulados en la Ley 906 de 2004; iii) en razón de lo anterior, la jurisprudencia constitucional y ordinaria han afirmado que tanto los Jueces de Control de Garantías como los Jueces de Conocimiento - en sede del incidente de reparación integral - pueden ordenar y practicar pruebas por iniciativa propia, al tiempo que la Ley 906 de 2004 autoriza a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para hacerlo; iv) la posibilidad de que el Juez encargado de un determinado trámite pueda practicar pruebas de oficio dependerá de la ponderación de distintos factores como la naturaleza del asunto, los derechos y garantías de las partes y los principios subyacentes al procedimiento establecido en la legislación procesal aplicable».

**JURISPRUDENCIA** - Variación: cambio, modificación o unificación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Acción de revisión: pruebas, el juez puede decretar pruebas de oficio

«[...] la Corte advierte que la Ley 906 de 2004 no prohíbe que el Juez, en sede de revisión, decrete y practique pruebas de oficio.

A partir de esa premisa, la Sala examinará ahora si existen razones para concluir que debe admitirse el decreto y la práctica oficiosa de pruebas para efectos de emitir fallo de fondo en la aludida acción extraordinaria.

Desde ya, la Corte anticipa su conclusión en el sentido de que el Juez, en sede de revisión, está facultado para decretar pruebas de oficio previo a proferir fallo de fondo, cuando lo estime indispensable para tomar una decisión acertada.

Las razones:

Tratándose la acción de revisión de un mecanismo correctivo cuya razón de ser es restablecimiento de los derechos de quien ha sido damnificado por un acto de adjudicación en el que se advierte una injusticia material, la actuación del Juez debe estar orientada a garantizar la prevalencia de lo sustancial sobre consideraciones de otra índole.

Admitida la demanda de revisión - lo cual supone que el interesado ha acreditado la prosperidad de la acción en un grado suficiente para habilitar su estudio de fondo -, resultaría contrario a la finalidad del mecanismo que, por razón de las falencias probatorias en que puedan incurrir el demandante o las partes, el Juez se vea obligado a descartar la pretensión y declarar infundada la causal invocada sin contar con elementos de juicio suficientes que permitan abordar de manera adecuada el problema jurídico.

[...]

Ahora, adviértase que la decisión adoptada al término del trámite de la acción de revisión (cuando la demanda es admitida), acarrea una de dos consecuencias: si la causal invocada se encuentra fundada, se removerá la firmeza de los fallos de instancia y, en caso contrario, se emitirá una sentencia que, por tener efectos de cosa juzgada, impedirá al interesado acudir nuevamente a ese mecanismo judicial por los mismos motivos.

En cualquiera de los dos casos, y en atención a la trascendencia que una u otra determinación

reviste, resulta inaceptable que la conformación del acervo probatorio recaiga exclusivamente en las partes y que el Juez o el Ministerio Público, aún al advertir falencias o insuficiencias en las postulaciones presentadas por aquéllas, se vea imposibilitado para intervenir oficiosamente a efectos de que el acervo que habrá de soportar el fallo sea el suficiente, máxime cuando, como ya se dijo, el procedimiento previsto en la Ley no permite la controversia sobre las pretensiones demostrativas de quienes intervienen.

**En el debate inherente a la acción de revisión no sobresale la lógica adversarial** - porque allí no se enfrentan dos pretensiones contrapuestas -, sino que está dirigida por el propósito de restablecer la justicia material, entendida como la coincidencia entre la verdad histórica y la declaración de justicia contenida en el fallo censurado.

Ello supone, a su vez, que el principio de imparcialidad que rige la actividad judicial en el juicio oral, aunque no desaparece, se encuentra mitigado, de suerte que compete al funcionario, no obrar con la neutralidad que de él se exige en la vista pública (y que se justifica precisamente porque allí le corresponde actuar como árbitro de dos posturas en conflicto), sino propender porque, a través de las pruebas practicadas en la audiencia, se obtenga el conocimiento necesario para establecer si las sentencias de las instancias deben ser dejadas sin efectos, finalidad frente a la cual no existen, en esencia, intereses de parte enfrentados.

