



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Junio 30 de 2023 n.º 06

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>

EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional: protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000 /

PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000 -

Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000 -**

Cooperación judicial internacional (extradición): no prima frente a la obligación de cada Estado de impedir la impunidad en su territorio / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando el hecho genera consecuencias negativas para el país requirente / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando exista regulación internacional que permita crear una ficción territorial

La Sala de Casación Penal, emitió concepto desfavorable sobre la solicitud de extradición del ciudadano peruano-estadounidense H.P.R.B. formulada por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Lo anterior, al considerar que, las conductas atribuidas a H.P.R.B. ocurrieron, en su totalidad, en Colombia, las víctimas son de nacionalidad colombiana y los hechos ya están siendo objeto

de juzgamiento por las autoridades judiciales competentes de este país.

Para el efecto, la Sala, dando aplicación a los principios de territorialidad, soberanía nacional y aut dedere aut iudicare; así como, a las prerrogativas consagradas en el protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, privilegió la aplicación de la ley colombiana.

CP143-2023(58921) de 21/06/2023

Magistrada Ponente:
Myriam Ávila Roldán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal n.º 1210 del 4 de septiembre 2020, pidió la detención provisional con fines de extradición de H.P.R.B., con fundamento en el «criminal complaint» n.º 20 CR 2019, emitido el 28 de abril de 2020, por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois, por el delito de «viajar al extranjero con fines comerciales con la intención de involucrarse en conductas sexuales ilícitas con menores edad».

2. El Fiscal General de la Nación, mediante resolución del 9 de septiembre de 2020, decretó la captura con fines de extradición de H.P.R.B., proveído notificado al solicitado el día 13 de noviembre del mismo año, al momento de efectuar su aprehensión.

3. A través de la Comunicación Diplomática n.º 0015 del 8 de enero de 2021, el Gobierno norteamericano formalizó el requerimiento de extradición.

4. El 28 de enero posterior, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Corte la documentación enviada por la Embajada norteamericana, debidamente traducida y autenticada, previo concepto de su homólogo de Relaciones Exteriores sobre la aplicación del ordenamiento procesal penal colombiano en el presente caso.

5. Luego de recibida la actuación en la Corporación, el Ministerio de Justicia y del Derecho informó que, mediante Nota Verbal n.º 2142 del 4 de noviembre de esa anualidad, la embajada estadounidense complementó la solicitud de extradición y allegó copia de la Acusación Formal en el caso n.º 20 CR 209 (también referido como Caso 1:20-CR-002009 y Caso 20cr209) emitida el 28 de abril de 2021 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois, en la que se le formulan tres cargos a H.P.R.B., aclarando que «La Acusación es ahora el documento operativo de acusación que sustenta la base de las solicitudes de extradición realizadas en este caso».

6. En auto AP2172-2022 del 18 de mayo de 2022 la Sala decretó la solicitud tendiente a garantizar el principio constitucional del non bis in ídem y en ese sentido, establecer si el reclamado estaba siendo procesado en nuestro país por los hechos materia de juzgamiento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

EXTRADICIÓN - Validez formal de la documentación: variación del documento por medio del cual se sustenta la acusación, no afecta los derechos del solicitado, siempre que no comprometa los hechos ni los cargos que lo sustentan

«Atendiendo que el país requirente mediante petición formal de extradición n.º 2142 del 4 de noviembre de 2021, precisó que el 28 de abril de esa anualidad, la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois profirió Acusación Formal en el caso n.º [...] (Caso [...] y Caso [...]) en contra del ciudadano peruano-estadounidense HPRB, la Sala abordará el análisis del presente concepto con fundamento en esa acusación, en tanto que la misma, como

bien indicó el gobierno norteamericano, reemplaza el “criminal complaint” n.º [...], proferido el 28 de abril de 2020, por esa misma autoridad judicial.

Esta situación, no afecta las garantías del reclamado, en la medida que esta nueva documentación solo compromete el nombre y la fecha que identifica la acusación, más no los hechos ni los cargos que la sustentan, los cuales se concretan en los delitos de por “Concierto de tráfico sexual de menores”, “Viajar en el comercio internacional para involucrarse en conductas sexuales ilícitas” y “Viajar en el comercio internacional e involucrarse en conductas sexuales ilícitas en un país extranjero con una persona menor de 18 años de edad”.

EXTRADICIÓN - Estados Unidos: inaplicación del tratado suscrito por las partes contratantes, por no existir una ley que lo incorpore al ordenamiento jurídico interno / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: normatividad aplicable / **EXTRADICIÓN** - Estados Unidos: requisitos

«De conformidad con el artículo 35 de la Constitución Nacional, modificado por el precepto 1º del Acto Legislativo n.º 01 de 1997, la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley, verbigracia, la 906 de 2004, en su artículo 490 y siguientes.

Cabe señalar que el 14 de septiembre de 1979 se suscribió entre Colombia y los Estados Unidos de América un “Tratado de Extradición” que se encuentra vigente, en la medida que las partes contratantes no lo han dado por terminado, denunciado, celebrado uno nuevo o acudido a alguno de los mecanismos previstos en la «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969» para su abolición.

A pesar de lo anterior, actualmente no resulta posible aplicar sus cláusulas en nuestro país ante la ausencia de una ley que lo incorpore al ordenamiento interno, como lo exigen los preceptos 150-14 y 241-10 de la Constitución Política, pues, aunque en el pasado se expidieron con tal propósito las Leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, la Corte Suprema de Justicia las declaró inexequibles por vicios de forma.

Por esa razón, la competencia de la Corporación, cuando se trata de emitir concepto sobre la procedencia de extraditar o no a una persona solicitada por el Gobierno norteamericano, se

circunscribe a constatar el cumplimiento de las exigencias contenidas en las normas del Código de Procedimiento Penal vigente al momento de emitir el respectivo concepto, toda vez que éstas regulan la materia y posibilitan cumplir con los compromisos de cooperación judicial adquiridos por Colombia, orientados a fortalecer la lucha contra la criminalidad transnacional»

EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional: protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000 / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** - Cooperación judicial internacional (extradición)

«En el caso examinado, conforme lo señaló el Ministerio de Relaciones Exteriores, debe estudiarse el requerimiento de los Estados Unidos de América con fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, pese a que la Cancillería no mencionó la existencia de algún instrumento internacional aplicable, ni el pedido de extradición se fundamenta en norma convencional alguna, la Sala estima que en el presente caso, por haber sido incorporado al ordenamiento jurídico interno, resulta viable acudir al “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000”, aprobado mediante la Ley 765 del 31 de julio de 2002.

La mencionada Convención contiene, en términos generales, una serie de compromisos internacionales encaminados a encauzar la cooperación legislativa y judicial entre los Estados Parte con el fin de prevenir la comisión

de los delitos previstos en el artículo 1° de la misma, dirigidos contra los niños, niñas y adolescentes.

[...] la expedición del presente concepto debe fundarse en la verificación del cumplimiento de las exigencias contenidas en el ordenamiento jurídico interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución Nacional, y en las directrices del referido protocolo.

Bajo ese panorama, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 490, 493, 495 y 502 de la Ley 906 de 2004, los requisitos se concretan en verificar (i) la validez formal de la documentación allegada por el país petente; (ii) la demostración plena de la identidad de la persona exhortada; (iii) la concurrencia de la doble incriminación, esto es, que el hecho que motiva la solicitud de extradición sea delito tanto en el Estado reclamante como en Colombia, y además que la legislación nacional lo sancione con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años y; (iv) la equivalencia que debe existir entre la providencia proferida en el extranjero y —por lo menos— la acusación del sistema procesal interno.»

EXTRADICIÓN - Instrumento de cooperación internacional / **EXTRADICIÓN** - Finalidad / **EXTRADICIÓN** - Principio aut dedere aut judicare / **EXTRADICIÓN** - Concepto desfavorable: el Estado requerido queda comprometido a iniciar la investigación

«La extradición es un mecanismo de cooperación jurídica internacional que tiene como propósitos principales evitar la impunidad y, asegurar la investigación, juzgamiento y sanción, especialmente, de aquellos delitos de naturaleza transnacional. [...]

Esta figura surgió por el interés de los Estados en lograr que los delitos cometidos en su territorio, total o parcialmente, sean efectivamente juzgados y se soporta, principalmente, en el principio aut dedere aut judicare. Conforme a éste, los Estados están obligados a perseguir internamente o, en su defecto, a poner a disposición de otro Estado al responsable. La obligación, en verdad, es de cooperación internacional en la persecución, pero en su concreción los Estados tienen la prerrogativa de elegir entre la judicialización nacional o la extradición.

Dicho mecanismo propende, además, por contribuir a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de ayuda y cooperación mutuas entre las naciones. De ahí que, cuando un Estado, en ejercicio de tal prerrogativa, decide no concederla, habrá de cumplir la carga que deriva del axioma *aut dedere aut judicare*, esto es, la de investigar y juzgar al requerido bajo las leyes nacionales (CSJ CP184-2021 17 nov. 2021 rad. 53719).

La extradición no tiene carácter sancionatorio, tratándose, en realidad, de un procedimiento jurídico administrativo que, en todo caso, ha de desarrollarse con observancia del debido proceso y los derechos fundamentales inherentes a la persona solicitada bajo tal trámite.»

EXTRADICIÓN - Non bis in ídem: procedencia, exclusivamente frente a sentencias ejecutoriadas que hayan hecho tránsito a cosa juzgada

«Además de lo establecido en los artículos 493 y 502 del Código de Procedimiento Penal, la Corte ha venido sosteniendo que la inobservancia del principio de non bis in ídem se puede erigir en causal de improcedencia de la extradición, sólo si para el momento en que se emite el concepto existe cosa juzgada, es decir, si media sentencia en firme o providencia ejecutoriada, respecto de los hechos por los cuales se requiere a la persona, que tenga igual fuerza vinculante.

En este caso, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol -DIJIN-, en respuesta al requerimiento efectuado, refirió que, una vez consultada la información sistematizada de antecedentes, las únicas anotaciones que registra el requerido son: (i) una orden de captura por cuenta de este trámite de extradición y (ii) una medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Once Penal Municipal de Medellín [...].

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación indicó que contra HPRB se adelanta una investigación bajo el radicado n.º [...] por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, suministro a menor, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y turismo sexual que adelanta la Fiscalía 14 Seccional de Medellín ante el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín.

Con fundamento en ese proceso es que el defensor propone que se emita concepto desfavorable a la solicitud de extradición de su

prohijado, por cuanto allí, asegura, se juzgan los mismos hechos que fundan el pedido de entrega.

[...]

Al comparar el contexto fáctico del escrito de acusación presentado ante el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín con la acusación foránea, la Sala evidencia que los hechos que motivan el juzgamiento en Colombia, en concreto, que el reclamado, entre los años 2015 y 2017, viajó en múltiples oportunidades a este país con el propósito de sostener relaciones sexuales con niñas menores de dieciocho años, a cambio de una remuneración económica, tienen similitud con los referidos en el indictment n.º [...] formulado por Estados Unidos de América.

Lo anterior, podría eventualmente dar paso a la oponibilidad de la cosa juzgada, si no fuera porque en esa causa, aún no se ha proferido una sentencia condenatoria en contra del requerido. De acuerdo con la información suministrada por el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, a la fecha no se ha finalizado el juicio oral.

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que: el doble juzgamiento puede erigirse en causal de improcedencia de la extradición sólo si para el momento en que se emite el concepto existe cosa juzgada, es decir, si media sentencia en firme o providencia ejecutoriada que tenga igual fuerza vinculante y, si adicionalmente se está frente a una de las hipótesis que autorizan la aplicación del principio... (CSJ CP, 14 Nov. 2012, rad. 39575. Citado en CSJ CP036-2018, 21 mar. 2018, rad. 49006).

En esa medida, como en Colombia aún no existe cosa juzgada frente a los hechos que también motivan el trámite de extradición de HPRB, la Sala no emitirá un concepto desfavorable por esta circunstancia.»

EXTRADICIÓN - Lugar de comisión del delito: teoría de la ubicuidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de territorialidad / **EXTRADICIÓN** - Principio de extraterritorialidad / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando el hecho genera consecuencias negativas para el país requirente / **EXTRADICIÓN** - Hecho ocurrido en Colombia: viabilidad de aplicar la ley extranjera, cuando exista regulación internacional que permita crear una ficción territorial / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE**

LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000 - Obligaciones de los Estados para ejercer su jurisdicción frente a los delitos señalados en la convención / **PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCIÓN INFANTIL Y LA UTILIZACIÓN DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA, ADOPTADO EN NUEVA YORK, EL 25 DE MAYO DE 2000** -

Cooperación judicial internacional (extradición): no prima frente a la obligación de cada Estado de impedir la impunidad en su territorio / **EXTRADICIÓN** - Prevalencia de la jurisdicción nacional sobre la extranjera: análisis del caso

«Atendiendo que el solicitado en extradición no es ciudadano colombiano, en principio, no habría lugar a evaluar la causal relacionada con el lugar de comisión de los delitos. Sin embargo, en consideración a que en el presente asunto ni el Ministerio de Relaciones Exteriores, ni el pedido de extradición invocan norma convencional alguna, Sala estima que dicha previsión constitucional debe ser examinada, en armonía con el principio de territorialidad previsto en el artículo 14 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto las conductas objeto de imputación y fundantes del pedido de entrega, de evidenciarse su materialización, acaecieron exclusivamente en territorio de Colombia. De ahí que la aplicación de la ley colombiana debe resultar privilegiada en el juzgamiento de los hechos por los que el ciudadano extranjero es solicitado.