En ese entendido, **la iniciativa probatoria oficiosa que despliegue el Juez** - a diferencia de lo que sucedería en el juicio - **no tendrá por efecto el favorecimiento** - consciente o inconsciente - de una pretensión de parte, con la consecuente afectación del equilibrio procesal y el menoscabo de principios como la presunción de inocencia e in dubio pro reo, sino la aproximación a un interés común a todos quienes intervienen en el trámite de la acción de revisión, cual es, se insiste, la corrección de una eventual injusticia.

[...]

El tenor de esos preceptos permite extraer dos conclusiones: por un lado, que en la acción de

revisión no se enfrentan pretensiones contrapuestas, por lo cual las pruebas que reclamen las partes no tienen por objeto acreditar un interés de parte, sino que deben estar orientadas - ser conducentes - a la auscultación de ese exclusivo problema jurídico. Por otra parte, que no existe en el trámite de esa acción extraordinaria una actuación verdaderamente adversarial, pues sólo así puede explicarse que la Ley no consagre la posibilidad de oponerse a las pruebas reclamadas por las partes.

[...]

Si bien el carácter rogado de este mecanismo supone que el trámite sólo puede iniciarse a petición del interesado y que le compete a éste acreditar las condiciones necesarias para admitir la acción, ello no significa que, luego de aceptada la demanda y demostrada sumariamente la configuración de la causal invocada, el Juez quede limitado a apreciar las pruebas presentadas por las partes, pues ya en esa fase su intervención está orientada por el objetivo correctivo de la acción.

[...]

De acuerdo con lo expuesto, es claro para la Sala que i) la naturaleza y el propósito de la acción de revisión justifican y hacen necesario que el Juez, cuando lo estime necesario, ordene pruebas de oficio que le permiten contar con los elementos de juicio cualitativa y cuantitativamente suficientes para tomar decisión, y; ii) el ejercicio de esa facultad no redundaría en una afectación a las garantías y derechos de las partes, como se concluye al examinarla a la luz de la dinámica propia de esa acción extraordinaria.

En consecuencia de ello, **la Sala concluye que, en el trámite de la acción de revisión, el Juez está habilitado para ordenar oficiosamente pruebas**, siempre que considere que ello resulta indispensable para proferir la sentencia que en derecho corresponda.

Los mismos argumentos permiten afirmar que **el Ministerio Público, en sede de revisión, tiene iniciativa probatoria libre, es decir, que no está restringida a una facultad excepcional**, limitada a la solicitud de medios de conocimiento esenciales no solicitados por las partes».

## LEYES DE LA CIENCIA - Características

Se pronuncia la Sala sobre los elementos integradores de las leyes de la ciencia; sobre la verificación y refutación de las mismas. Además, establece las diferencia entre estas y las aserciones probabilísticas

SP1786 (42631) de 23/05/18

M. P. Eugenio Fernandez Carlier

### ANTECEDENTES

« Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por la defensa de CALH contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el cual redujo a doce (12) años y cinco (5) meses de prisión la pena impuesta a dicha persona por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, que lo declaró autor responsable de un concurso de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce (14) años agravados».

[...]

Demanda, “al amparo de la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 (“manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”), propuso el recurrente un cargo único, consistente en la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso raciocinio en la valoración de la prueba que condujo al desconocimiento del principio de duda a favor del reo”, esto por cuanto en sentir de la defensa el tribunal desestimó el dictamen de una perito especializada, que se basó, entre otras, en probabilidades para analizar el testimonio de la víctima.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LEY DE LA CIENCIA** - Verificación y refutación  
|| **LEY DE LA CIENCIA** - No lo son las aserciones probabilísticas || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA**- Pueden sustentarse en una aserción probabilística || **FALSO RACIOCINIO** - Leyes de la ciencia

« [...] es científico todo enunciado que sea contrastable con el mundo empírico, esto es, que

haya sido confrontado mediante experimentos sin llegar a ser refutado. Dicho rasgo está presente cuando la ley implica o asegura “*que ciertos acontecimientos concebibles no ocurrirán*”, es decir, “*toda teoría contrastable prohíbe que ocurran determinados acontecimientos*”. De ahí que sea posible trazar la ley bajo la forma “*tal y cual cosa no pueden suceder*”.

Así, por ejemplo, es contraria a la ciencia la afirmación de un testigo según la cual una persona “*saltó del piso al techo de un edificio de 100 metros de altura*”, porque se trataría de un aspecto imposible de ocurrir, en tanto reñiría con la ley de la gravedad. Y constituiría un error de hecho por falso raciocinio en el caso de que un juez le brindara credibilidad a ese preciso punto del relato.

De idéntica manera, la demostración de un determinado acontecimiento fáctico que en principio haya sido prohibido o negado por la ley es lo que permite evidenciar sus falencias como ciencia o, en términos más precisos, falsear el carácter científico de aquella. Así, si un juez le otorga el valor de ciencia a un enunciado que ya fue empíricamente objeto de refutación (y, por lo tanto, descartado como tal), también podrá incurrir en un falso raciocinio en la valoración de la prueba.

Entonces, **la facultad de confrontarse con la experiencia es lo que deviene en científica cualquier ley, tesis o postulado**. Y, en cambio, será dogmática (o metafísica) toda aserción no contrastable, es decir, la que sea imposible de refutar, falsear o advertir sus fallas por medios empíricos.

[...]

Aclara la Corte que ninguna ley científica tiene la propiedad de ser irrefutable o imposible de desvirtuar, porque de ser así su contenido nunca sería ciencia sino dogma. **Será científico todo enunciado que, a pesar de ser confrontado racionalmente con la experiencia, no haya sido refutado o falseado**. Pero esto no significa que alguna vez pueda dejar de serlo, pues siempre se habrá de permitir, por medios empíricos, su contrastación.

Por último, no será necesario acreditar en el juicio la ley científica de amplia tradición y divulgación (por ejemplo: las de la física no cuántica, las de la termodinámica, el principio de Arquímedes, etcétera). Sin embargo, cuando una

de las partes pretenda introducir al debate proposiciones catalogables como ciencia que no cumplan con tales condiciones, deberá hacerlo mediante testimonio pericial en los términos del artículo 422 de la Ley 906 de 2004, es decir, a la luz de requisitos como los de confrontación, publicidad, confianza y aceptación.

Por otra parte, una aserción probabilística (del tipo “*ante una situación A es posible que ocurra B*”) no es ley científica. Lo anterior, debido a que estas “*no son falsables*”. Es decir, “*no excluyen nada observable*”. Por ejemplo, el hecho de ganarse la lotería no refuta ni falsea la afirmación según la cual “*lo más probable es que uno nunca se gane la lotería*”. Tan solo implica, empíricamente, que ocurrió el evento menos probable.

**Un enunciado probabilístico se asemeja más a una regla de la experiencia** (que obedece a la fórmula “*siempre o casi siempre que ocurre A, entonces sucede B*”) que a una ley o tesis científica. De hecho, toda tesis acerca de la probabilidad puede plantearse como una regla de la experiencia, en la medida en que (i) el suceso base (o A) aluda a la cultura, cotidianidad, modo de vida, etc., dentro de un entorno social específico y (ii) la frecuencia de acierto frente al hecho pronosticado (B) sea alta (“*siempre o casi siempre*”).

En los casos en los que los enunciados probabilísticos no puedan contemplarse como máximas de la experiencia, no es un imposible epistémico que las partes igual acudan a ellos, a modo de datos empíricos, para sustentar su teoría del caso.

[...]

En síntesis:

(i) Una ley científica es aquella que se ha contrastado por medio de la experimentación sin haber sido refutada.

(ii) A modo de proposición lógica, un enunciado científico puede plantearse bajo la fórmula “*dada la ley X, es imposible que se presente el suceso fáctico Y*”.