Para ese efecto, es oportuno recordar que la determinación del lugar de comisión del delito para efectos de la aplicación de la ley penal colombiana en el espacio se rige en nuestro ordenamiento por la teoría de la ubicuidad, que considera cometida la conducta punible: (i) en donde se desarrolló total o parcialmente la acción; (ii) en el lugar donde debió realizarse la acción omitida o; (iii) en el sitio donde se produjo o debió materializarse el resultado.

Si uno de estos dos extremos (acción-omisión o resultado) se cumple en el territorio nacional, y el otro fuera del mismo, la conducta, para efectos de la aplicación de la ley penal colombiana, se puede considerar cometida en Colombia o en el exterior. Pero, si ambos extremos tienen

realización material en el territorio nacional, el delito se asume cometido en Colombia. [...]

Los principios de territorialidad y extraterritorialidad previstos en los artículos 14 y 16 del Código Penal, modificado este último por el artículo 22 de la ley 1121 de 2006, autorizan la aplicación de la ley penal a todas las personas que la contravengan en territorio nacional o en alguna de las hipótesis del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial. Estas por constituir principios de derecho internacional son de forzosa observancia dentro del ordenamiento jurídico interno por mandato del artículo 9 Superior. En igual medida ostentan el carácter de doble vía, dado que facultan a las autoridades colombianas para investigar conductas realizadas total o parcialmente en el exterior, y, legitiman a las extranjeras para adelantar la acción penal por hechos ocurridos parcial o totalmente en nuestro territorio.

Precisamente, frente a este último escenario, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido la viabilidad de aplicar la ley extranjera a personas que han cometido hechos delictivos en el territorio colombiano, y, por consiguiente, ha autorizado la extradición, en los siguientes casos: (i) cuando se trata de delitos típicamente transnacionales con efectos reales o presuntos en el extranjero, o (ii) cuando se está frente a la existencia de normas de carácter internacional «en virtud de las cuales se justificará tanto la extensión de la ley colombiana a actos, situaciones o personas que se encuentran en el extranjero, como la aplicación de la ley extranjera, en ciertos casos, en el territorio colombiano» (C-1189 /2000).

En ese orden, no es relevante si el Estado requirente se atribuye competencia, extraterritorial o universal, para investigar o juzgar las conductas que motivaron el pedido de extradición, pues lo significativo es: (i) si los hechos se materializaron o tuvieron efecto, total o parcialmente, en el extranjero, o si, (ii) excepcionalmente, en virtud de una norma de carácter internacional, es posible acudir a una ficción territorial.

En esa medida, conforme con la primera hipótesis, corresponde verificar si las conductas delictivas por las que se pretende la extradición se materializaron o tuvieron efecto, total o parcialmente, en el territorio del país reclamante.

Confrontados los cargos imputados a HPRB en la acusación que sirve de fundamento a la solicitud de extradición, se establece, sin mayores dificultades, que los comportamientos delictivos que se le endilgan, consistentes en concertarse con otras personas para contactar diversas niñas y adolescentes entre los catorce y diecisiete años de edad y, ofrecerles dinero a cambio de sostener relaciones sexuales con ellas, sucedieron y tuvieron efectos, únicamente, en territorio colombiano.

[...]

Es muy específico y claro el pliego de cargos en señalar que las conductas delictivas objeto del pedido de extradición se materializaron en Colombia, y aun cuando se alude a la afectación de intereses de los Estados Unidos de América con la realización de los hechos punibles, nada conduce a considerar que dicho menoscabo haya comprendido el despliegue de actos objeto de reproche por fuera de los límites del territorio colombiano. Máxime cuando la referencia que se hace a los encuentros de índole sexual propiciados y patrocinados por el requerido, de acuerdo con los presupuestos indicados, tuvieron lugar en Medellín, Copacabana y Cartagena, y, que las víctimas de esos ilícitos eran niñas y adolescentes de nacionalidad colombiana -que no superaban la mayoría de edad-.

Pues bien, una vez establecido que los hechos se materializaron, a cabalidad, en territorio colombiano, con lo cual descarta la aplicación de la primera de las hipótesis, lo procedente es constatar si se presenta en este evento la segunda hipótesis, esto es, si se está frente a la existencia de alguna norma de carácter internacional que contemple una ficción territorial que, excepcionalmente, permita al Estado reclamante juzgar conductas punibles ocurridas totalmente en el territorio nacional.

Esta solución no depende de la ocurrencia material o presunta —ya sea por su ejecución o por sus resultados parciales— del delito en el exterior, sino de la ficción creada por una norma internacional.

En este caso, según lo conceptuó el Ministerio de Relaciones Exteriores, no existe ningún tratado o convención vigente entre Colombia y Estados Unidos de América que sirva de marco normativo a la solicitud. Sin embargo, como se dijo en el acápite 3.3., la Sala advierte de la existencia de

un Convenio multilateral aplicable al presente trámite. Se trata del «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000», incorporado a nuestra legislación interna mediante la Ley 765 del 31 de julio de 2002.

Dicho instrumento internacional establece en el artículo 4° que todo Estado Parte podrá adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva su jurisdicción respecto a los delitos allí contenidos «Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio». Así mismo, prevé en su artículo 5, numeral 4 que, para efectos de la extradición entre Estados Parte, los delitos “se consideraran cometidos no solamente en el lugar donde ocurrieron sino también en el territorio de los Estados obligados a hacer efectiva su jurisdicción”, lo que implica que establece una ficción territorial como mecanismo de cooperación para enfrentar esta criminalidad. Ello permite sostener que conforme a esta cláusula, en principio, el Estado requirente podría también ejercer jurisdicción en los términos del tratado multilateral. Sin embargo, como se expone a continuación el imperio del principio de territorialidad, y la afectación exclusiva de intereses del Estado requerido permiten afirmar el ejercicio prevalente de la jurisdicción colombiana.

En este orden de ideas, desde el punto de vista de Colombia, en tanto Estado Parte, el protocolo consigna diversas obligaciones de cooperación internacional encaminadas todas ellas a hacerle frente a los delitos de «venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil». En especial, las de (i) adoptar medidas legislativas y administrativas dirigidas a la prevención y sanción de los mismos; (ii) brindar asistencia en relación con cualquier investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a esos delitos; (iii) disponer medidas para incautar y confiscar los bienes empleados para la comisión de esas conductas delictivas, así como de las utilidades derivadas de ellas y; (iv) garantizar los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente protocolo en todas las fases del proceso penal.

Dentro de ese deber general de adoptar medidas de carácter interno, el protocolo dispone que cada

Estado Parte deberá establecer su jurisdicción cuando quiera que el delito haya sido cometido directamente en su territorio; por sus nacionales o por personas apátridas que residan habitualmente en su territorio; o cuando la víctima sea nacional de ese Estado.

De igual manera, allí se precisa, que nada de lo dispuesto en ese instrumento internacional excluirá el ejercicio de la jurisdicción penal de conformidad con la legislación nacional; y que igualmente, si un Estado Parte decide no conceder la extradición de la persona pretendida, deberá someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de su enjuiciamiento, sin excepción alguna. Esto constituye una manifestación del ejercicio de su soberanía territorial. Se trata por tanto de aplicar el principio de territorialidad de la ley penal.

Como se vio, en este caso los comportamientos por los que se pretende la entrega fueron cometidos exclusivamente en territorio colombiano y las múltiples víctimas de las conductas perpetradas por HPRB son de nacionalidad colombiana, con lo cual se satisfacen los presupuestos indicados en el numeral 1° y literal b) del numeral 2° del artículo 4 del precitado protocolo, para que Colombia haga efectiva su jurisdicción respecto a esos delitos.

Bajo esa línea, adquiere preponderancia el hecho de que las víctimas de esos hechos ilícitos eran niñas menores de dieciocho años -de nacionalidad colombiana-, a quienes el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales ratificados por este país, exigen brindar una especial protección, en la que se incluyen, medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlas contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido, trato negligente, o explotación, incluido el abuso sexual. De igual forma, cuando un niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito de esa naturaleza, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar las medidas de protección necesarias y, de garantizar sus derechos e intereses en todas las fases del proceso penal.

Aquí, es oportuno recordar que el artículo 11 del «Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía» preceptúa que nada de lo dispuesto en ese instrumento se entenderá en

perjuicio de cualquier disposición más propicia a la realización de los derechos del niño que esté contenida en la legislación de un Estado Parte o en el Derecho Internacional en vigor con respecto a ese Estado.

En ese sentido, Colombia ha suscrito diversos convenios internacionales y ha adoptado múltiples disposiciones legales para hacer efectiva su jurisdicción frente a los actos o comportamientos de tipo sexual ejercidos sobre un niño, niña o adolescente y, para juzgar a todos los participantes en el comercio sexual. De manera que, el ordenamiento jurídico interno cuenta con las herramientas legales adecuadas para efectuar la investigación y juzgamiento de los hechos que sustentan el pedido de extradición y, así evitar la impunidad.»

EXTRADICIÓN - Concepto desfavorable / **EXTRADICIÓN** - Prevalencia de la jurisdicción nacional sobre la extranjera / **EXTRADICIÓN** - Improcedencia: en garantía de la autonomía y soberanía nacionales / **EXTRADICIÓN** - Principio aut dedere aut judicare: la Corte previene a las autoridades internas para que adopten ciertas medidas

«En esa medida, como las conductas atribuidas a HPRB ocurrieron, en su totalidad, en Colombia, las víctimas son de nacionalidad colombiana y los hechos ya están siendo objeto de juzgamiento por las autoridades judiciales competentes de este país, la Sala estima que, en aplicación de los principios de territorialidad, soberanía nacional y aut dedere aut judicare, así como de las prerrogativas consagradas en el protocolo precitado, lo procedente es privilegiar la aplicación de la ley colombiana, con independencia del trámite de extradición iniciado con posterioridad -4 de septiembre de 2020-. Por tanto, se conceptuará desfavorablemente al pedido de extradición formulado por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Se aclara, eso sí, que la circunstancia de existir proceso en Colombia en contra del reclamado por los mismos hechos que fundamentan la solicitud no es la determinante del sentido en que resolverá la Corte este asunto, pues, como se dijo, la negativa frente al pedido de entrega, radica en el interés prevalente de la jurisdicción colombiana, acorde a los parámetros ya referidos, para investigar y sancionar las conductas punibles, aparentemente, perpetradas por HPRB en territorio colombiano».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia de audiencias preliminares frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO) / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Audiencia de formulación de imputación: oportunidad para que el Fiscal sustente la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018

La Sala de Casación Penal, definió la autoridad judicial competente para resolver la solicitud de libertad por vencimiento de términos presentada por la defensora de J.D.G.R., a partir de la regla general según la cual, ante una solicitud de audiencia preliminar, el juez con función de control de garantías competente es aquel del lugar donde se adelanta el juzgamiento.

Ello por cuanto, la Sala consideró que, de la información obrante, no está suficientemente establecido que el asunto se rige por los cauces de la Ley 1908 de 2018, en la medida en que, simplemente se hizo una mención genérica de una organización delincriminal dedicada a la comercialización de pequeñas dosis de estupefaciente, sin que se haya especificado, sin lugar a duda, que se trata de Grupo Delictivo Organizado (GDO) o Grupo Armado Organizado (GAO).

Por lo tanto, ante esa indefinición, concluyó que, no es posible acudir al criterio de competencia establecido en el artículo 317 A de la Ley 906 de 2004.

AP1720-2023(63971) de 21/06/2023

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. En contra de J.D.G.R. y otros se radicó escrito de acusación ante el centro de servicios judiciales de los Juzgados Penales del Circuito de Cali, por los delitos de concierto para delinquir

agravado, homicidio agravado, uso de menores de edad la comisión de delitos y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El procesado se encuentra detenido en el Establecimiento penitenciario y carcelario de Villahermosa Cali.

2. El asunto le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali, en donde actualmente se adelanta el juicio oral.

3. El 19 de abril de 2023, la defensora del aludido radicó solicitud de libertad por vencimiento de términos ante el Centro de Servicios Judiciales de la ciudad de Cali. Por reparto, el asunto fue asignado al Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de esa ciudad.

4. Convocadas las partes e instalada la audiencia, el delegado del ministerio público consideró que el despacho no cuenta con competencia para adelantar la diligencia, en la medida que el asunto debe ser tramitado por el juez ambulante de Buga con función de control de garantías. Indicó que la vista pública convocada no era el escenario para debatir si se está en presencia de un miembro de un GDO o no, pero, en todo caso, hay elementos para inferir que sí se configura dicha modalidad grupal.