(iii) Otorgar credibilidad a un hecho ‘Y’ incompatible con la ley de la ciencia ‘X’ (como volar por sí solo, ocupar dos -2- cuerpos idéntico espacio, caminar sobre el mar, etc.) configura un error de hecho por falso raciocinio.

(iv) A su vez, la obtención de un hecho empírico ‘Y’ que riñe con el enunciado ‘X’ falsea o refuta el carácter científico de este. Aceptar como ley de la ciencia una aserción ‘X’ que ha sido contrastada y desvirtuada por la experimentación puede igualmente estructurar un falso raciocinio.

(v) Cuando la ley científica no goce de amplia tradición y divulgación, las partes deberán acreditarla en el juicio oral por medio de un testigo experto.

(vi) Un enunciado probabilístico no es ley científica. La aserción de probabilidad corresponde a la máxima “*ante una situación A, es posible que ocurra el evento B*” y podrá ajustarse a la fórmula de las máximas de la experiencia “*siempre o casi siempre que sucede A, entonces se da B*”, en tanto cumpla con los requisitos previstos por la jurisprudencia de la Corte.

(vii) Cuando no se constituyen en reglas de la experiencia, las partes podrán acreditar o desvirtuar acontecimientos con base en hipótesis de experimentos u observaciones anteriores de eventos probables asimilados a aserciones empíricas. Por ejemplo: “*el hecho debatido X riñe con el dato Y según el cual X, en tales condiciones, no se presenta el 90% de los casos*”.

(viii) Para ello, el enunciado de probabilidad tiene que ser introducido al juicio por un experto en la materia que aporte información suficiente acerca de los eventos observados, sus características, etc. Las partes, a su vez, podrán controvertirlo, bien sea cuestionando la estimación porcentual o la frecuencia sobre la cual fue construido el dato, o bien estableciendo que el hecho debatido obedeció al suceso que la otra parte quería descartar. Y, por último, el juez deberá apreciar el alcance del enunciado según la lógica de lo razonable».

**DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años: elementos, bien jurídico tutelado || **DELITOS SEXUALES** - Contra menores de catorce años: se configura, no requiere que la víctima sufra un perjuicio || **DELITOS SEXUALES** - Víctima: no es procedente abordar sus condiciones personales

« **El bien jurídico que se quiere proteger** en los delitos de abuso sexual con menores (artículos 208 y 209 del Código Penal), tal como lo reconoció la Sala en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad.

33022, “no reside en el amparo de la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de actos de índole sexual, sino en **la salvaguardia a favor de quienes no tienen autonomía para determinar en dicho ámbito su comportamiento**”.

Esto último presupone “que la prohibición normativa debe circunscribirse al ejercicio de relaciones sexuales consentidas con menores [o, en todo caso, sin el uso de la violencia], por lo que si el hecho se perpetra sometiendo la voluntad de quien no ha cumplido catorce años, se configuraría un delito de acceso carnal o acto sexual violento, según sea el caso, agravado en razón de la edad de la víctima (Código Penal, artículos 205, 206 y 211 numeral 4, modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008)”.

**Como regla general, entonces, los delitos de abuso sexual con menores cuentan con la aquiescencia de sus víctimas. El reproche penal, por lo tanto, no reside en lesionar la voluntad del sujeto pasivo, sino en aprovecharse de la inmadurez que, se presume, es predicable a raíz de la corta edad de la persona abusada** (menor de catorce -14-años). De ahí que, desde una perspectiva jurídico penal, se estima “ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por la norma, que es la atinente a la edad”.

Esta presunción acerca de la ausencia de discernimiento y juicio en el menor de catorce (14) años, aunque necesaria, es en todo caso imposible de desvirtuar desde un punto de vista científico, en tanto es más producto de un consenso cultural o de la sociedad que de un factor biológico [...].

[...]

Lo anterior, **por consiguiente, implica el reconocimiento de una amplia variedad de situaciones fácticas en las cuales el menor de catorce (14) años, en realidad, no se vería afectado de ninguna manera por el abuso sexual, e incluso defendería al perpetrador en el entendido de no haber contrariado nunca este su voluntad.** La práctica judicial muestra ejemplos de ello de manera frecuente.

También es probable que se presenten repercusiones en el comportamiento de los menores de edad, pero no suscitados en forma directa por el abuso al que se vieron sometidos,

sino por las reacciones que se producen dentro de su entorno luego de ser descubiertos los actos o relaciones sexuales.

La lesión del bien jurídico, en cualquier caso, no depende de un resultado concreto ocasionado al sujeto pasivo, sino de un dato de índole objetiva: hallarse el menor en una edad en la cual debe presumirse su incapacidad para sostener relaciones sexuales.

[...]

[...] **la psicóloga presentó juicios de índole moral acerca de la conducta del sujeto pasivo.**

La experta, en su informe, analizó el comportamiento de la víctima en las redes sociales y destacó que ella había subido “fotos sugestivas para una menor”.

Anexó al dictamen unas fotos, tomadas de Facebook, en las cuales la niña aparece en distintas poses [...].

[...]

La perito calificó estas fotos de inapropiadas, sugestivas e insinuantes.

[...]

Adicionalmente, recalcó que las imágenes de las fotos (iii) y (iv) correspondían a una “posición sugestiva adulta”.

**Consideraciones de este estilo por parte de la experta no pueden ser acogidas en la judicatura ni menos integrar la base de una opinión pericial.** La Sala, en fallos como CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508, “ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes la predicán”. A su vez, como se dijo en la providencia CSJ SP, 7 sep. 2005, rad. 18455, “las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual”.

En tanto de índole exclusivamente moral, las aludidas proposiciones de la perito ninguna teoría de absolución penal podían sostener. Calificar de sugestivas o insinuantes las fotos que una menor subía a las redes sociales no deviene en más o menos probable la perpetración en su contra de una conducta de abuso sexual [...] ».

---

## **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** – Nulidad por violación al principio de inmediación

La Sala clarifica el alcance de este principio cuando el juez que conoce el juicio no anuncia el sentido del fallo ni profiere la sentencia, o habiendo anunciado del sentido del fallo no es el encargado de proferir sentencia.

AP1868 (52632) de 09/05/18

M. P. Eugenio Fernandez Carlier

### **ANTECEDENTES**

« La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la defensa de RHAB y el representante del Ministerio Público contra el auto de 18 de abril de 2018, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio decretó oficiosamente la nulidad de la actuación «a partir de la iniciación de la etapa probatoria».

Lo anterior dentro del proceso penal que se adelanta contra el Juez de Garantías RHAB, quien revoco una medida de aseguramiento, y por los diferentes cambios de Magistrados que se han dado dentro del proceso.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: juez que tramita el juicio no es el mismo que anuncia el sentido del fallo y o profiere sentencia, reglas

«Reglas aplicables cuando el Juez **que tramita el juicio** no es el mismo que anuncia el sentido del fallo y/o profiere sentencia.

La entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, código de procedimiento penal de tendencia acusatoria, supuso el reconocimiento de una serie de principios y garantías ajenos a los que subyacen al régimen procesal previsto en la Ley 600 de 2000, entre ellos, el de inmediación de la prueba, según el cual - con expresas excepciones - *“en el juicio únicamente se estimará como prueba*

*la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento”.*

En similar sentido, el artículo 379 de la codificación en cita prevé que *“el Juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia”.*

De ahí que el canon 454 de la Ley 906 de 2004 establece que **deberá repetirse la práctica de la prueba “si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”** y entonces, como regla general, el funcionario que dirige la vista pública debe ser el mismo que anuncia el sentido del fallo y profiere sentencia.

Con todo, **esa causal de recisión no opera automáticamente ante la constatación objetiva del hecho que la configura - la sustitución del funcionario judicial** -, sino que, como todas las demás eventualidades formalmente capaces de provocar la nulidad, debe estar acompañada de la afectación o lesión material de uno o más derechos o garantías del procesado o las demás partes o intervinientes, o de la integridad del procedimiento. En otros términos, debe ser trascendente.