5. El despacho le otorgó nuevamente la palabra a la defensa, quien reiteró que en manera alguna en el escrito de acusación se enrostraba la pertenencia del implicado a un Grupo Delictivo Organizado.

6. Luego de un receso, la titular del Juzgado manifestó que le asistía razón al procurador en cuanto al debate sobre la competencia, pues, corroboró que se está en presencia de un GDO, tras revisar los hechos jurídicamente relevantes del pliego inculpativo, en los que se hace alusión a una organización delincriminal que se disputa el mercado de estupefacientes con otras bandas del sector, en el municipio de Yumbo – Valle del Cauca.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

JURISPRUDENCIA - Precedente: la Sala reitera las pautas del trámite de impugnación de competencia establecidas en la providencia AP2863-2019 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: la Sala considera que existe oposición entre las partes, y se encuentra habilitada para dirimir la impugnación acorde a las exigencias del AP2863-2019

«[...] se hace necesario recordar que la Sala, en decisión del 17 de junio de 2019, CSJ AP2863-2019 dentro del radicado 55616, explicó el trámite que debe cumplirse en el marco del incidente de definición de competencia. En dicha oportunidad señaló que, cuando alguna de las partes o intervinientes rechazan la competencia del juez para conocer de un determinado asunto -ya sea en sede de conocimiento o de control de garantías-, surgen dos posibilidades, a saber:

Que las demás partes e intervinientes al igual que la judicatura, compartan dicha postulación, caso en el cual el asunto debe remitirse al funcionario que unánimemente se considera competente, quien, a su vez, evaluará si les asiste o no razón. En caso afirmativo, continuará con el curso de la actuación o, en el negativo, remitirá el asunto al funcionario habilitado para definir competencia.

Que las partes e intervinientes o la judicatura no coincidan con la proposición, generando una efectiva controversia sobre la materia, situación que da lugar a que se remita directamente el asunto al funcionario autorizado para definir competencia, por ejemplo, esta Corporación, cuando se involucran autoridades de distinto judicial.

Además de lo anterior, el funcionario encargado del asunto deberá convocar y dar curso a la audiencia respectiva y, en su desarrollo, i) manifestar la incompetencia, ii) correr traslado a las partes e intervinientes para que se pronuncien sobre su declaración, y iii) ordenar el envío del proceso al juez competente, si todos están de acuerdo, o remitirlo a esta Corporación si se presenta controversia.

[...]

En el caso objeto de estudio, se tiene que la titular del Juzgado Sexto Penal Municipal con función de control de garantías de Cali cumplió a cabalidad con el trámite reseñado, pues convocó a audiencia oral y, en ella, ante la impugnación de competencia del procurador, dio traslado a las restantes partes e intervinientes, en especial a la defensa, que se opuso al planteamiento formulado.

En esas condiciones, se verifica un ejercicio oral y dialógico que habilita el envío de la actuación a esta Sala, para resolver sobre la competencia».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: ejercicio por cualquier juez penal municipal / **SISTEMA PENAL**

ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: no puede ser escogencia arbitraria / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia territorial

«El artículo 39 de la Ley 906 de 2004, modificado por el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, prevé que «la función de control de garantías será ejercida por cualquier juez penal municipal. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para ejercer la función del conocimiento del mismo caso en su fondo».

A pesar de la amplitud del tenor de la citada disposición, esta Corporación ha expuesto que la fijación de la competencia, en materia de control de garantías, no puede obedecer al capricho o arbitrio del solicitante, sin parar mientes en el elemento territorial, que sigue siendo factor fundamental para el efecto, como fácil se extracta de la sola lectura contextualizada de la totalidad del artículo modificado, en cuanto, remite siempre al lugar de ocurrencia del hecho.

Solo en casos excepcionales, por motivos fundados, es factible que la audiencia preliminar sea solicitada y realizada por un juez distinto al que tiene competencia en el lugar del hecho» (CSJ AP6115 - 2016 reiterada en CSJ AP8550 - 2017).

Esa posición, se ha justificado con base en lo siguiente:

«En su redacción original, el artículo 39 del estatuto adjetivo establecía que el control de garantías sería ejercido por «un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito», pero a partir de la modificación introducida por el canon 48 de la Ley 1453 de 2011, esta función corresponde a «cualquier juez penal municipal».

Según lo ha explicado la Sala, este cambio normativo no puede entenderse como una autorización a las partes para escoger, sin limitación alguna, el juzgado de garantías al que quieren acudir. Por ello, en materia de audiencias preliminares, de manera preferente deben respetarse las reglas atributivas de competencia en razón del territorio, pero éstas pueden exceptuarse si las circunstancias del caso concreto así lo aconsejan. La resolución de este tipo de controversias debe tomar como puntos de partida el principio de razonabilidad y la mayor protección posible de las garantías procesales de quienes puedan verse afectados con las decisiones a adoptar. (Cfr., entre otros, CSJ AP, 26 Oct 2011, Rad. 37674).

[...]

Igualmente, la Sala tiene decantado que cuando se ha presentado escrito de acusación, el juez de garantías debe ser el del lugar donde quedó radicado el juzgamiento, teniendo en cuenta que la competencia para conocer del asunto ya ha sido determinada (CSJ AP731-2015)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad, conforme al artículo 317 A de la Ley 906 de 2004 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías Ambulante: competencia de audiencias preliminares frente a miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal se atiene a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto «[...] con ocasión de la Ley 1908 de 2018, expedida para fortalecer la investigación y judicialización de organizaciones criminales, entre otras disposiciones, se adicionó al Código de Procedimiento Penal el artículo 317A, que contempló las causales de libertad en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados y estipuló en el parágrafo tercero que:

La libertad de los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados solo podrá ser solicitada ante los jueces de control de garantías de la ciudad o municipio donde se formuló la imputación, y donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación.

[...] en reciente decisión (AP558-2023, 1 marzo de 2023) esta Sala reconoció que no existía una norma expresa para asignar competencia en tratándose de miembros de grupos delincuenciales (Ley 1908 de 2018) para conocer de otras audiencias preliminares distintas a aquellas señaladas en la norma. Se consideró, por tanto, inadmisibles “restringir la competencia excepcional de esos despachos ambulantes a

actuaciones relacionadas con el término de la detención preventiva o las causales de libertad de integrantes de grupos delincuenciales por la ausencia de norma expresa que la extienda a los asuntos que, por su naturaleza constitucional, son propios del juez de control de garantías”.

Por lo anterior, el entendimiento integral y armónico de la norma en la actualidad supone entonces que cualquier solicitud de audiencia preliminar, debe seguir la regla de competencia específica contenida en los artículos 307A y 317A de la Ley 906 de 2004, siempre que se reúnan las condiciones legales para ello, esto es, la exigencia subjetiva allí descrita: “miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”.

No sobre aclarar que la efectiva pertenencia del implicado a una organización criminal en los términos fijados por la Ley 1908 de 2018, y los términos generales de su aplicación o no, escapa del tema objeto de debate en este tipo de trámite incidental; por lo cual, resulta de vital importancia atenderse a los planteamientos expuestos por la Fiscalía en cada caso concreto y la comprensión que sobre el mismo tenga el ente acusador, sin invadir el rol que le corresponde (AP-2020, 15 de julio de 2020, rad: 1279)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Audiencia de formulación de imputación: oportunidad para que el Fiscal sustente la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para celebrar la audiencia de libertad por vencimiento de términos

«[...] el respeto por la función del instructor no implica secundar la mención que éste efectúe sobre la Ley 1908 de 2018 -sin mayor soporte-, en cualquier momento de la actuación procesal, con el fin de subsumir la situación fáctica en las previsiones de esa norma, con las consecuencias que de ella se desprendan en la contabilización de términos y demás pautas de procedimiento. Es así como, para atribuir la pertenencia del implicado como “miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados”, en tanto ingrediente normativo relevante para el

caso, es necesario que el fiscal haya señalado de manera inequívoca esa circunstancia, desde la audiencia de formulación de imputación, pues será de esa manera que se garantice el debido proceso y la defensa en la actuación.

[...] de la información aportada en la diligencia, se sabe que en contra de JDGR se adelanta proceso penal por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, uso de menores de edad la comisión de delitos y fabricación (sic), tráfico y porte de armas de fuego o municiones, cuyo juicio actualmente se lleva a cabo en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Cali.

Del escrito de acusación se tiene que al implicado se le enrostra “Desde por lo menos el año 2015 y hasta el mes de octubre de 2019, en el Barrio la Ceiba del municipio de Yumbo, se constituyó una organización delincriminal, dedicada principalmente, a la comercialización de pequeñas dosis de estupefacientes, como también a homicidios selectivos, por la disputa

del mercado de estupefacientes, con otras bandas del sector, esta organización se encontraba compuesta”.

Así las cosas, de la información obrante en esta oportunidad no se tiene suficientemente establecido que el asunto se rige por los cauces de la Ley 1908 de 2018, en la medida en que, como se vio, simplemente se hace una mención genérica de una organización delincriminal dedicada a la comercialización de pequeñas dosis de estupefaciente, sin que se haya especificado, sin lugar a duda, que se trata de Grupo Delictivo Organizado (GDO) o Grupo Armado Organizado (GAO). Por lo tanto, ante esa indefinición no sería aplicable la regla de competencia establecida en la aludida norma.

Luego, el asunto debe definirse a partir de la regla general según la cual, ante una solicitud de audiencia preliminar, el juez con función de control de garantías competente es aquel del lugar donde se adelanta el juzgamiento que, en esta oportunidad, es Cali.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de violencia intrafamiliar a lesiones personales / **LESIONES PERSONALES AGRAVADAS** - Delito no querellable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio: excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe

La Corte Suprema de Justicia, con el fin de garantizar el principio de doble conformidad, examinó el fallo por medio del cual, el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Soacha, y declaró penalmente responsable a F.A.P.M. del delito de violencia intrafamiliar.

En esta oportunidad, la Corte revocó el fallo impugnado para, en su lugar, absolver al procesado del delito de lesiones personales agravadas, al considerar que, los elementos de convicción allegados a la actuación no gozan de la fuerza suasoria suficiente para demostrar que causó las lesiones corporales que presentaba M.P.Q.L.

Para ello, en primer lugar, resolvió que, la variación de la calificación jurídica efectuada por el juzgador de segundo grado, del delito de violencia intrafamiliar agravada a lesiones personales, cumplió con las reglas jurisprudenciales fijadas, por cuanto: i) la misma se dio sin alterar el núcleo de la imputación fáctica; ii) la conducta criminal por la que finalmente fue condenado F.A.P.M., es de menor entidad respecto de la que sirvió como base para la acusación y; iii) con la variación de la calificación no se puso en riesgo ninguna garantía procesal ni constitucional del encartado.

Posteriormente, aclaró que el delito de lesiones personales cuando es agravado no es querellable y recordó las dos opciones permitidas en la jurisprudencia, ante la imposibilidad física de hacer comparecer al perito al juicio oral: esto es: 1. Ordenar se practique un nuevo informe pericial, el cual estaría a cargo de otro profesional y, 2. Introducir el informe, y que el dictamen sea rendido, por otro profesional de idénticas características a las de aquél que originalmente lo realizó.

SP162-2023(58235) de 19/04/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 4 de marzo de 2013, la señora M.P.Q.L., formuló denuncia por el punible de violencia intrafamiliar contra F.A.P.M., por hechos acaecidos el 27 de febrero de 2013, según los cuales, habiendo regresado a vivir con el denunciado, se hallaba en el apartamento con su menor hija, luego de pedirle prestado el teléfono celular para hacer un trabajo de la universidad, este se niega y sale, regresando al momento, empieza a tratarla mal, con palabras soeces, forcejean, se agreden físicamente, con puños y patadas, ella con rasguños y mordiscos.

2. A la denunciante se le determinaron diez (10) días de incapacidad definitiva, sin secuelas médico legales.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica, de violencia intrafamiliar a lesiones personales / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia, procede siempre que se trate de un delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

«[...] si bien es cierto los punibles de violencia familiar y lesiones personales protegen bienes jurídicos diferentes, no menos lo es que ambas conductas parten del presupuesto de causar un daño a otro en el cuerpo o en la salud, luego previsible era para la defensa de PM que no era suficiente con desvirtuar el requisito de la unidad familiar propio del primer delito en comento, para infirmar la existencia de una agresión sobre la víctima, y que una vez desvirtuada esa unidad familiar, surgía la posibilidad de que la calificación jurídica variara, como en efecto aconteció.

En suma, que la defensa de FAPM, pese a conocer con claridad y precisión los sucesos por los cuales era procesado su agenciado, no hubiera planteado una estrategia defensiva que fuera más allá de desvirtuar la existencia de un vínculo familiar ente víctima y victimario, dejando de lado el hecho propio sobre la existencia de una

agresión de aquél sobre MPQ, no implica que el Juez tuviera vedado variar la calificación jurídica de la conducta, ya que la procedencia de esta figura no se encuentra supeditada al actuar de la defensa, sino a la proposición fáctica que hubiera realizado el ente instructor, la cual debe ser congruente desde la fase de formulación de imputación

LESIONES PERSONALES AGRAVADAS - Delito no querellable

«[...] si bien es cierto que las lesiones personales previstas en el inciso primero del artículo 112 del Código penal, esto es, con incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de 30 días, requieren querrela de parte y exigen la conciliación previa como requisito de procedibilidad de la acción penal, según lo dispone el artículo 522 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que en este caso dicha conducta le fue endilgada a PM en la modalidad agravada, circunstancia que la excluye de los punibles querellables y del presupuesto pre procesal aludido.

Bajo ese entendido, ningún elemento diferenciador existe entre el trámite procesal aplicado con respecto al juzgamiento del punible de violencia intrafamiliar agravado, y el que se debía aplicar para el de lesiones personales dolosas agravadas, ya que la ritualidad para procesar a una persona por uno u otro delito, es exactamente la misma, esto es, la prevista en la Ley 906 de 2004, luego la queja propuesta por el recurrente resulta infundada y, por ello, se hace improcedente decretar la anulación deprecada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio: excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba pericial: compuesta por el informe pericial y el testimonio del perito

«[...] el legislador en el artículo 419 de la misma legislación previó la posibilidad de que no fuera posible lograr la comparecencia del perito al juicio y, por ello en ese canon estableció: “Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio vídeo u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar en que se encuentre, en presencia del juez

y de las partes que habrán de interrogarlo.”

Pese a la buena intención del legislador, la anterior norma no fue lo suficientemente prolija y dejó por fuera eventos en los cuales, definitivamente, no fuera posible lograr la comparecencia del experto al juicio oral, es así que presupuestos tales como la muerte del perito o la imposibilidad de ubicarlo, quedaron por fuera de la solución legal brindada por la norma transcrita, situación que llevó a la Corte a pronunciarse sobre el particular en decisión del 17 de septiembre de 2008, proferida al interior del radicado 30214, donde se brindó una solución a dicha problemática, misma que, hasta la fecha, se ha reiterado de manera pacífica en diversas providencias donde se planteó idéntico cuestionamiento.

En dicha providencia, la Sala de Casación Penal estimó que dos podrían ser las soluciones al tema de la imposibilidad física de hacer comparecer al perito al juicio oral: la primera de ellas es ordenar se practique un nuevo informe pericial, el cual estaría a cargo de otro profesional y, la segunda, que el informe ya rendido sea introducido, y el dictamen rendido, por otro profesional de idénticas características a las de aquél que originalmente realizó el correspondiente informe.

[...]

Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concurra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.

[...]

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extraer.

Desde luego, entre más limitados sean los elementos puestos en el informe a disposición del perito, mayores serán las dificultades que su labor entraña y, consecuentemente, mucho menor el alcance probatorio de sus conclusiones.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados -dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.” (Resaltado fuera de texto)

De vuelta al caso concreto, observa la Sala que en el presente asunto no era procedente ordenar la práctica de un nuevo examen a la víctima y a su hija por cuenta de otro médico forense, pues el paso del tiempo tornaba imposible esa labor, ya que al tratarse de unas lesiones que arrojaron una incapacidad definitiva de 10 días y no dejaron ningún tipo de secuela, efectuar una nueva auscultación al sujeto pasivo de la conducta, pasados 5 años de los sucesos, arrojaría un resultado inane para los fines procesales, de modo que la solución brindada por el juez de segundo grado, además de ser acorde con la jurisprudencia de la Corte, resultó ser la más acertada.

En consecuencia, el hecho de haberse practicado la prueba pericial en juicio por parte de una profesional de la medicina distinta a quien realizó los correspondientes exámenes físicos a la víctima y su hija el 28 de febrero de 2013, no compromete las formas propias del juicio y, por ende, no afecta el derecho fundamental a un debido proceso, pues entre otras razones, dicha prueba se practicó por una profesional idónea que tuvo como fundamento los informes base de opinión pericial realizados por la galeno que auscultó a MPQL y a su hija I.P.Q., en la fecha ya referida.

Así las cosas, forzoso resulta concluir entonces que ninguna irregularidad surge del modo como se llevó a cabo la práctica de la prueba pericial deprecada por la fiscalía y, en consecuencia, su admisibilidad y valoración resulta procedente».

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia

/ **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Toda duda se debe resolver a favor del procesado

«[...] contrario a lo sostenido por el Tribunal de segundo grado, en el presente asunto no existen elementos de prueba suficientes que permitan llegar a un estado de convencimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad penal de FAPM en los hechos que le fueran imputados por la Fiscalía General de la Nación y que ahora son materia de juzgamiento.

[...] si bien es cierto a lo largo de su intervención durante el juicio oral, MPQ entregó detalles sobre lo que habría sido el momento en el cual sufrió una agresión por parte del padre de su hija I.P.Q., la Sala no puede pasar por alto que su narrativa se encuentra llena de imprecisiones y vacíos que minan su credibilidad, razón por la cual carece de la fuerza suasoria necesaria para tomarla como una prueba determinante sobre la responsabilidad de AP.

En efecto, el primer elemento que pone en tela de juicio la credibilidad del testimonio de la denunciante, es precisamente el relacionado con su afirmación de ser la compañera sentimental de FAP para el momento de los hechos materia

de juzgamiento, y que, para el 27 de febrero de 2013, ambos convivían en el mismo domicilio.

Tales aseveraciones fueron desmentidas por los testigos JM P, MYMM y BRV, además del mismo implicado, personas que durante la vista pública fueron categóricos en señalar que PQL no vivía con PM para el día de los hechos, pues para ese entonces él hacía vida marital con BR.

[...]

Ahora bien, para la Corte no deja de resultar llamativo el hecho de que, finalmente, no existe prueba alguna sobre las lesiones presuntamente causadas por PM a MPQ, [...]

Así las cosas, estima la Corte que en el presente asunto, la Fiscalía General de la Nación no pudo llevar al juzgador al estándar de conocimiento exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de una condena contra de FAPM, ya que los elementos de convicción allegados a la actuación no gozan de la fuerza suasoria suficiente para demostrar que fue éste la persona que causó las lesiones corporales que presentaba en su cuerpo MPQL, emergiendo una duda procesal insuperable que debe ser resuelta en favor del procesado»

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR – Embriaguez / **DELITOS SEXUALES** - Víctima: es el testigo de excepción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: alcance probatorio, tarifa legal negativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: para refrescar la memoria o impugnar credibilidad, no pueden utilizarse para ingresar lo que no fue adecuadamente solicitado en la audiencia preparatoria

La Sala de casación Penal decidió la impugnación especial interpuesta por la defensa de J.E.E.Q., contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, que revocó la absolución emitida a su favor por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa misma ciudad para, en su lugar, condenarlo como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

La Corte confirmó el fallo impugnado, al encontrar suficientemente acreditado, más allá

de toda duda razonable, la responsabilidad del procesado como autor del delito.

Para el efecto, definió el bien jurídico que el legislador pretendió proteger en los delitos de índole sexual, así como el alcance del punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir y la valoración probatoria propia de este tipo de conductas, en las que, la víctima es testigo de excepción.

SP161-2023(58617) de 26/04/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 28 de agosto de 2016, en una casa se encontraban reunidos en una celebración, junto con un grupo familiar, S.A.O.L. y J.E.E.Q.

2. Luego de una ingesta de licor S.A.O.L. decidió acostarse a eso de las 4:00 a.m. en un cuarto adjunto a la sala en la que se llevaba a cabo la reunión.

3. Sobre las 7:30 a.m., S.A.O.L. se despertó y encontró a su primo J.E.E.Q. accediéndola carnalmente por la vía vaginal con su miembro viril, ante lo cual lo empujó, por lo que éste salió de la habitación, ante lo cual la ofendida salió en su búsqueda y empezó a golpearlo, por lo que fue necesaria la intervención de los demás familiares e incluso la presencia policial.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR - Embriaguez / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR** - Incapacidad de resistir: concepto

«La Sala, ha señalado presupuestos claros con ocasión a definir los delitos de índole sexual que el legislador pretendió proteger: “(i) la libertad que todo individuo ostenta para otorgar su consentimiento en la realización de un acceso carnal o de acto sexual con otro, o (ii) del derecho que le asiste de discernir acerca de la naturaleza de índole sexual de una acción que, en principio, pudiera contar con su aquiescencia.”

Ahora, tratándose puntualmente de la conducta punible investigada, esto es, el acceso carnal se puede verificar, entre otras hipótesis, con persona en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir, es decir, estar en condiciones que no le permiten comprender esa actividad sexual o prestar su consentimiento para ello».

DELITOS SEXUALES - Víctima: es el testigo de excepción

«[...] en los casos de delitos de contenido sexual, el testigo de excepción es la víctima, porque precisamente sobre sí se ejecutan las maniobras constitutivas de aquellos.

Además, este tipo de ilícitos, por lo general se comenten en entornos ajenos a terceros. De ahí que, las versiones entre la víctima y victimario sean generalmente disímiles, sin acompañamiento de pruebas directas con las cuales puedan establecerse los pormenores del hecho.

De tal manera, la valía del dicho de la víctima para determinar importantes elementos fácticos del suceso investigado, se logra al descartar algún ánimo vindicativo o animadversión, al tiempo que se establezca su sanidad mental y la coherencia externa e interna de la narración.

En tal orden, se deberá analizar la veracidad de su dicho, conforme lo normado en el artículo 404 del ritual procesal, esto es, los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad de los sentidos de percepción, las circunstancias del lugar, tiempo y modo del acontecer, los procesos de rememoración, su actitud durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas, así como su personalidad.

En tanto que lo segundo, será determinar su coherencia y armonía con el resto del acervo probatorio, o si, aun siendo insular, consiga superar el examen sin inconveniente alguno y pueda ser fundamento de una sentencia de condena, [...]

Bajo tales lineamientos, desde ya debe señalar la Sala que comparte los razonamientos indicados por el ad quem, frente al testimonio de SAOL, pues de su análisis, se descarta la presencia de elementos que resten credibilidad a su dicho.

Sin duda, se vislumbra sólido y respaldado en los demás elementos probatorios, los que en conjunto cumplen efectivamente con el estándar de conocimiento frente a la ejecución de la conducta delictiva por la que se procede y la responsabilidad que se le debe atribuir al procesado JE E.Q, como autor de esta. Por consiguiente, se impone la confirmación de la condena impuesta en segunda instancia, ya que se establece que la impugnación se sustentó en una incorrecta lectura del contenido material de las pruebas, ajena a la luz de la lógica y la sana crítica, como se pasa a señalar.

El impugnante adujo que la conducta no existió porque la presunta ofendida estaba consciente y en capacidad plena de resistir, incluso consintió la relación. Tesis sustentada en que según lo señalaron varios testigos en el juicio SAO tardó en llegar a la reunión, consumió alimentos y poco licor, luego, durmió por algunas horas, tiempo suficiente para que los efectos del alcohol se eliminaran y conforme lo indicó su prohijado, aquella pudo decidir sobre la relación que voluntariamente sostuvo con JE.

Sin embargo, otra es la situación que se establece del estado en el que SAO se encontraba para el momento en que se produce el hecho. Ello, porque la prueba testimonial dio a conocer que horas antes estuvo expuesta a un alto consumo de bebidas embriagantes cuyos efectos disminuyeron sus facultades de todo orden, como para inferir que solo por dormir, pudo recuperarse y hallarse en estado total de consciencia, no solo para acceder a un encuentro sexual, sino, además, luego, con gran habilidad, recrear un episodio como el que narró.

[...] lo que no puede aceptarse, conforme lo pretende el impugnante, es que tal relación sexual se produjo con la aquiescencia de la ofendida, en tanto, sería desconocer, de un lado, la comprobada condición de inconsciencia en la que se encontraba SA.

Y, de otro, la sinceridad del relato de la víctima cuando denota que no consintió la relación sexual y que la misma se produjo aprovechando el procesado su estado de inconsciencia, lo cual queda paladinamente evidenciado cuando dijo no saber si fue accedida carnalmente por éste, ya que si su propósito fuese el de inventar una historia en perjuicio del procesado para no afectar su reputación frente a sus familiares, habría afirmado sin ambages que el sindicado la penetró vía vaginal, pues ello haría más gravosa la situación de éste»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, facilitar el interrogatorio cruzado (refrescar la memoria o impugnar la credibilidad) o como medio de prueba (prueba de referencia, prueba anticipada o declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Pruebas: sólo se consideran como pruebas las presentadas y debatidas en el juicio oral

«[...] por regla general, en el marco de la Ley 906 de 2004, solo pueden ser valorados como pruebas los testimonios practicados en el juicio oral con intermediación, contradicción, confrontación y publicidad a instancias del juez de conocimiento.

Así lo estipula el artículo 16 ibídem, norma rectora del estatuto procesal, al disponer que “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...” y de los

artículos 379 y 402 ejusdem, al referir que “el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia. La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional” y que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”.

Responde lo anterior a que la posibilidad de utilizar declaraciones anteriores al juicio oral como medio de prueba implica, generalmente, aparte de la limitación a la intermediación que debe tener el juez con los medios de conocimiento que servirán de base a la sentencia, la afectación del derecho a la confrontación del testigo, que supone la posibilidad de asegurar la comparecencia al juicio de los testigos de cargo y, con ello, la oportunidad de interrogarlos o hacerlos interrogar y de controlar el interrogatorio.

De allí que las declaraciones rendidas por fuera del escenario del juicio oral y público en principio no tienen el carácter de pruebas y únicamente en situaciones excepcionales pueden ser incorporadas al juicio con fines demostrativos, bajo el cumplimiento de las exigencias previstas en la ley para tal efecto.

Según lo previsto en los artículos 392, literal d, y 393, literal b, de la Ley 906 de 2004, las declaraciones rendidas por fuera del juicio pueden utilizarse con dos finalidades: (i) para refrescar memoria del testigo durante su interrogatorio o (ii) para impugnar credibilidad en el contrainterrogatorio.

Tales declaraciones pueden constituir medio de prueba en dos circunstancias excepcionales: i) ante la indisponibilidad del testigo, artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (prueba de referencia); y ii) cuando el declarante comparece al juicio para modificar sustancialmente su versión anterior o retractarse de ella (testimonio adjunto). En estos eventos, para su incorporación resulta imperativo el agotamiento del trámite previsto como garantía del debido proceso probatorio.

En relación con la admisión excepcional de la prueba de referencia, esta Corporación tiene decantado que, según lo reglado en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004: (i) debe tratarse de una declaración; (ii) realizada por fuera del juicio oral; (iii) que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito u otro de los aspectos referidos en el artículo 375 idem, de

donde se sigue que sólo puede hablarse de prueba de referencia cuando la declaración es utilizada como medio de prueba; y, (iv) cuando no sea posible practicarla en el juicio, porque de ser ello factible deben seguirse las reglas generales sobre el testimonio.

Como trámite para la debida aducción de la prueba de referencia la Sala ha establecido que (i) debe ser objeto de descubrimiento dentro de la oportunidad legal, (ii) en la audiencia preparatoria a la parte interesada le corresponde solicitar su incorporación y relacionar los medios que utilizará para demostrar su existencia y contenido, (iii) acreditar alguna de las situaciones previstas en el artículo 438 del Código de Procedimiento que faculta la admisión excepcional de dicha prueba y (iv) en el juicio oral solicitar y obtener su incorporación a través del medio de prueba seleccionado.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: alcance probatorio, tarifa legal negativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas

«[...] De otro lado, el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 limita la eficacia probatoria de la prueba de referencia y registra una tarifa legal negativa en tanto prohíbe proferir sentencia condenatoria cuando el fundamento se basa, de manera exclusiva, en esa clase de elemento de convicción.

Por lo tanto, la prueba de referencia por sí sola no es suficiente para proferir condena, y cuando la fiscalía utiliza este medio para sustentar su teoría del caso, debe contar con prueba complementaria que permita: (i) alcanzar los estándares de conocimiento requeridos para dictar un fallo de responsabilidad, y (ii) superar la prohibición consagrada en el artículo 381, inciso segundo, de estatuto procesal penal.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de impugnación de credibilidad, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: para refrescar la memoria o impugnar credibilidad, no pueden utilizarse para ingresar lo que no fue adecuadamente solicitado en la audiencia preparatoria

«[...] si la defensa pretendía utilizar esa declaración previa con fines de impugnar la credibilidad de la ofendida o confrontarla

respecto a su contenido, como lo hace en el marco de la segunda declaración que rinde esta, le era, sin duda, exigible el haber descubierto tal manifestación en la audiencia preparatoria, máxime cuando para ese momento procesal (15 de enero de 2018) ya se había realizado la aludida exposición y la misma estaba en poder de la defensa.

Ahora, pertinente es indicar que el cambio de abogado no habilita el retrotraer oportunidades procesales fenecidas, por lo tanto, si el profesional del derecho que representaba al procesado para el momento de la audiencia preparatoria no descubrió la declaración previa, es contrario al debido proceso probatorio aceptar dicho descubrimiento durante la práctica probatoria del juicio, bajo la justificación del cambio de defensor, por cuanto ello representaría revivir etapas precluidas cada vez que se cambia de mandatario judicial, lo que atenta contra el orden, la seguridad y estabilidad del proceso penal.

De manera que, como la aludida declaración previa no fue descubierta dentro de la oportunidad procesal correspondiente, no es admisible su utilización con fines de refrescar memoria o impugnar credibilidad y, por ende, la Sala, por ser contraria al debido proceso probatorio excluye de valoración la segunda declaración de la víctima donde se le interrogó sobre dicha manifestación».

TESTIMONIO - Valoración probatoria / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«[...] se establece que JEEQ, renunció a su derecho a guardar silencio, para señalar que su prima SA de forma insistente lo invitó a la celebración del grado de CA. Ante esa persistencia entonces, al terminar su turno, viajó desde Cali en su moto a Manizales, llegó al lugar de la celebración, esto es, la casa de la tía a la una de la mañana, siendo recibido emotivamente, particularmente por su prima SA.

[...]

Tales afirmaciones, encuentra la Sala que el Juez Colegiado las examinó, solo que estableció la imposibilidad de darles crédito, no solo por evidenciarse su simplicidad, sino, además, por el grado de inconsistencias que impiden aceptarlas, a diferencia del razonamiento que derivado del

dicho del procesado hizo el Juzgador de primera instancia.

Para la Corte, las afirmaciones del procesado en el sentido de que al ingresar a la habitación en búsqueda de las llaves de su motocicleta encontró despierta a la víctima, por lo que, primero hablaron, luego se besaron, para posteriormente sostener relaciones sexuales bajo mutuo consentimiento, no son ciertas.

PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco Normativo / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** - Debe entenderse como un delito de inducción a la prostitución / **PROCESO PENAL** - Principio de progresividad: cambios en la calificación jurídica de la conducta en la medida que el proceso avanza / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Máximo Ley 599

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por la defensa de C.E.P.C. contra la sentencia que profiriera el Tribunal Superior de Sincelejo, revocatoria de la emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Corozal (Sucre), para en su lugar, condenar a la procesada a título de autora responsable de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y proxenetismo con menor de edad.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Sincelejo que, por primera vez, condenó a C.E.P.C.

Sin embargo, casó de oficio y parcialmente la providencia impugnada, única y exclusivamente en el sentido de fijar la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta, por un periodo de 20 años.

Fue así como, la Corte analizó el marco normativo y los elementos de los delitos de proxenetismo con menor de edad y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

También recordó que, en virtud del principio de progresividad, es posible la variación de la

[...]

De ahí que, la Sala concluya que el dicho exculpante del acusado es contrario a la verdad, pues lo demostrado es que la víctima cayó en un profundo sueño, en sus palabras, estaba “casi muerta” y, por ende, en imposibilidad de consentir la manipulación libidinosa que en su cuerpo ejecutó el procesado»

calificación jurídica provisoria en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004; sin perjuicio de lo cual, llamó la atención acerca de que la conducta punible de acceso carnal violento agravado, pese a haber sido imputada a la procesada y aparecer descrita en el escrito de acusación, no fue ratificada en la diligencia respectiva, ni fue objeto de debate en la etapa de juzgamiento; situación que no pudo ser corregida, en sede de casación, por estar ad portas la prescripción de la acción penal, sumada la prohibición de la reforma en perjuicio de la única parte impugnante.

Aunado a lo anterior, dando aplicación a la noción de testimonio adjunto, reiteró los presupuestos para la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo revelado por el testigo en el juicio oral.

SP164-2023(53259) de 03/05/2023

Magistrado Ponente:

Hugo Quintero Bernate

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. R.S.P., padre de MISR, menor de 13 años, manifestó que, en la noche del 12 de enero de 2013, su hija salió de la casa a jugar, sin que pasadas las horas regresara al hogar. Por tal motivo, la buscó hasta la una de la mañana cuando un vecino le dijo que la había visto ir en una motocicleta conducida por J.M.H.
2. A las seis de la mañana del siguiente día, su esposa se dirigió a la vivienda de J.M.H., sin encontrarla allí. No obstante, acudió a la estación de policía solicitando acompañamiento y con efectivos del orden se dirigió nuevamente al lugar, encontrándose en el camino con la madre del individuo quien le informó que su hijo ya había llevado a la menor a su residencia.

3. Al retornar a la vivienda, no halló a la niña porque el papá, la había llevado a denunciar a J.M.H. por su retención; en el trayecto la menor reveló a su progenitor que no era la primera vez que sostenía relaciones con aquél y que, con anterioridad, su madrina C.E.P.C., la había inducido a tener relaciones sexuales con otros hombres.

4. Le contó, además, que la primera vez que eso sucedió fue en la casa de C.E.P.C., cuando le dijo que se sentara en una hamaca a su lado y le introdujo un dedo en la vagina para saber si era virgen; enseguida, le presentó a un hombre de tez morena, indicándole además que le daría dinero a cambio de que tuviera sexo con él. Para este fin, la tomó por las manos, la acostó en una cama para que dicho sujeto procediera a accederla carnalmente, mientras la mujer los observaba.

5. También le comentó que, desde entonces, su madrina le presentaba hombres para que, a cambio de dinero, del cual le quitaba la mitad de lo que le daban, sostuviera relaciones sexuales con ellos; y que todo empezó a suceder el año anterior, es decir, en 2012.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD - Marco Normativo / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** - Debe entenderse como un delito de inducción a la prostitución / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** - Elementos: verbos rectores

«La esencia de la tipificación del Proxenetismo con menor de edad, se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política que consagra la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, entre los cuales de especial consideración la protección contra “[...] toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.”

Esta modalidad delictiva, ha dicho la Corte de tiempo atrás, tiene razón de ser, además, en diversos instrumentos internacionales como son el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena” de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949; la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” de 1979; la “Convención sobre los derechos del niño”; el

“Convenio 182” de la Organización Internacional del Trabajo - OIT de 1999, en punto de “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución” como una de las manifestaciones de “la expresión peores formas de maltrato infantil”; y el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” de 2000.

[...]

Consecuente con ello, la Corte concluyó que “el tipo de proxenetismo con menor de edad debe ser interpretado como un delito de inducción a la prostitución en el cual la víctima no ha alcanzado los dieciocho años de edad.”

En ese ámbito, se proscribe y castiga a quien, con ánimo de lucro propio o de un tercero o con el propósito de satisfacer las pretensiones lujuriosas de otro(s), organiza, facilita o participa del comercio o de la explotación sexual de una persona menor de 18 años, al margen de que se consumen las prácticas sexuales con ella, porque se trata de un tipo de mera conducta que no exige la realización de un resultado concreto o específico.

La consagración de los verbos alternativos -organizar, facilitar o participar-, habilita reprimir acciones que involucren cualquier clase de atentado a la sexualidad de los menores de 18 años, ya sea la realización de conductas constitutivas de acceso carnal o de actos sexuales diversos, por variados medios o con el uso de indistintos instrumentos en tales prácticas, con los enunciados propósitos de provecho o beneficio propio o ajeno, o de satisfacción lasciva.

Igualmente, es un delito de peligro que propende por anticipar la protección del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de que son titulares los menores de edad, sin que para ello se requiera la consecución del fin de lucro o la satisfacción lujuriosa que impulsa al sujeto agente a obrar.»

ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Elementos / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Presunción de incapacidad del menor

«Este tipo penal está descrito en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4° de

la Ley 1236 de 2008, en los siguientes términos: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión...”

La descripción se integra con el artículo 212 de la misma codificación que define el acceso carnal como “la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo u otro objeto.”

Son elementos de la infracción un sujeto activo y pasivo indeterminados, pero en todo caso concretándose en cuanto al segundo, la víctima, una condición especial: la minoría de catorce años; siendo indiferente que el ejercicio del actuar ilícito, conducta de connotación erótico-sexual, se realice con la anuencia o complacencia del sujeto pasivo pues se ha establecido que en ningún caso cuenta con capacidad de disposición sobre su sexualidad una persona menor de catorce años.

La edad de la víctima es un elemento esencial del delito, pues hasta los catorce años se ha considerado por el legislador, y así lo entiende la Corte, que debe brindarse una protección prevalente a los menores, proscribiendo comportamientos de connotación sexual que se realicen en o sobre personas que no superen esa barrera etaria, pues no cuentan con capacidad de comprensión adecuada respecto de las actividades sexuales, sus implicaciones y consecuencias para la propia identidad, libertad o integridad sexuales.

Se presume, sin que admita prueba en contrario, la incapacidad de los menores de catorce años para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de su sexualidad, razón por la cual se proscriben el aprovechamiento abusivo por parte del sujeto agente de la condición de inmadurez de la víctima derivada de su edad.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: variación de la calificación jurídica / **PROCESO PENAL** - Principio de progresividad: cambios en la calificación jurídica de la conducta en la medida que el proceso avanza

«[...] encuentra la Sala posible la variación de la calificación jurídica provisoria en el modelo procedimental de la Ley 906 de 2004, atendido el principio de progresividad que gobierna el trámite pues a medida que se desarrollan las actividades investigativas y la recolección de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e

información legalmente obtenida, es posible ajustarla para mayor fidelidad con la facticidad, siempre y cuando esto no altere el supuesto fáctico de la persecución penal, precisamente.

Es por eso por lo que, dada la eventualidad, la Fiscalía puede variar el componente jurídico de la imputación en la acusación y su sustentación, introduciendo las variaciones necesarias a fin de que refleje con la mayor exactitud posible la correcta adecuación típica de los hechos; desde ese momento la acusación se erige en límite de la sentencia en sus aspectos personal, fáctico y jurídico, como prevé el artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

Con ese entendimiento, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado que la imputación en sus variantes personal y fáctica es absoluta y condiciona la acusación; entre estos dos actos debe existir adecuada relación de correspondencia, resultando viable modificar el ámbito jurídico que, desde ese momento condicionará a su vez, la sentencia, sin perjuicio de que el juez condene por una conducta punible diferente siempre que:

- i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;
- ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y
- iii) no se afecten los derechos de las partes e intervinientes.

Bajo esos referentes, ha constatado la Corte, se desarrolló el juicio oral, es decir, en consonancia con la incriminación fáctica informada a CEPC en las audiencias de imputación y acusación, llegándose al proferimiento de los fallos de primera y segunda instancia en armonía con ello; y preservando las garantías al debido proceso y la defensa de la procesada, cuyo apoderado tuvo la oportunidad de ejercer sin limitación alguna la confrontación y contradicción de los hechos, los cargos jurídicos y las pruebas practicadas en el decurso procesal.

4.2. Sin perjuicio de lo visto, la Sala considera necesario llamar la atención la irregular e inexplicable situación que se presentó con la

conducta punible de acceso carnal violento agravado de que también fue víctima la menor MISR, pues, como se ha explicado, a pesar de haber sido imputada a la procesada PC y aparecer descrita fáctica y jurídicamente en el escrito de acusación, no fue ratificada en la diligencia respectiva, menos aún objeto de debate en la etapa de juzgamiento.

Aunque resulta inexcusable que ni la delegada fiscal ni la judicatura en las instancias regulares del procedimiento se percataran de ello y adoptaran alguna acción o medida correctiva al respecto, proveer a hacerlo en este momento procesal deviene inane por estar ad portas la prescripción de la acción penal, sumada la prohibición de la reforma en perjuicio de la única parte impugnante en sede de casación, reiterándose, por tanto, la preservación de los derechos al debido proceso y la defensa de CEPC»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, requisitos / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, prueba de corroboración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: entrevistas, alcance para refrescar la memoria o impugnar la credibilidad, hacen parte del testimonio

«La entrevista rendida por MISR el 13 de enero de 2014, precisa la Sala, es digna de credibilidad por la mención que hace de eventos específicos, detallando aspectos como el espacio físico, el género de los abusadores y la forma en que estos ejecutaban acciones lesivas de su indemnidad sexual, todo lo cual percibió de manera directa porque era sobre su corporeidad que se producían las conductas de abuso.

[...]

Tiene pleno mérito probatorio, adicionalmente, porque su uso como instrumento de convicción surge legítimo al cumplirse los presupuestos que la jurisprudencia de la Corte ha explicado en múltiples providencias acerca de la utilización de declaraciones anteriores incompatibles con lo declarado por el testigo en el juicio oral, entre las cuales la citada en el fallo impugnado -SP606-2017, 25 ene 2017, rad. 44950-; criterio uniforme y decantado que, por demás, estaba vigente para la época de proferimiento de los fallos de instancia.

[...]

Con esa perspectiva orientada, por supuesto, a la consecución de una eficaz impartición de justicia, y con plena garantía de los derechos a un debido proceso de todas las partes e intervinientes en el proceso penal, en especial de quien es vinculado en calidad de sujeto pasivo de la persecución penal, se precisó en la anotada decisión que la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral [...] está supeditada a que el testigo se haya retractado o cambiado la versión, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.

Es requisito indispensable que el testigo esté disponible en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia.

En tal sentido, la disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

Mirado desde la perspectiva de la parte que solicita la práctica de la prueba, no es aceptable decir que el testigo está disponible cuando se niega rotundamente a contestar el interrogatorio directo, así el juez le advierta sobre las consecuencias jurídicas de su proceder, porque ante esa situación no es posible la práctica de la prueba.

Aunado a lo dicho, se ha considerado que la declaración anterior de un testigo debe ser incorporada a través de la lectura en el juicio oral con la finalidad de que pueda ser valorada por el juez y contrastada con la vertida en ese escenario, sumada la incorporación de la declaración previa por solicitud de la parte interesada, en el entendido que, en el marco del proceso de tendencia acusatoria reglado por la Ley 906 de 2004, el juez carece de atribuciones probatorias oficiosas.

Se trata, entonces, de dar aplicación a la noción de “testimonio adjunto” desarrollada por la jurisprudencia para afrontar situaciones recurrentes observadas en la práctica judicial, en las que los testigos que comparecen al juicio se retractan, desdican o modifican la sustancialidad de lo que han dicho en entrevistas y /o declaraciones anteriores, permitiéndose la incorporación de manifestaciones previas en observancia de los principios de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 906 de 2004, diríase, garantizando a la parte contraria la confrontación y contradicción de la prueba.

Trasladadas las premisas precedentes al caso concreto se tiene:

i) La menor MISR estuvo disponible para declarar en el juicio, físicamente y funcionalmente, dígase, estuvo en capacidad de atestiguar, conforme quedó registrado en las grabaciones de audio /video de las diligencias judiciales en las que participó.

Aparte de responder interrogantes relacionados, inicialmente, con la relación sostenida con JM, pasó a negar las relaciones sexuales con otros hombres antes de él; negó que CP la penetrara en la vagina con un dedo o le motivara a tener relaciones sexuales con hombres a cambio de dinero.

Empero, reconoció que sí tuvo relaciones sexuales con otros hombres cuando tenía trece (13) años, sin dar nombres, fechas o sitios donde eso ocurrió; y agregó que todo lo dicho en la entrevista sobre su madrina es mentira pues lo hizo por la rabia que le tenía a una hija de ella.

Contrastadas las dos versiones dadas por MISR, la Sala considera, en coincidencia con el ad quem, que la primera conocida es digna de credibilidad, no la segunda, en cuanto describe y detalla los episodios que vivió de forma espontánea, pues ella misma manifestó que en aquella oportunidad se limitó a responder las preguntas que le hizo B, esto es, el servidor de policía de infancia y adolescencia que tuvo conocimiento de la noticia criminal y se encargó de la verificación de los hechos denunciados en función del restablecimiento de los derechos de la víctima.

Adicionalmente, se cuenta con medios de prueba que corroboran y respaldan esa versión inicial, como son los testimonios de MR y RS, progenitores de MISR, quienes, a pesar de no haber percibido en forma directa los agravios

narrados por ella, fueron contestes en testificar la revelación que su hija hizo de lo que le venía ocurriendo con CP, sin que agregaran o suprimieran detalles de lo que se enteraron por boca de su descendiente.

Aportan, también, datos importantes relacionados con la cercanía de su familia con la procesada PC, por ser cuñada de MR, madrina de la menor ofendida y haber vivido en la misma residencia con ellos; situaciones que reflejan la confianza que le tenían todos, de la cual, sin duda alguna, sacó ventaja para que la niña se plegara y sometiera a sus planes criminosos.

Adicionalmente, el dictamen médico legal sexológico practicado a MISR enseña que se encontraron lesiones verrugosas en región perianal compatibles con la enfermedad de transmisión sexual conocida como condilomatosis, signo indicador compatible con la reiterada cópula sexual que la niña dijo haber sostenido por iniciativa de PC con distintos sujetos, desprovista de protección, pues en su relato nada dijo acerca de haber tenido alguna precaución para ello, por ejemplo, usar preservativos.

ii) La menor MISR se retractó en la vista pública de juzgamiento de las manifestaciones previas, dando una versión sustancialmente diferente a la contenida en la entrevista al afirmar que nada de lo que contó en relación con CP era cierto.

En ese sentido, negó que su madrina le hubiese penetrado en la vagina con un dedo, haber tenido relaciones sexuales con otros hombres antes de JM y que C la reuniera en su casa con hombres para sostener relaciones sexuales con ellos a cambio de dinero.

Sin embargo, aceptó que sí tuvo tales relaciones para la época antecedente al episodio que dio lugar a la denuncia, esto es, antes de 13 de enero de 2013, a pesar de lo cual dijo que no recordaba sus nombres, las fechas ni los lugares en que las sostuvo, evidenciándose de esa manera la inconsistencia de la nueva versión y el interés de favorecer a la procesada PC, en la misma forma que lo pretendía con su pareja sentimental JM.

La nueva versión dada por MISR en el juicio, oportuno acotar, tampoco es creíble porque ella pretendió justificar las mentiras que habría dicho en perjuicio de CP, por la “rabia” que tenía hacia KN., hija de su madrina; resulta contradictorio e inverosímil que inventara tan detallada historia mendaz en contra de CP, a cambio de dirigir su

enojo directamente contra la fuente de este. En palabras del juzgador colegiado: “para qué involucrar a su madrina en semejante lio y no inventar algo sobre su hija que era la directa causante de su molestia”.

Este cuestionamiento le fue formulado por la Fiscalía directamente a la menor MISR en el interrogatorio cruzado, sin que la niña pudiera dar explicación atendible de por qué dirigió su “rabia” hacia la procesada PC, no contra KN., evidenciándose con ello que el testimonio en juicio de la víctima fue ajeno a la verdad, a lo realmente ocurrido, con el simple propósito de favorecer la situación jurídica de la inculpada.

iii) La declaración anterior de MISR fue incorporada a través de su lectura integral en el debate oral por petición de la Fiscalía, de forma tal que fue conocida por el juez de la causa, en el marco del principio de inmediación, a la par que la defensa de CP pudo ejercer de manera efectiva la confrontación de la testigo y la contradicción del elemento de convicción en ese escenario.

De la revisión de los anales procesales, se añade, encuentra la Sala que la entrevista rendida por MISR el 14 de enero de 2013, no solo fue anunciada en el escrito de acusación, sino que también fue descubierta en oportunidad por el órgano persecutor, para luego ser solicitada y decretada como prueba de cargo en la vista preparatoria, llegándose a su efectiva incorporación por conducto del funcionario de policía que la recibió, JIBP.

Así las cosas, los juzgadores, en primera y segunda instancia, tuvieron a disposición las dos versiones rendidas por MISR y pudieron valorarlas individual y conjuntamente, labor cumplida a cabalidad por el ad quem que le asignó credibilidad en los puntuales términos que se planteó en el fallo impugnado.

Lo anterior no obsta para que la Sala llame la atención y precise que solamente ha detenido atención y juicioso examen sobre la entrevista que rindió MISR el 14 de enero de 2013, mas no acerca de la que ella vertió el 20 de marzo de 2013, pues a pesar de haberse decretado y practicado como prueba en el juicio oral e incorporada al legajo, igualmente a través del servidor que la recibió, JIBP; la misma no surtió el procedimiento que la reseñada jurisprudencia de la Corte ha concebido en torno a la figura del “testimonio adjunto”.

Esto es, porque no fue usada en el juicio oral por la Fiscalía ni ninguna otra parte procesal o interviniente, ni le fue expuesta a la menor MISR al momento de testificar, menos se le dio lectura en su presencia para que a lo dicho en esa segunda ocasión se refiriera.

Por consiguiente y a propósito, la Sala ha hecho omisión consciente y deliberada en este pronunciamiento de su contenido.».

RETRACTACIÓN - No se configura / **PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD** - Demostración / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Demostración

«[...] devienen carentes de prosperidad las censuras que la defensa presenta contra la sentencia de condena emitida por el Tribunal Superior de Sucre; además, por las siguientes específicas razones.

5.2.1. No se vulnera la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 82-8 del Código Penal, al no tomarse en consideración la retractación de la víctima, porque acorde con lo explicado en extensión la versión que en juicio dio MISR no es creíble.

En adición, el libelista malinterpreta y desconoce la procedencia de la figura consagrada en la norma en comento, que no se corresponde con la modificación de la versión de un testigo, como en este caso se ha presentado; sino a la conducta post delictual que asume el autor de una infracción a la ley penal que abre espacio a la extinción de la acción o la sanción penal a su favor.

Tal y como señala en su intervención la Fiscalía Delegada ante la Corte, en el artículo 225 de la Ley 599 de 2000 se prevé que no habrá lugar a la responsabilidad del autor o participe de las conductas previstas en el Título V de esa codificación, “Delitos contra la integridad moral”, cuando se produzca la “retractación” voluntaria de la manifestación injuriosa o calumniosa por el mismo medio y con las mismas características que se difundió la imputación, o a través del que señale el funcionario judicial competente.

Surge palmario que la invocación de la figura que echa de menos el demandante en casación resulta en este caso del todo improcedente; por lo mismo, infundado el cargo contra la sentencia de segunda instancia.

Respecto del segundo ataque derivado de la falta de aplicación del artículo 381 de la Ley 906 de 2004, en lo relativo al conocimiento para condenar, es protuberante el desacierto de la impugnación porque la providencia condenatoria proferida por el Tribunal se sustentó en forma primordial, conforme quedó expuesto, en la versión inicial de la víctima menor de edad MISR, aunado el respaldo que otros medios de convicción brindan a ese su dicho primigenio.

También analizó, como lo ha hecho esta Corporación, las declaraciones de testigos de la Fiscalía -JIBP, SGT, SHS y AMCB-, en cuanto a la percepción que ellos tuvieron de hechos o circunstancias inherentes al desarrollo de la investigación de las conductas delictivas afectantes de la sexualidad de la niña MISR.

[...]

Por último, la alegación relativa a la configuración de la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, carece de respaldo en la realidad procesal en vista que, como se ha explicado en capítulos anteriores, no es cierto que se omitiera la valoración individual y conjunta de “la totalidad de las pruebas practicadas en juicio”»

CASACIÓN OFICIOSA - Principio de legalidad de la pena / **INHABILITACIÓN PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PÚBLICAS** - Máximo Ley 599 / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena accesoria

PENA ACCESORIA - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas

La Corte Suprema de Justicia casó parcialmente y de oficio el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la condena emitida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de esa ciudad en contra de J.A.S.L., por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, dejando sin efectos la pena accesoria impuesta de “prohibición de consumir sustancias

«La declaratoria de responsabilidad penal de CEPC como autora de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con proxenetismo con menor de edad, fue sancionada por el juzgador colegiado con las penas de 288 meses de prisión, multa de 91 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso que la sanción privativa de la libertad.

El examen de la tasación punitiva conduce a la Sala a la determinación de casar la decisión única y exclusivamente en punto de la fijación de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque erró el ad quem al imponer a la procesada por ese concepto un término superior al contemplado en el inciso primero del artículo 51 del Código Penal, esto es, veinte (20) años, lo que implica violación al principio de legalidad de los delitos y las penas de que trata el artículo 6° del Código Penal, en la medida que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

En consecuencia, corresponde a la Sala propender por la garantía de los derechos de la procesada y reparar el agravio que se ha inferido con esa determinación, en cumplimiento de las atribuciones que la Constitución Política y la ley asignan a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Se procederá a casar de oficio y parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de fijar la sanción accesoria en veinte (20) años, o lo que es igual doscientos (240) meses»

estupefacientes o psicotrópicas por el mismo tiempo de la pena principal”.

Esto por cuanto, la Sala consideró que el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin motivar la decisión; en efecto, no explicó por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes.

SP207-2023(60382) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 8 de septiembre de 2015, las directivas del complejo carcelario La Picota, ubicado en la ciudad de Bogotá, dispusieron una labor rutinaria de control.
2. En desarrollo de la misma, dos perros entrenados para detectar estupefacientes asumieron un comportamiento compatible con la presencia de ese tipo de sustancias en uno de los casilleros ubicados en el recinto destinado al descanso de los guardias.
3. Al verificar que el “locker” estaba siendo utilizado por el dragoneante J.A.S.L., éste, voluntariamente, procedió a su apertura, lo que permitió la incautación de 2275.5 gramos de marihuana.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA ACCESORIA - Determinación discrecional del juez: parámetros / **PENA ACCESORIA** - Debida motivación / **PENA ACCESORIA** - Legalidad / **PENA ACCESORIA** - Prohibición de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas

«El artículo 52 del Código Penal dispone que las penas accesorias “las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena”.

La misma norma establece que en la imposición de penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59 ídem. Este, a su vez, dispone que “toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena”.

Además de su expresa consagración legal, esta carga motivacional desarrolla importantes postulados constitucionales, como la dignidad humana, la obligación del Estado de proteger los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el deber de motivar suficientemente cualquier restricción de los mismos.

[...]

En el presente caso, el Juzgado impuso la pena accesoria prevista en el artículo 43, numeral 8°, del Código Penal, sin dedicar una sola línea a explicar por qué el consumo de estupefacientes tiene alguna relación con el delito por el que se emitió la condena, o por qué su prohibición podría resultar útil para evitar la comisión de conductas semejantes. El Tribunal no corrigió esa situación irregular.

De hecho, se advierte una contradicción sobre esta materia, porque el procesado no fue condenado por su adicción a las drogas (ello, hipotéticamente, pudo haber generado alguna controversia sobre la destinación del alucinógeno que le fue incautado), sino, por el contrario, porque almacenaba una considerable cantidad de marihuana, con una clara destinación al consumo de terceros»

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación en la sentencia, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado a acceso carnal violento agravado / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: al estudiar la posibilidad de emitir condena por un delito de menor entidad, no debe tomarse como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador

La Sala de Casación Penal se pronunció oficiosamente sobre la posible vulneración del principio de congruencia, con ocasión de la

sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 30 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al acusado como coautor de acceso carnal violento agravado y autor de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado.

Como consecuencia de lo anterior, declaró a A.A.V.M. coautor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en lugar de coautor responsable del delito de acceso carnal violento agravado.

Lo anterior por cuanto, a juicio de la Sala, la variación de la calificación jurídica hecha por el juzgador, del delito de acceso carnal violento agravado, en lugar del de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, que fuera objeto de acusación, no se realizó con observancia de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia; toda vez que, aunque se mantuvo el núcleo fáctico de la imputación y no se advierte indefensión, se modificó la calificación jurídica por un delito que no puede ser considerado de menor o igual entidad, aunque tengan señalada la misma pena.

SP209-2023(56244) de 07/06/2023

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A.A.V.M. y L.M.E.A.A. tuvieron una relación que perduró por diez (10) años, producto de la cual nació el menor de iniciales J.E.V.A., vínculo que feneció por violencia intrafamiliar, regulándose en todo caso cuota de alimentos y visitas, precisándose que después de la separación el procesado recogía a su descendiente en el colegio o la denunciante se lo llevaba a su residencia.

2. Cuando L.M.E.A.A. se hallaba en el inmueble que habitaba el acusado, J.E.V.A. comenzó a tocarse el pene, quejándose porque sentía dolor en esa parte de su cuerpo, expeliendo olor a orina, momento en el cual les comentó a sus padres que su primo C le tocaba sus partes íntimas, reaccionando A.A.V.M. en forma airada y calificando al pequeño como mentiroso.

3. La denunciante llevó a su descendiente a un lugar en el que estuvieron a solas, conociendo mientras el menor lloraba que su primo C le quitaba la ropa, le tocaba el pene y los glúteos, como también que en días anteriores había llegado cansado por jugar a los gays, pues se daba besos en la boca con otro menor de edad y unas gemelas que vivían en la casa de su progenitor.

4. Se verificó que por ello J.E.V.A. fue examinado el 20 de noviembre del año 2015, por un experto del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

5. Se demostró que se inició un proceso de restablecimiento de derechos, actividad terapéutica producto de la cual J.E.V.A. reveló a su progenitora y a su hermana que A.A.V.M. estaba presente cuando era accedido carnalmente por su primo, siendo golpeado cuando no permitía que su agresor sexual lo accediera con lo que dijo era un 'piedra'.

6. El niño comentó que su padre le mostraba revistas y películas pornográficas, en las que veía lo mismo que su primo le hacía, como también otro tipo de contenidos eróticos en los que menores de edad eran abusados.

7. A.A.V.M. amenazaba a su hijo con matarlo y quemarlo, en caso de que revelara las vivencias de contenido sexual que debió afrontar, siendo esa la razón que generó que el ofendido no revelara toda su realidad desde un primer momento.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: variación de la calificación jurídica en la sentencia procede siempre que se trate de delito de menor entidad, respete el núcleo fáctico de la imputación y no implique afectación de derechos de las partes e intervinientes

«El principio de congruencia, como garantía estructural en los sistemas procesales que consagran la separación funcional de las labores de acusación y juzgamiento, implica que el fallo judicial debe ser consonante o concordante con la acusación en el aspecto personal (la persona acusada), fáctico (los hechos jurídicamente relevantes), y jurídico (la calificación o valoración jurídica de la conducta).

[...]

La congruencia constituye un límite a las facultades del juzgador. Por principio, el juez no puede fallar sobre hechos que no fueron imputados, ni por delitos que no fueron objeto de acusación. Pero también está relacionada con el

derecho a conocer los fundamentos de la acusación, el derecho a la defensa y el derecho a la controversia o contradicción.

Esto ha llevado a la sala a insistir en la necesidad de que la fiscalía exponga clara y sucintamente en la acusación los hechos jurídicamente relevantes, en cuanto inciden en otros temas transversales del juicio, como es el tema de prueba y el derecho de defensa. Precisamente por esta incidencia es que se ha considerado que los hechos expuestos en la acusación son intangibles e inmodificables (congruencia sobre el núcleo fáctico).

[...]

Sin embargo, la Sala ha sostenido que mientras la congruencia es rígida en su dimensión fáctica, es flexible en su dimensión jurídica, por lo que es posible que el juez se aparte de la calificación jurídica formulada por la fiscalía y condene por un delito distinto, siempre y cuando concurren ciertas condiciones. [...]

De acuerdo con este entendimiento, la variación de la calificación jurídica procede incluso cuando la nueva calificación no corresponda al mismo título o capítulo del Código Penal, siempre y cuando la modificación se oriente hacia un delito de igual o menor entidad, no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes y la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación».

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acusación y sentencia: variación de la calificación en la sentencia, de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado a acceso carnal violento agravado / **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** - Diferencias con el acceso carnal violento / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Acusación y sentencia: al estudiar la posibilidad de emitir condena por un delito de menor entidad, no debe tomarse como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador

«En el caso concreto, la Sala encuentra que el núcleo fáctico se mantuvo inalterado desde la audiencia de formulación de imputación hasta la sentencia condenatoria. El fallo es fácticamente congruente con la comunicación y la formulación de los cargos.

[...]

El juzgador, entonces, acogió el criterio de la congruencia flexible para calificar la situación fáctica con el delito de acceso carnal violento agravado, en lugar del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado que fuera objeto de acusación, apartándose en este punto de la postulación del fiscal.

La Sala encuentra que esta variación no se realizó con observancia de las reglas jurisprudenciales que rigen la materia, toda vez que, aunque se mantuvo el núcleo fáctico de la imputación y no se advierte indefensión, se modificó la calificación jurídica por un delito que no puede ser considerado de menor o igual entidad, aunque tengan señalada la misma pena.

El delito de acceso carnal violento constituye una de las formas típicas de violación, ubicado en el capítulo primero del título IV del C.P., mientras que el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años constituye una de las formas típicas de actos sexuales abusivos, ubicado en el capítulo segundo del mismo título del C.P. Aunque se trata, en ambos casos, de agresiones sexuales, su significado y formas de realización son diferentes.

[...]

Esta diferencia ontológica y normativa entre las conductas constitutivas de violación y las conductas constitutivas de actos sexuales abusivos, históricamente también se vio representada en el ámbito de la proporcionalidad de las penas, considerándose, sin lugar a dudas, de mayor gravedad y significación a las primeras.

[...]

Las consideraciones de la Corte Constitucional en C-521 /09, también indican que, aunque los delitos de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en su forma básica, actualmente se sancionen con la misma pena de prisión, su significado y lesividad son diferentes.

Por lo anterior, al variarse la calificación jurídica del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 208 C.P.), al delito de acceso carnal violento (art. 205 C.P.), la Sala advierte la vulneración del principio de congruencia, en cuanto no puede considerarse una variación favorable, o por un delito de menor o igual entidad.

En la evaluación de la menor o igual entidad de una conducta punible, que habilita al juzgador

para apartarse de la acusación en los términos señalados por la jurisprudencia de la Sala, no se debe tomar como única consideración el monto de la pena privativa de la libertad prevista por el legislador.

La Sala, entonces, casará oficiosamente la sentencia y la ajustará a los términos de la acusación, aunque, conforme a lo explicado, no haya lugar a redosificación punitiva, por tratarse de delitos sancionados con la misma pena».

DELITO - Fuente de obligaciones: deber de reparar los daños materiales y morales causados / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: la de reparar los daños causados con la conducta punible surge de pleno derecho / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Elementos: condicionalidad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Potestades del juez: establecer, individualizar o cuantificar los daños causados con la conducta punible, desconoce las formas propias del incidente de reparación integral

La Corte Suprema de Justicia dictó sentencia de casación, en respuesta a la demanda formulada en nombre de F.A.M.P. contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá. Mediante esa decisión, se modificó la condena impuesta a aquél y a S.E.M.P. por el delito de hurto por medios informáticos, al tiempo que se les concedió la suspensión de la ejecución de la pena, condicionada a la reparación de los perjuicios causados con la conducta punible.

En esta oportunidad, la Sala no casó la sentencia impugnada, con fundamento en las modalidades de error propuestas por el censor; empero, casó parcialmente el fallo de segundo grado, en el sentido de suprimir, de las obligaciones condicionantes de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, la de “asegurar el resarcimiento con el medio idóneo que se acuerde con la víctima”.

Lo anterior por cuanto, la obligación de reparar los perjuicios causados con la conducta punible, vista como condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena, tiene una naturaleza genérica, es una admonición que sólo podrá concretarse y verificarse su cumplimiento dentro del término fijado por el juez hasta tanto se especifique la prestación u objeto de la obligación indemnizatoria, producto del fallo que decide el incidente de reparación integral o, en su defecto, por vía de lo decidido en la jurisdicción civil.

Al respecto, señaló que, la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la conducta punible surge de la declaración de responsabilidad penal, por ser el delito una fuente de responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, la concreción de las formas y cuantías de reparación e indemnización supone el agotamiento de las formas propias del juicio incidental.

SP216-2023(56584) de 07/06/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 25 de marzo de 2017, mediante accesos fraudulentos a los sistemas informáticos del banco Davivienda, se efectuaron múltiples transacciones electrónicas por un valor total de \$643.220.000.
2. El dinero extraído ilícitamente de la entidad fue transferido por canales virtuales a 24 cuentas de ahorros.
3. Logradas las transacciones ilícitas, sus titulares retiraron inmediatamente los valores consignados para luego entregárselo a quienes les encomendaron “prestar sus cuentas”.
4. En el marco de dichas operaciones ilícitas, en Bogotá, F.A.M.P. recibió la suma de \$29.900.000, mientras que a S.E.M.P. le fueron entregados \$64.750.000.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA - Obligaciones / **DELITO** - Fuente de obligaciones: deber de reparar los daños materiales y morales causados / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Obligaciones: la de reparar los daños causados con la conducta punible surge de pleno derecho / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA**

PENA - Elementos: condicionalidad / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA -** Alcance / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA -** Reparación de los perjuicios causados con la infracción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO -** Comiso: no depende del incidente de reparación integral ni de la condena en perjuicios

«[...] sustancialmente hablando, la reparación integral no surge ni se origina en normas adjetivas que atañen a la identificación, caracterización y cuantificación de los daños, así como a la determinación de las personas llamadas a ser indemnizadas y las formas de reparación.

La obligación de reparar los daños ocasionados con el delito, en verdad, es una forma de responsabilidad civil extracontractual consagrada en el art. 2341 del C.C., norma conforme a la cual, quien ha cometido un delito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por el delito cometido. En sintonía con ello, el art. 94 del C.P. preceptúa que la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla, los cuales, según el art. 96 ídem, deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, estén obligados a responder.

De suerte que el delito entraña la obligación de reparar los perjuicios, deber que es inherente a esa fuente de responsabilidad civil y que nace a la vida jurídica con la declaratoria oficial de responsabilidad penal contenida en la sentencia, sin que surja del fallo que pone fin al juicio incidental de reparación, el cual concierne a la “forma concreta de reparación integral” (art. 130 inc. 1° C.P.P.)

A esa lógica es que responde el art. 65-3 del C.P., norma sustancial que presupone la existencia de la obligación de reparar los daños causados con la conducta punible, la cual surge de pleno derecho, al margen de que la concreción de los contenidos de reparación, la cuantía o formas específicas de indemnización estén supeditados a la activación y adelantamiento de un trámite incidental posterior, que culmina con un fallo de condena en concreto y resuelve sobre pretensiones de responsabilidad civil (cfr. art. 181-4 del C.P.P.), una vez la sentencia que decide

sobre la responsabilidad penal esté en firme (art. 102 ídem).

Nótese que, una vez constatada la procedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el art. 65 inc. 1° del C.P. no faculta al juez a imponer las obligaciones condicionantes de la subsistencia del subrogado, a saber, i) informar todo cambio de residencia; ii) observar buena conducta; iii) reparar los daños ocasionados con la conducta punible; iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile la sentencia y v) no salir del país sin previa autorización del juez de ejecución de penas.

Lo que establece el inc. 2° ídem es que el sentenciador exigirá que el cumplimiento de esas obligaciones se garantice mediante caución.

Ello es así debido a que el inc. 1° de la norma declara que el reconocimiento del subrogado comporta esas obligaciones para el beneficiario.

Además, uno de los elementos definitorios de la suspensión de la ejecución de la pena es la condicionalidad, principio acorde con el cual el art. 66 inc. 1° del C.P. advierte que, si durante el periodo de prueba el condenado violare cualquiera de las obligaciones impuestas, se ejecutará inmediatamente la sentencia en lo que hubiere sido motivo de suspensión y se hará efectiva la caución prestada.

La suspensión a prueba de la ejecución de la pena representa una alternativa a la pena de prisión, que se clasifica dentro de la categoría de las condenas condicionadas. Se trata de la renuncia a la ejecución de la totalidad o una parte de la pena de prisión bajo determinadas condiciones (compromisos y amonestaciones). El cumplimiento total de las condiciones durante el tiempo de suspensión conduce a la remisión de la sanción.

Si, por el contrario, los condicionamientos impuestos son incumplidos, la suspensión de la pena debe revocarse. En este caso, se activa la ejecución de la pena privativa de la libertad y se compele a su cumplimiento total.

La amenaza de revocatoria es un componente irrenunciable de este instituto jurídico: dicho metafóricamente, el sentenciado permanece bajo una especie de espada de Damocles (la eventual ejecución del encarcelamiento), la cual produce un efecto disuasivo en el beneficiario.

Allí tiene lugar, sobre todo, el fin de prevención especial negativa, pues mediante las condiciones

y la amenaza de revocatoria, la suspensión de la pena hace posible mantener al condenado, por lo menos dentro del tiempo de suspensión, exento de reincidencia.

Así mismo encuentra aplicación la prevención especial positiva, en tanto la pretensión de resocialización -como concreción del principio constitucional de prohibición de exceso-, se satisface de mejor manera a través de la evitación del encarcelamiento, no mediante el cumplimiento de la pena de prisión.

Ahora bien, la condicionalidad deriva del entendimiento del subrogado como una concesión que, si bien favorece la libertad personal, en tanto medida que favorece la resocialización, implica contraprestaciones y reciprocidad del sentenciado.

[...]

En consonancia con esas razones, en la sentencia C-006 de 2003, la Corte Constitucional clarificó que el deber de indemnizar, en tanto condicionante de la permanencia de la suspensión de la ejecución de la pena, no implica la imposición de una doble sanción resarcitoria.

La responsabilidad civil derivada del delito, sustancialmente, es una sola, al margen de que pueda tener relevancia en diversas etapas del proceso [...]

La obligación de reparar los daños causados con la conducta punible, se recalca, es inherente a la declaratoria de responsabilidad penal, deber que opera por mandato legal. En el marco de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el juez (de conocimiento o de ejecución de penas, según sea el caso) simplemente impone al sentenciado la obligación de prestar caución para garantizar su cumplimiento de las obligaciones condicionantes del subrogado, dentro del término que fije para ello.

La estimación de los montos de indemnización, desde luego, sí pertenece a otra fase del proceso en la que aplican reglas distintas (incidente de reparación integral). Mas lo cierto es que, en el presente asunto, contrario a lo sostenido por el demandante, el tribunal no identificó ni cuantificó perjuicio alguno a ser indemnizado por los sentenciados (cfr. num. 27 supra)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Incidente de reparación integral: objeto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral:

características / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: Oportunidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: trámite / **SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA** - Potestades del juez: establecer, individualizar o cuantificar los daños causados con la conducta punible, desconoce las formas propias del incidente de reparación integral

«Como lo ha clarificado la jurisprudencia (cfr., entre otras, CSJ SP13300-2017, rad. 50.034 y SP4559-2016, rad.47.076), el objeto esencial del incidente de reparación integral es la determinación de la cuantía de los perjuicios, concepción a partir de la cual le ha asignado las siguientes características:

(I) Se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito (sentencias del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 del 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160).

(II) El trámite debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal, dado que han sido resueltos en fallo de condena ejecutoriada, de tal manera que el incidente de reparación se aparta completamente del trámite penal (providencias del 27 de junio del 2012, radicado 39.053, y del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236).

(III) Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

El incidente de reparación integral, que sólo puede activarse cuando la declaratoria de responsabilidad penal esté en firme (art. 102 C.P.P.), es esencialmente un mecanismo para

determinar la cuantía del daño ocasionado con el delito (CSJ AP2428, 12 mayo 2015, rad. 42.527), aspecto eminentemente civil que, además de regirse por ese procedimiento, ha de materializarse en una sentencia de condena en concreto (art. 283 del C.G.P.).

De suerte que se viola el debido proceso si, al momento de suspender condicionalmente la ejecución de la pena de prisión, el juez, desbordando el contenido de los arts. 65-3 del C.P. y 474 inc. 1° del C.P.P., establece, individualiza y cuantifica perjuicios o impone alguna forma de indemnización o procedimiento resarcitorio, como quiera que una decisión de tal contenido es privativa del fallo que pone fin al incidente de reparación integral (art. 105 del C.P.P.).

Desde el plano sustancial, la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la conducta punible surge de la declaración de responsabilidad penal (art. 94 del C.P.), por ser el delito una fuente de responsabilidad civil extracontractual (art. 2341 del C.C.).

El delito, en sí, entraña daño y éste da lugar a la obligación de repararlo.

Mas la concreción de las formas y cuantías de reparación e indemnización, procesalmente hablando, supone el agotamiento de las formas propias del juicio incidental, a la vez que, bajo la óptica sustancial civil, el mandato genérico de reparar, previsto en el art. 94 ídem, adquiere entidad cuando se concreta la prestación y ésta se hace exigible con la emisión de una condena en concreto, inserta en la sentencia que pone fin al incidente.

Ahora, uno de los procedimientos previstos en el incidente de reparación integral es la invitación a conciliar por parte del juez (art. 104 inc. 1° ídem del C.P.P.). De lograrse acuerdo conciliatorio entre las partes, su contenido se incorporará a la decisión.

De lo contrario, se procederá a la práctica de pruebas y se atenderá el fundamento de sus pretensiones.

A la luz de dichas premisas salta a la vista, entonces, que el tribunal no estaba facultado para imponer a los condenados el deber de “asegurar el resarcimiento con el medio idóneo que se acuerde con la víctima”, so pena de revocar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Las potestades de exigir prestar caución (art. 65 inc. 2° del C.P.) y fijar un término para cumplir con el deber indemnizatorio (art. 474 del C.P.P.) no entrañan la facultad de obligar al sentenciado a procurar ni, mucho menos, lograr formas conciliadas de reparación.

Como primera medida, la exigibilidad de la reparación o indemnización de los perjuicios causados con el delito, según el art. 102 inc. 1° del C.P.P., requiere la activación del incidente por solicitud de los sujetos procesales legitimados para ello, sin que el juez pueda abrirlo, tramitarlo y fallarlo oficiosamente.

En segundo lugar, únicamente en curso de la audiencia de pruebas y alegaciones es que el juez puede propiciar la terminación conciliada del conflicto indemnizatorio.

Y, en tercer orden, la consecución de un acuerdo supone que ambas partes así lo convengan, por lo que mal podría obligarse al sentenciado a lograr una conciliación y, menos, entender incumplida su obligación de reparar los perjuicios si no “acuerda el resarcimiento con la víctima”.

Por consiguiente, en el asunto bajo examen, el tribunal violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea del art. 65-3 del C.P., en la medida en que del contenido de esa norma ni del art. 474 del C.P.P., que ha de integrarse a ella cuando se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se extrae que el juez puede obligar al sentenciado, bajo el apremio de revocar el subrogado, a procurar y, mucho menos, lograr acuerdos indemnizatorios con la víctima.

[...] la Corte ha de recalcar, conforme a las razones expuestas, que no es cierto que la obligación de indemnizar los daños causados con la conducta punible “surja” del fallo que ponga fin al incidente de reparación integral.

En manera alguna.

Ese deber, que además corresponde a la protección de un derecho fundamental en cabeza de las víctimas, es inherente a la declaratoria de responsabilidad penal.

Mas ya cuantificados los perjuicios y determinadas las formas en que ha de repararse en la sentencia incidental, la obligación prevista en el art. 65-3 del C.P. se concreta en las prestaciones a las que se obliga a indemnizar al condenado, quien ha de cumplirla en el término

fijado por el juez, so pena de que opere la revocatoria del subrogado.

Esto, desde luego, sin perjuicio de la imposibilidad económica de hacerlo.

Digase, por último, que la obligación de reparar los perjuicios causados con la conducta punible, vista como condicionante de la suspensión de la ejecución de la pena, tiene una naturaleza genérica, es una admonición que sólo podrá concretarse y verificarse su cumplimiento dentro del término fijado por el juez hasta tanto se especifique la prestación u objeto de la obligación

indemnizatoria, producto del fallo que decide el incidente de reparación integral o, en su defecto, por vía de lo decidido en la jurisdicción civil (en el mismo sentido, pero con ocasión de la libertad condicional, cfr. CSJ STP8018-2022, rad. 123.352).

En consecuencia, ha de reducirse teleológicamente el alcance de la obligación de reparar mencionada en los arts. 65-3 y 66 inc. 1° del C.P., en concordancia con los arts. 474 y 475 del C.P.P.».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9408

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