[...]

El criterio así expuesto no es otra cosa que la materialización de la lógica que atraviesa el instituto de las nulidades genéricamente considerado, en cuanto todas ellas tienen tanto un aspecto formal como uno material que exige, además de la constatación objetiva de la circunstancia invalidante, **la comprobación de una afectación real, tangible y cierta** a las garantías de las partes o la integridad del procedimiento.

En síntesis, **cuando se produce la variación del funcionario de conocimiento en el curso del juicio, de modo que quien presenció las pruebas no es la misma persona que adoptará la decisión (sentido del fallo o sentencia), procederá la anulación y repetición de la fase probatoria siempre que se evidencie una lesión efectiva y cierta de los derechos del procesado u otra parte o interviniente**, ora la perversión inaceptable de la estructura del trámite; valoración que debe efectuarse en cada caso concreto atendiendo a sus particularidades

y considerando, entre otros criterios, las razones que suscitaron el reemplazo del Juez, la existencia de registros de audio y video del juicio y su capacidad para reflejar de manera fidedigna lo sucedido, y la importancia que las pruebas no apreciadas por el Juez tienen para la decisión del caso».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: juez que anuncia el sentido del fallo no es el mismo que dicta sentencia, reglas || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: carácter vinculante

«Reglas aplicables cuando el Juez **que anunció el sentido del fallo** no es el mismo que dicta la sentencia.

El artículo 446 de la Ley 906 de 2004 prevé que, inmediatamente después de agotado el debate probatorio y presentados los alegatos de las partes, “*el sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública*”.

En relación con ese acto procesal, la Sala ha sostenido que el sentido del fallo y la posterior sentencia conforman “*una unidad temática inescindible*”, conceptualización de la cual se siguen varias consecuencias, entre ellas, que uno y otra deben guardar consonancia o congruencia, así como el deber que le asiste al Juez de “*respetar en su sentencia el sentido del fallo*”.

**Aunque la jurisprudencia de la Corte alguna vez admitió la posibilidad de que el Juez anulara el sentido del fallo** cuando, al construir la sentencia, se percatara de que atenerse al mismo “*implicaría una injusticia material*”, **ese criterio fue recogido** para, en su lugar, sostener el carácter vinculante de ese acto procesal y la inviabilidad de su rescisión a cargo del funcionario que lo produjo.

[...]

Así entonces, **en el actual estado de la discusión surge incontestable que el sentido del fallo vincula al Juez que lo anunció** y, por tal virtud, éste queda obligado, como paso necesario en la estructura consecucional del proceso, a proferir la sentencia que corresponda en congruencia con lo comunicado a las partes al término del debate probatorio.

**La situación es diferente cuando el funcionario que emitió el sentido del fallo no es el mismo que profiere** - o ha de proferir - la

sentencia, caso en el cual, por el contrario, **esta Corporación ha reconocido la eventual posibilidad de decretar la nulidad ese primer acto**.

[...]

[...] **la simple constatación del cambio de Juez no resulta suficiente para provocar la invalidación aludida**, pues, como sucede con todas las causales de nulidad previstas en la Ley, es necesario que esa circunstancia tenga una incidencia real o material en los derechos de las partes o la estructura del proceso, como sucedería, por ejemplo, cuando el funcionario discrepa del sentido del fallo anunciado por quien lo precedió, pues de verse obligado a redactar una providencia en contravía de su convicción sobre la responsabilidad o inocencia del procesado, resultarían ostensiblemente quebrantados los principios de autonomía judicial e imparcialidad (según lo consagró el legislador en el artículo 5° de la Ley 906 de 2004).

En contrario, y como resulta obvio, el cambio de Juez no suscita vicio alguno cuando el funcionario compelido a dictar sentencia comparte autónomamente el sentido del fallo anunciado por su antecesor, pues contravendría la lógica y la economía procesal anular éste para seguidamente emitir uno nuevo con idéntica orientación.

En esa línea, procederá la anulación del sentido del fallo cuando un Juez distinto de quien lo anunció debe dictar sentencia y, luego de valorar autónoma y libremente las pruebas, concluye su incorrección, de suerte que, para preservar la congruencia y coherencia exigidas de uno y otro acto, se hace necesario dejar el primero sin efectos.

Véase que, en la hipótesis que viene examinándose, las consideraciones que determinan la anulación del sentido del fallo no necesariamente están relacionadas con la integridad del principio de inmediación. Puede suceder, por ejemplo, que el Juez A tramita el juicio y aprehende personal y directamente las pruebas, pero por razones administrativas es el Juez B quien anuncia el sentido del fallo. Posteriormente, el Juez A asume nuevamente la dirección del despacho y le corresponde a éste dictar la correspondiente sentencia. En tal evento, aun cuando el funcionario sentenciador es el mismo que atendió la vista pública, bien puede suceder que tenga discrepancias respecto

del sentido del fallo anunciado por quien lo reemplazó temporalmente, por lo que, de verse obligado a dictar sentencia con apego a ese acto, resultaría desquiciada la autonomía judicial y, con ello, el proceso mismo.

La Sala también ha admitido que, ante la sustitución del Juez que anunció el sentido del fallo, el funcionario encargado de dictar sentencia anule no sólo ese acto sino la totalidad del juicio, con miras a garantizar los principios de oralidad e inmediación:

*“Así pues, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, no se trata de que el mismo juez que anunció el sentido del fallo lo hubiera modificado, sino que se presentó la circunstancia excepcional de que un juez distinto al que hizo el anuncio del sentido del fallo -evento de cambio de juez- se vio enfrentado a elaborar una sentencia, sobre pruebas que no se practicaron ante él.*

*Por tanto, en cumplimiento de los principios de oralidad e inmediación, fundamentales del sistema procesal de tendencia acusatoria, el nuevo juez resolvió declarar la nulidad que la censora ahora reprocha y, en consecuencia, repetir la práctica probatoria para así hacer efectivos los citados principios y adicionalmente el derecho material. Esto, como suele suceder cuando en cualquier proceso tiene lugar la invalidación total o parcial de la actuación procesal, naturalmente causa un desgaste a la administración de justicia y representa una carga para los intervinientes, pero -al contrario de lo que sugiere la recurrente- no puede ser una razón para no adoptar las determinaciones que, en un momento dado, el juzgado estime viables; sin perder de vista que las mismas dificultades probatorias que tal decisión pudo haber supuesto para la defensa también recayeron en la parte*

*acusadora, de allí que ninguna trasgresión al principio de igualdad se configuró.”*

Ahora, el pronunciamiento recién transcrito fue invocado en el auto recurrido como fundamento para concluir que, frente al cambio de los integrantes de la Sala, “no queda...camino diferente al de declarar la nulidad de la actuación, a partir de la etapa probatoria”.

No obstante, no es ese el alcance de lo allí decidido por esta Corte. En esa ocasión, se inadmitió una demanda de casación en la que se alegaba la violación del debido proceso como consecuencia de que el Juez de primera instancia resolvió anular y repetir la vista pública, precisamente porque no fue él quien presenció la práctica de las pruebas.

Que en ese caso concreto esta Sala no haya advertido una violación del referido derecho fundamental no significa que siempre y en todo caso, al producirse la sustitución del Juez con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, deba reiterarse el juicio oral, pues esa medida sólo procederá cuando, atendidas las particularidades del caso, se evidencie que no hacerlo redundaría en una afectación sustancial de las garantías de las partes o la estructura del proceso.

Así pues, frente a esta hipótesis la regla aplicable es esencialmente idéntica a la referenciada en el numeral 2º del acápite anterior, de suerte que **lo relevante será establecer la ocurrencia de un perjuicio trascendente, real, material y efectivo** derivado de que la sentencia sea proferida por un Juez distinto del que anunció el sentido del fallo».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)  
Teléfono: 5622000 ext. 9317  
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá