



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Junio 30 de 2020 n.º 08

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

#### NON BIS IN IDEM - ALCANCE Y SIGNIFICADO:

***En sentido amplio, implica no sólo la imposibilidad de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino la de adelantar simultáneamente dos o más procesos***

Bajo los parámetros de la Ley 600 de 2000, la Sala declaró fundada la causal segunda de revisión, referida a la situación de haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía proseguirse, por confluir una causal de extinción de la acción penal. Para arribar a esta determinación, reconoció que, en sentido estricto, no se vulneró el principio de *cosa juzgada*, pues para la época en que se emitió la sentencia demandada, no existía previamente otra decisión proferida por la autoridad extranjera con los mismos efectos. Sin embargo, consideró procedente la revisión, bajo la óptica del principio de *non bis in ídem*, en *sentido amplio*, dada la tramitación simultánea de dos procesos contra el sentenciado, uno en Estados Unidos, y el otro, en Colombia, lo que implicaba la imposibilidad de prosecución del último de los referidos. De este modo, al constatar no sólo la existencia de la sentencia foránea, sino los parámetros de identidad de sujeto y objeto, dispuso dejar sin valor y efecto la sentencia nacional, declarar la cesación de procedimiento y ordenar la libertad inmediata e incondicional al procesado.

**SP1475-2020 (48861) del 17/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

**COSA JUZGADA – Concepto || ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse: **non bis in ídem || DEBIDO PROCESO - Garantías que ampara:** cosa juzgada y **non bis in ídem**, bloque de constitucionalidad || **PROCESO PENAL – Principios:** cosa juzgada y prohibición de doble incriminación || **EXTRADICIÓN - Non bis in ídem:** antecedentes legislativos y jurisprudenciales || **EXTRADICIÓN – Non bis in ídem:** carencia de regulación en la Ley 906 de 2004 y declaratoria de inexecutable del artículo 527 de la Ley 600 de 2000, no significa que exista vacío normativo para su aplicación || **EXTRADICIÓN – Improcedencia:** cuando las autoridades nacionales hubieren ejercido jurisdicción sobre una conducta punible || **EXTRADICIÓN – Improcedencia:** en garantía de la autonomía y soberanía nacionales || **EXTRADICIÓN – Improcedencia:** en garantía del principio de **non bis in ídem / EXTRADICIÓN – Improcedencia:** en garantía del principio de cosa juzgada

«Ciertamente, **la cosa juzgada** que hace inmutable a una sentencia debidamente ejecutoriada **es susceptible de ser derruida cuando**, en términos del numeral 2º del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, **se haya dictado en proceso que no podía iniciarse o proseguirse** por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición válidamente formulada, o **por cualquier otra casual de extinción de la acción penal, como sería la afectación al principio de non bis in ídem**, pues éste implica la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos por conductas punibles que ya fueron o son objeto de otro de la misma índole.

En ese orden el artículo 29 de la Constitución prevé el derecho de toda persona a no ser juzgada

dos veces por el mismo hecho, mientras que los artículos 8° del Código Penal y 19 de la Ley 600 de 2000, contemplan el **principio de prohibición de doble incriminación** y el respeto de la **cosa juzgada** como valores que regentan el proceso penal e imponen, en consecuencia, que a nadie se le puede imputar en más de una oportunidad la misma conducta punible, ni que, a la persona cuya situación jurídica se le haya definido por sentencia ejecutoriada o decisión con el mismo efecto vinculante, se le puede someter a una nueva actuación por igual conducta.

[...] Tal principio, en frente de la extradición y para efectos de establecer o no su procedencia ha evidenciado un tratamiento legislativo y jurisprudencial diverso, cuando quiera que el solicitado por un Estado foráneo haya sido o esté siendo juzgado en nuestro país por los mismos hechos que motivan aquel pedido, supuesto este que, aunque en la actual codificación contenida en la **Ley 906 de 2004 no tiene una regulación expresa**, sí la ostentaba en anteriores ordenamientos.

Así, el artículo 565 del Decreto 2700 de 1991 preveía: *“Casos en que no procede la extradición. No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo delito la persona cuya entrega se solicita, esté investigada o haya sido juzgada en Colombia”*; mientras que el 527 de la Ley 600 de 2000 prescribió en similares términos: *“Casos en que no procede la extradición. No habrá lugar a la extradición cuando por el mismo hecho la persona cuya entrega se solicita, haya sido o esté siendo juzgada en Colombia”*, mas este precepto fue declarado inconstitucional por vicios de forma en sentencia C-760 de 2001.

**No obstante esa declaratoria de inexequibilidad y la falta de específica regulación en la Ley 906 de 2004, la Corte ha comprendido que eso no significa en manera alguna que al respecto exista un vacío normativo cuando desde el punto de vista constitucional y del bloque de constitucionalidad entre las garantías de los asociados a un debido proceso se incluyen las de la cosa juzgada y la del non bis in ídem; es que, como se dijo en la sentencia C-622 de 1999 al estudiar la exequibilidad del referido artículo 565 del Decreto 2700, “en virtud de una interpretación sistemática con las garantías consagradas en el artículo 29 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, esta**

*Corte estima necesario advertir -lo que resulta aplicable a la interpretación y ejecución de la norma objeto de demanda- que tampoco cabe la extradición cuando la persona solicitada por las autoridades de otro Estado es procesada o cumple pena por los mismos hechos delictivos a los que se refiere la solicitud”.*

Por manera que, **aun en ausencia de regulación expresa** en dicha temática, los principios rectores y garantías procesales previstos en las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, las normas rectoras de la ley penal colombiana que determina la Ley 599 de 2000 en su Título I y los axiomas que orientan nuestro Estado de Derecho señalados en el Título I de la Constitución y las garantías previstas en el artículo 29 de la Carta, **impiden que cuando por nuestras autoridades se haya ejercido jurisdicción sobre un hecho punible, proceda por él la extradición que solicite otro Estado**, pues de esa manera se efectiviza no sólo la **autonomía y soberanía nacionales**, sino que, además, se procura la observación de garantías fundamentales de los procesados como la de **no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**»

**ACCIÓN DE REVISIÓN - Principio de cosa juzgada:** causal infundada, si al momento en que se dictó la sentencia en Colombia y adquirió firmeza, no preexistía decisión extranjera ejecutoriada con iguales efectos || **COSA JUZGADA - Concepto:** identidad en la persona juzgada, objeto del proceso, y en la causa || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** no puede utilizarse en casos de falta de analogía fáctica || **COSA JUZGADA - No se vulnera:** en sentido estricto.

«Bajo tales supuestos, diríase entonces, en principio que, **la causal invocada en sustento de esta acción de revisión resulta infundada en la medida en que** para cuando se dictó la sentencia en Colombia y adquirió firmeza, **no existía ninguna otra decisión que con iguales efectos hubiere condenado al accionante**, vale decir que el fallo de nuestras autoridades judiciales, no habría, en ese restringido sentido, infringido la examinada garantía.

En efecto, bien entendió el demandante cuáles eran las exigencias a demostrar con el propósito de acreditar a su vez la vulneración de dicho axioma, como son la identidad de objeto o hechos y sujeto o procesado, así como la existencia de un

juzgamiento previo concluido en sentencia debidamente ejecutoriada.

Sin embargo, con independencia de los dos primeros o aun dando por acertadas las consideraciones del libelista y con ello que, en efecto, se trata del mismo procesado y de idéntico supuesto fáctico, no resultaría esto suficiente en el evento examinado cuando el tercer requerimiento, a diferencia de lo tácitamente expuesto por él, no se acredita en manera alguna.

Es que, de conformidad con lo ya dicho, **para tachar a una sentencia como lesiva de la cosa juzgada se requiere que medie otro pronunciamiento igual o de similar alcance previamente proferido y debidamente ejecutoriado**, valga decir que, en este asunto la sentencia extranjera debería preexistir a la nacional, para de ese modo entender que la colombiana violó la garantía invocada, de lo contrario si la nacional fue emitida primero que aquella y cobró la debida ejecutoria, mal podría catalogarse de vulneradora de ese valor fundamental.

No bastaría con afirmar, como equivocadamente lo hace el accionante, que existe otra sentencia en su contra, por idénticos hechos; debe demostrarse, en torno a la cosa juzgada, que ella preexistía al momento en que se profirió la que se pretende rescindir por afectar ésta el principio citado.

Acá, los documentos aportados por él con su demanda y en la fase probatoria de este trámite, permiten establecer que para el momento en que las autoridades judiciales colombianas dictaron sentencia condenatoria en su contra y ella cobró ejecutoria, 16 de febrero de 2006, **no existía sentencia alguna proferida por otra autoridad, nacional o foránea**, luego el fallo que se cuestiona por vía de la acción de revisión **no habría vulnerado en esas condiciones el axioma de la cosa juzgada**, puesto que el dictado en Estados Unidos lo fue el 23 de marzo de 2006, esto es, en fecha posterior al emitido en nuestro país.

Es cierto que en **precedentes jurisprudenciales** la Corte ha considerado infringida la citada garantía, vr.gr. la sentencia de 14 de abril de 2010, Rad. No. 31529; SP4235 de 2017, o SP3228 de 2019, pero en ellos se ha determinado ciertamente que la decisión extranjera es anterior o previa a la colombiana, como que, en casos así, sí resulta evidente la aducida infracción, pues se

habría dictado en Colombia una sentencia en un asunto que ya fue juzgado y definido por el Estado requirente en otra o en decisión con igual fuerza vinculante.

En tales condiciones, por tanto, **la sentencia demandada no vulneró estrictamente la cosa juzgada**, porque para el momento en que fue dictada no existía otra decisión con similares efectos.»

**NON BIS IN IDEM - Alcance y significado:** en sentido amplio, implica no sólo la imposibilidad de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino la de adelantar simultáneamente dos o más procesos || **EXTRADICIÓN - Principio de non bis in ídem:** efectos, implica la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos que sobre idénticos hechos y en contra de las mismas personas se pudiesen adelantar o estén cursando en Colombia || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** aplicación a casos análogos || **NON BIS IN IDEM - Vulneración:** cuando el condenado por la jurisdicción nacional fue extraditado, condenado y cumplió una pena en el extranjero por los mismos hechos || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** vulneración al non bis in ídem, demostración, cuando la otra sentencia condenatoria se profirió en el extranjero || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** vulneración al non bis in ídem, demostración, debe acreditarse que el juicio en el Estado requirente se adelantó efectivamente y concluyó con una sentencia o una decisión de similares efectos || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de oportunidad:** causal segunda, cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición, implica la suspensión de la actuación en Colombia hasta que se defina con efectos de cosa juzgada la situación del requerido || **ACCIÓN DE REVISIÓN - Cuando la sentencia condenatoria se profirió en proceso que no podía iniciarse o proseguirse:** non bis in ídem, se declara fundada la causal.

«Empero, lo anterior, **aunque resulte cierto en frente de la res iudicata, no tiene el mismo efecto cuando se examina**, como ha de ser, **la garantía del non bis in ídem en su sentido amplio** y no en el de apenas una de sus expresiones, porque, como se ha dicho, ella



**implica no sólo la imposibilidad de proferirse sentencia cuando ya se ha dictado una por los mismos hechos, sino también la de adelantarse simultáneamente dos o más procesos**, tal cual, es el problema jurídico que, en este evento, realmente se plantea, en la medida en que cuando se tramitó la extradición de WATC, para que fuera juzgado por las autoridades judiciales de los Estados Unidos por delitos relacionados con narcotráfico, estaba siéndolo también en Colombia por los mismos hechos.

Además, es evidente, como se verificará más adelante, que en contra del accionante fueron proferidas dos sentencias de condena, una en los Estados Unidos y otra en Colombia por los mismos sucesos.

En esas condiciones, ante el hecho cumplido de que el accionante fue extraditado, juzgado y condenado en el país requirente, tal problemática sólo puede resolverse bajo la consideración de que cuando aquello sucedió, **el proceso en Colombia no podía proseguirse**.

Es que, **cuando el gobierno**, una vez verificados por la Corte los requisitos de procedencia de la extradición, **decide renunciar al juzgamiento del requerido** conforme a la legislación penal nacional, **el principio del non bis in ídem aparece como consecuencia la imposibilidad de iniciar o proseguir procesos que sobre idénticos hechos y en contra de las mismas personas se pudiesen adelantar o estén cursando en Colombia**.

Por demás, aunque no en un asunto de extradición, pero sí de casación, la Corte ya se ha pronunciado por una solución en ese sentido, esto es que, producida aquella, **el proceso que eventualmente se siga en Colombia por los mismos hechos debe cesar o precluirse**.

En tal asunto, juzgados como eran varios procesados por delitos de narcotráfico y concierto para delinquir, se produjo su extradición entre septiembre y noviembre de 2010; el juicio en Colombia prosiguió hasta que en junio 28 de 2013 se dictó por el Tribunal correspondiente sentencia condenatoria de segunda instancia, la cual fue objeto del recurso de casación, en cuya virtud la Sala declaró oficiosamente conculcada la garantía del non bis in ídem por considerar que, una vez realizada la extradición, el proceso en Colombia ha debido concluir.

[...] En resumen, en aquellos asuntos donde a pesar de haberse producido la extradición siguió y culminó el proceso que en Colombia se adelantaba contra el requerido por los mismos hechos, **se considera infringido el non bis in ídem**, porque en esas condiciones la actuación en Colombia no podía proseguirse, mucho menos si, como en este asunto y en cuanto el expediente completo de extradición fue adjuntado durante el juzgamiento, las autoridades judiciales patrias que cursaban el respectivo proceso estaban al tanto de dicho trámite y sus resultados.

Sin embargo, se estima también, que a esta conclusión no se puede arribar de modo automático, esto es que, producida la extradición se comprendería sin más concretada tal infracción, pues a no dudarlo, la entrega del requerido no implica siempre, ni necesariamente que en el Estado petente se lleve a cabo el juicio para el cual se le solicitó, ni tampoco la emisión de un fallo o de una decisión con iguales efectos vinculantes, bien porque se opte en algunos ordenamientos por el retiro de los cargos, o se anule por alguna causa el proceso, o se determine que el requerido no corresponde a quien allí se juzga, según lo ha demostrado la praxis judicial y se evidencia en decisiones del 5 de agosto y 9 de octubre de 2013, proferidas en el radicado No. 41301, como que allí se estableció que aunque el requerido, quien también estaba siendo procesado en Colombia, fue extraditado, finalmente no fue juzgado, ni menos sentenciado por el país que lo solicitó.

Por tanto, a fin de preservar valores superiores y evitar la eventual impunidad, no bastará en tales casos acreditar la extradición de quien era investigado o juzgado en Colombia, la sola extradición no implica violación de la garantía que se examina; **debe demostrarse además que el juicio en el Estado requirente se adelantó efectivamente, o se surtió alguna forma anticipada de terminación y concluyó con una sentencia o una decisión de similares efectos**, sólo de esa manera se entenderá que el requerido fue juzgado dos veces por los mismos acontecimientos.

Ahora, para evitar situaciones como la que se verifica en el caso presente, dable resulta en casos adelantados bajo el sistema procesal regulado por la Ley 906 de 2004, que se acuda a la aplicación del **principio de oportunidad y bajo el amparo de la causal 2° del artículo 324 del C.P.P. suspender la investigación o el**

**juzgamiento seguido en Colombia** hasta esperar que se defina, con efectos de cosa juzgada, en el país requirente la situación jurídica del sujeto pedido en extradición por los mismos hechos por los cuales se adelanta una actuación penal en nuestro Estado.

[...] Así, en este caso se estableció que, WATC, cuando estaba siendo procesado en Colombia por los punibles de concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes, fue extraditado a los Estados Unidos el 15 de abril de 2005 y que allí efectivamente, declarando su culpabilidad, fue condenado a 87 meses de prisión, mediante sentencia del 23 de marzo de 2006, cuya copia autenticada y traducida fue debidamente allegada.

Es decir, se advierten satisfechas en principio las condiciones antes precisadas: fue extraditado cuando simultáneamente estaba siendo juzgado en Colombia y efectivamente fue sentenciado por el Estado requirente.

Luego, resta por determinar, si, como lo manifiestan Fiscalía, Ministerio Público, accionante y su apoderada, concurre la identidad de sujeto y objeto.

En ese propósito, confrontados los hechos reseñados al inicio de esta decisión con los cargos igualmente transcritos, formulados en los indictment proferidos por los Tribunales de los Distritos Sur de Nueva York y La Florida el 4 y el 9 de septiembre de 2003, respectivamente, así como con las declaraciones que en apoyo a la solicitud de extradición rindieron funcionarios de la Fiscalía y de la Agencia Antidrogas de Estados Unidos, forzosa es la conclusión de que efectivamente se acreditó la identidad de sujeto y objeto.

Por lo primero, ninguna duda hay de que el extraditado, quien aceptó culpabilidad ante el Tribunal foráneo que lo requería y fue condenado en sentencia del 23 de marzo de 2006, respondía al nombre de WATC, natural de Colombia, nacido [...] en Bogotá, 1.68 metros de estatura, de tipo

hispanico, 90 kilogramos de peso y titular de la cédula colombiana [...], el mismo que fue hallado responsable en las sentencias que se cuestionan en esta sede, según así se aprecia en la filiación que de él se describió en el fallo del a quo proferido el 6 de octubre de 2005.

Y por lo segundo, se ha demostrado que en Colombia fue condenado por pertenecer, entre diciembre de 2001 y julio de 2003 a una empresa criminal dedicada al envío de sustancias estupefacientes al exterior mediante el empleo de personas que servían de correos humanos, o comúnmente llamadas mulas; por ser miembro de una organización que, efectivamente, se encargaba del tráfico de estas sustancias mediante el ocultamiento de ellas en prendas de vestir y maletas de viaje para transportarla dentro del país a Cartagena y Buenaventura y en el exterior a Panamá, México y por último Estados Unidos, actuar dentro del cual le fueron concretados 6 episodios de incautación de heroína, 5 de ellos en los Estados Unidos y uno en Colombia, así:

[...] Es decir, en cuanto se acreditó en los anteriores términos que WATC fue juzgado y condenado en Colombia y en Estados Unidos por los mismos sucesos punibles, extraditado a este país cuando era juzgado en el nuestro y que en virtud del mecanismo de cooperación internacional admitió su culpabilidad y fue consiguientemente, como se dijo, condenado, **debe reconocerse fundada la causal de revisión sustento de la acción ejercida por el doblemente sentenciado**, como así se declarará, a consecuencia de lo cual **se dejará sin efecto**, en su respecto, **las sentencias** del 6 de octubre de 2005 dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá y del 12 de enero de 2006, por medio de la cual el Tribunal Superior de esta capital la confirmó y se dispondrá su inmediata e incondicional excarcelación.»

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

**TENTATIVA - CONFIGURACIÓN:**  
***El estudio del requisito referido a la idoneidad de los actos, debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior***

En la providencia, a través de la cual no se casó la providencia impugnada, en relación con el cargo formulado por el recurrente, y se encontró procedente casarla de oficio, la Sala tuvo ocasión de realizar importantes precisiones sobre el *dispositivo amplificador del tipo* denominado *tentativa*, producto de las cuales

concluyó que el juzgador no incurrió en ningún error de selección normativa cuando encontró configurado el delito de *Homicidio Tentado*. La Corporación se detuvo particularmente en el requisito referido a la *idoneidad de los actos*, para precisar que su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a la ejecución (ex - ante), y no posterior (ex - post), con lo que descartó la alegación de la recurrente, cuando pretendió derivar de la comprobación médica de ausencia de riesgo inminente para la vida del sujeto pasivo, su inaplicación al caso.

**SP1175-2020 (52341) del 10/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**José Francisco Acuña Vizcaya**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que el agente realice actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, es de naturaleza objetiva || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, apreciación del peligro para el bien jurídico || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, aptitud para provocar el resultado típico en un curso causal ordinario || **TENTATIVA - Configuración:** no idoneidad de los actos, clases, relativa o absoluta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior

«Para que la tentativa se configure, los actos realizados por el sujeto activo, además de implicar verdadera ejecución del delito pretendido y no su simple preparación, **deben ser idóneos para lograr su consumación y estar inequívocamente dirigidos a ese fin.**

[...] Lo primero - la verificación de que los actos desplegados por el actor son idóneos para lograr la consumación del delito - es una condición que se deriva de las lógicas subyacentes a un derecho

penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Por ello, su relevancia variará si al sistema de represión criminal del Estado se la atribuyen finalidades diversas, como la garantía de la vigencia de las normas.

**Esta comprobación es de naturaleza objetiva** (entendida la expresión no en términos literales, sino como **intersubjetividad** que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las **máximas de la experiencia** (y las **reglas de la ciencia**, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un **curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico** que define la infracción consumada.

**La no idoneidad de los actos ejecutivos puede ser relativa o absoluta**, según se les repute tales por razón de las circunstancias de modo en que se producen o con independencia de ellas.

Por ejemplo, será relativamente inidóneo para matar el acto de quien dispara con una pistola de balines a una persona que se desplaza en un vehículo blindado, en tanto la experiencia enseña que dicho comportamiento, en esas específicas circunstancias, carece de la entidad para provocar la muerte del segundo. Es posible, sin embargo, que en otras condiciones modales (por ejemplo, si con idéntica arma le dispara directamente en un ojo) la valoración sea diferente.

En cambio, si los actos desplegados por el sujeto activo son siempre, con abstracción de las circunstancias modales del caso concreto, incapaces de producir el resultado pretendido (como sucede, según la recurrente hipótesis académica, cuando se pretende derrumbar un avión en vuelo con una flecha o, más aún, con rezos o invocaciones) habrá de concluirse que aquellos son absolutamente inidóneos.

No sobra anotar, en particular de cara a la controversia puntual que formula la demandante, que **el estudio de idoneidad de los actos debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución - ex ante - y no posterior.** La razón es evidente: con apoyo en una valoración ex post, toda tentativa concreta

habrá de reputarse inidónea, pues de no serlo, habría culminado con la consumación del delito pretendido».

**TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, su juicio reposa en procesos inferenciales || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure por circunstancias ajenas a su voluntad || **TENTATIVA - No se configura:** si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma

«La exigencia de que los actos realizados por el agente **estén inequívocamente dirigidos a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva**, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la constatación - directa o inferencial - de que lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

Desde luego, esta comprobación rara vez se logra de manera directa (como cuando el agente admite la finalidad de su comportamiento) y, a diferencia de lo que sucede con el delito consumado, no puede deducirse racionalmente del resultado, precisamente porque éste, en la tentativa, no se configura: por ejemplo, desde el plano estrictamente objetivo, del acto de tomar sin autorización el vehículo de un tercero puede afirmarse que estaba dirigido a la apropiación del bien (y con ello, que corresponde a la ejecución de un hurto), o bien, que se realizó con el propósito de utilizarlo para después devolverlo (con lo cual el delito intentado sería el de hurto de uso).

Por lo anterior, **este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales**, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor.

Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «*por circunstancias ajenas a su voluntad*», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. **Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente**, el curso causal **carecerá de relevancia penal a menos que**, en su desarrollo, **haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma**».

**TENTATIVA - Configuración:** requisitos, no abarca el que los actos de ejecución hubieren alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución del resultado || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, demostración, no está sometida a tarifa legal || **PRUEBA - Apreciación probatoria:** no hay tarifa legal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de libertad probatoria** || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, su estudio debe realizarse desde una perspectiva anterior a su ejecución (ex ante) y no posterior || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Demostración:** de la idoneidad de los actos, no exige la comprobación médico-científica y ex post de que el sujeto pasivo estuvo al borde de la muerte || **TENTATIVA - Configuración:** requisitos, idoneidad de los actos, demostración, desde una óptica intersubjetiva y atendiendo las máximas de la experiencia y las reglas de la ciencia relevantes || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Demostración:** Las reglas empíricas indican que una puñalada en el cuello o en el tórax, tienen la potencialidad de causar la muerte de quien las recibe || **REGLAS DE LA EXPERIENCIA - Se configura** || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Se configura:** evento en que los médicos expertos no conceptuaron peligro inmediato de fallecer || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Se configura:** evento en que las lesiones se dirigieron a zonas del cuerpo en las que convergen órganos vitales || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Configuración:** puede presentarse, aún en eventos en los que la víctima hubiere resultado ilesa || **TENTATIVA DE HOMICIDIO - Grado de proximidad a la consecución del resultado:** puede incidir en la dosificación judicial de la pena || **HOMICIDIO - Tentado:** se configura || **APLICACIÓN INDEBIDA DE LA LEY - No se configura**

«Aplicadas las consideraciones que anteceden al caso examinado, se observa que no le asiste razón a la demandante al afirmar que, ante la



comprobación médica de que la vida de las víctimas no estuvo en riesgo inminente, no resulta aplicable a la situación fáctica juzgada el dispositivo amplificador de la tentativa.

En primer lugar, porque con tal aserto la censora procura la inclusión de un nuevo elemento estructurante de la tentativa que la Ley no contempla, cual sería, según su entender, que los actos de ejecución hayan alcanzado un determinado grado de proximidad a la consecución de resultado, y, como si fuera poco, pretende establecer, en contravía del principio de libertad probatoria, una suerte de tarifa legal para su verificación.

De otra parte, porque tal postura **revela una comprensión equivocada de la noción de idoneidad**, la cual parece asimilar, en el contexto del delito de homicidio tentado, **a la comprobación médico-científica y ex post de que el sujeto pasivo estuvo al borde de la muerte**. Contrario a ello, **la idoneidad**, según quedó visto, **se verifica cuando de los actos ejecutivos desplegados por el agente puede afirmarse ex ante, desde una óptica intersubjetiva y atendidas las reglas de la experiencia, que en un curso causal ordinario hubiesen podido lograr la consumación del delito**.

Lo cierto es que, atendidos los criterios explicados anteriormente, **la idoneidad del comportamiento del acusado para provocar la muerte resulta irrefutable**. Las reglas empíricas indican que **una puñalada en el cuello** (en el caso de BB) **o en el tórax** (en el de RP) **tienen la potencialidad de causar la muerte** de quien las recibe.

De hecho, y para abundar en consideraciones, debe anotarse que si bien los médicos expertos que concurrieron al juicio no conceptuaron que los ofendidos hayan estado en peligro inmediato de fallecer, sí explicaron que el primero nombrado fue lesionado en una zona del cuerpo en la cual *«convergen órganos vitales»* como *«la yugular, la carótida, el esófago, la traquea y algunos paquetes nerviosos»*, y que el segundo, por su parte, lo fue en el área de los pulmones.

Lo anterior pone en evidencia que **las heridas que les propinó DH tenían la capacidad de causarles la muerte** y también, así no hayan requerido tratamiento urgente para evitar el perentorio deceso, que el delito no se consumó,

justamente, por circunstancias ajenas a su voluntad.

Y es que la equivocada comprensión de la recurrente llevaría a soluciones absurdas, pues son muchas las hipótesis fácticas en que los actos dirigidos a causar la muerte de una persona no se reflejan en un dictamen médico de muerte perentoria, o bien, ni siquiera alcanzan a producir lesiones corporales, pero están revestidos de incuestionable idoneidad. Piénsese en el supuesto de quien acribilla con disparos a un tercero para asesinarlo, pero por su deficiente puntería o por la reacción oportuna del agredido sólo le impacta en una extremidad, ora ni siquiera logra impactarle. En ese escenario no existirá un diagnóstico médico indicativo de que la víctima estuvo en el umbral del deceso, pero la valoración ex ante de los actos llevará a la afirmación cierta de su potencialidad para lograr la consumación del delito.

De ahí que la Sala, en el análisis de casos análogos al acá examinado, haya sostenido que *«la conducta punible bajo el dispositivo amplificador de la tentativa puede aún presentarse en el caso de que la víctima haya resultado ileso, sin que al efecto tenga trascendencia la naturaleza de las lesiones o la escasa incapacidad médica, pues lo que cuenta es la intención del agente y la acción dirigida contra la vida ajena, que es puesta en peligro o riesgo, sin que la lesión resultare factor definitorio...»*.

Desde luego, **la demostración pericial de que la víctima estuvo cerca de fallecer puede incidir en la dosificación judicial de la pena**, para la cual, en el caso del delito tentado, es relevante establecer **«el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo»**. Una prueba de esa naturaleza, entonces, podrá conllevar una mayor respuesta punitiva, pero **en modo alguno resulta indispensable para calificar la idoneidad de los medios desplegados**.

No sobra agregar, así ello no sea objeto de controversia explícita de parte de la recurrente, que la forma en que ocurrieron los hechos **permite inferir, más allá de toda duda razonable, que los actos ejecutivos desplegados por HAD, además de idóneos, estuvieron inequívocamente dirigidos a provocar la muerte de las víctimas y, con ello, a lograr la consumación del delito**. Ello se deduce de que haya dirigido las puñaladas a zonas de sus cuerpos en las que, como lo



indicaron los peritos, existen órganos vitales para la supervivencia, y más aún, de que así lo haya hecho, específicamente en el caso de RP, cuando éste se encontraba plenamente desprevenido y sin ofrecer ninguna resistencia.

De acuerdo con lo expuesto, y según se anticipó, **la Sala concluye que no existió ningún yerro**

**de selección normativa en cuanto el Tribunal estimó aplicable a la situación fáctica juzgada las previsiones atinentes a la tentativa y, por consecuencia, al homicidio tentado».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

**PRISIÓN DOMICILIARIA - MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA:**  
***improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para trabajar***

La Sala decidió no casar la sentencia impugnada, tras advertir que la negativa a la concesión de la *prisión domiciliaria* respecto de la sentenciada, constituyó una determinación en la que no se incurrió en *violación directa* ni *indirecta* de la ley sustancial, así como de cualquier otra garantía fundamental. Para arribar a esta inferencia, encontró, conforme a la valoración de la prueba pericial, que la compañera permanente de la condenada, presentaba una escasa o leve dependencia respecto de ésta, y que adicionalmente, su situación no se ajustaba a la de una persona incapaz o incapacitada para trabajar, todo lo cual impedía asignar a la solicitante, la condición de *cabeza de familia*. Determinó que el *juicio proyectivo* sobre la posibilidad de *reincidencia* delictiva resultó plausible, conforme a las pruebas allegadas a la actuación; y finalmente, descartó que se presentara discriminación o desconocimiento del *enfoque diferencial*, pues la identidad sexual de las personas no influyó en la decisión.

**SP1251-2020 (55614) 10/06/2020**

**Magistrada Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** requisitos (Ley 750 de 2002) || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración ||

**PRUEBA PERICIAL - Diagnóstico de medicina ocupacional:** grado de dependencia del paciente, índice de barthel || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando existe evidencia sobre la escasa o leve dependencia || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando la persona no está absoluta o gravemente incapacitada para sostenerse, cuidarse y mantenerse a sí misma || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, frente al cónyuge, compañero o compañera permanente, incapaz o incapacitado para trabajar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para trabajar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** concepto, no puede confundirse con la jefatura femenina de hogar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, frente al cónyuge, compañero o compañera permanente, su referente normativo, en sentido estricto, no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando deviene de la imposibilidad de uno de los integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, por incapacidad para trabajar

«[...] contrastadas las anteriores premisas con las razones expuestas por el tribunal para revocar la prisión domiciliaria concedida en primera instancia, la Sala encuentra, como primera medida, que en la sentencia impugnada fueron fijados correctamente los presupuestos exigibles para analizar la procedencia del instituto.

La ocurrencia de los hechos data de marzo de 2017, resultando entonces aplicable el art. 38 B del C.P. -adicionado por el art. 23 de la Ley 1709 de 2014-. Por ello se incumple el factor objetivo,

dado que todos los delitos por los que se procede superan, en el mínimo de pena, el término de ocho años de prisión. Además, el art. 68 A ídem, al que remite el num. 2° de la norma, impide la concesión de la prisión domiciliaria a sentenciados por delitos dolosos contra la administración pública, como lo son el cohecho propio, contrato sin cumplimiento de requisitos legales y el interés indebido en la celebración de contratos.

Por ello, en su condición de norma -y modalidad- especial para evaluar la procedencia de la suspensión de la prisión carcelaria por domiciliaria, el ad quem acudió al art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conjunción con la jurisprudencia de esta Sala, al fijar como requisitos: “i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que su desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo; iii) que la condena no haya sido proferida por alguno de los delitos allí referidos y iv) que la persona no tenga antecedentes penales.”

4.2.3.1. De otro lado, a la hora de verificar si la sentenciada es **mujer cabeza de familia, el ad quem descartó esta condición bajo el entendido que la dependencia presentada por su compañera permanente es leve** y, sólo en los momentos de crisis, presentará una gran limitación para sus actividades cotidianas. Ese aserto se extrajo del informe pericial suscrito por médico forense, aportado por la propia defensa, sin tergiversación alguna.

Del contenido objetivo de la prueba el tribunal destacó, además, que esa conclusión derivó de **la aplicación del índice de Barthel**, en el cual BRG obtuvo una puntuación de 95, indicativa de una dependencia leve. Y en esa valoración no se advierte ninguna infracción de las reglas de la sana crítica.

Antes bien, a la luz de criterios científicos, el escrutinio de la prueba se ofrece sólido. Según la literatura médica, **el índice de Barthel** es una “medida genérica que valora el nivel de independencia del paciente con respecto a la realización de algunas actividades de la vida diaria, mediante la cual se asignan diferentes puntuaciones y ponderaciones según la capacidad del sujeto examinado para llevar a cabo estas actividades”. La estimación del grado de independencia se expresa en términos cuantitativos, de la siguiente manera: **i)** de 0-20:

dependencia total; **ii)** 21-60: dependencia severa; **iii)** 61-90: dependencia moderada; **iv)** 91-99: dependencia escasa y **v)** 100: independencia .

Entonces, **existiendo evidencia sobre la escasa o leve dependencia de la señora RG** -que se evaluó en 95/100 por el hecho de requerir apoyo únicamente para subir y bajar escaleras-, **difícilmente puede sostenerse que ello convierte a su compañera permanente en mujer cabeza de familia, pues esa condición no es suficiente para predicar que aquélla está absoluta o gravemente incapacitada para sostenerse, cuidarse y mantenerse a sí misma.** Ello no implica desconocer la enfermedad ni las dificultades que pueda padecer la compañera de la sentenciada. Empero, lo cierto es que no reúne las condiciones de gravedad necesarias para poder considerar a CPMG como mujer cabeza de familia, en los términos exigidos por el art. 1° de la Ley 750 de 2002, en conexión con el art. 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008.

**No puede confundirse la jefatura femenina de hogar**, en tanto fenómeno socio-económico, en el que una mujer asume la manutención de su pareja, **con la figura de cabeza de familia derivada de la incapacidad de alguien, a su cargo, en razón de su incapacidad para trabajar.**

**El referente normativo** para poder catalogar a un sentenciado como **cabeza de familia**, en estricto sentido, **no es la dependencia en sí misma, sino tal circunstancia cuando**, en el caso de parejas, **deviene de la imposibilidad de uno de sus integrantes para sostenerse, mantenerse y cuidarse a sí mismo, “por incapacidad para trabajar, por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral”**».

**INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** se determina con base en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez || **PRUEBA PERICIAL - Diagnóstico de medicina ocupacional:** apreciación, evento en que resultó inidóneo para concluir la imposibilidad para laborar || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración, el Juez no está en el deber de practicar pruebas de oficio / **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** procedencia, demostración, la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho

|| **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio adversarial:** facultades y obligaciones de la defensa || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** demostración, evidencias sobre la condición de salud y deficiencias físicas no son pruebas aptas para acreditarla || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de minusvalía:** concepto, conforme al Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Ocupación:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Trabajo:** concepto || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** demostración, a través de dictámenes emitidos por una junta multidisciplinaria || **INCAPACIDAD PARA TRABAJAR - Estado de invalidez:** es distinto al concepto de discapacidad || **PRUEBA PERICIAL - Concepto médico legal sobre estado de invalidez e incapacidad para trabajar:** protocolo de Barthel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Entrevistas:** ante psicólogo || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alimentos:** del alimentante al alimentario, para la provisión de los necesarios y congruos || **VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Errores en la apreciación probatoria:** no se configura || **PRISIÓN DOMICILIARIA - Madre o padre cabeza de familia:** improcedencia, respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente, cuando no se acredita que sea incapaz o incapacitado para trabajar

«En ese sentido, no le asiste razón a la censora al pregonar que las demás pruebas incorporadas por la defensa en el traslado del art. 447 del C.P.P. conllevan a una conclusión diferente a la adoptada por el ad quem.

Es verdad que el tribunal dejó de apreciar los otros conceptos médicos alusivos a la condición de salud de la señora RG. No obstante, de cara al objeto de prueba, esto es, la **incapacidad para trabajar, los mismos se avienen inidóneos para concluir que aquella está imposibilitada para laborar** y que, por ello, se hace dependiente de manutención por su compañera.

De acuerdo con el art. 41 inc. 1° de la Ley 100 de 1993, el estado de invalidez, que resulta de la incapacidad para trabajar en un determinado nivel, no puede determinarse de cualquier manera, sino que ha de establecerse con base en el **Manual Único para la Calificación de la**

**Invalidez** expedido por el Gobierno Nacional, en el que se deberán contemplar los criterios técnicos de evaluación para **calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.**

**No es cierto**, como lo alega la censora, **que el juez de conocimiento está en el deber de practicar pruebas de oficio a fin de establecer si el procesado se encuentra en condición de cabeza de familia** para acceder, por esa especialísima vía, a la prisión domiciliaria. No. Además de que ésta procede a solicitud de parte, pues mal podría el juez conocer dicha circunstancia si los interesados no se lo dan a conocer, **la lógica adversarial** que rige el juicio igualmente aplica en el procedimiento para sentenciar, por lo que **la defensa tiene la carga de acreditar los supuestos de hecho de la consecuencia jurídica que reclama.**

En esa dirección, la actividad probatoria de la defensa fue insuficiente para acreditar que BLRG está incapacitada para laborar y que, por ello, su compañera permanente ostenta el rol de mujer cabeza de familia.

En su momento, el defensor únicamente incorporó al trámite evidencia sobre la condición de salud y deficiencias físicas de la señora RG, no pruebas aptas para demostrar incapacidad laboral ni invalidez.

Según el art. 3° del Decreto 1507 de 2014, por medio del cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, la condición de salud alude a categorías de enfermedad (aguda o crónica), trastorno, traumatismo y lesión, referenciada según la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud -CIE10, mientras que las deficiencias corresponden a alteraciones en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Ésta últimas pueden consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida.

Siguiendo dicha normatividad, la deficiente condición de salud de la persona dependiente de la mujer u hombre cabeza de familia, para que sea reconocida la prisión domiciliaria, ha de superar un umbral de gravedad que justifique la preponderancia del cuidado de esa persona sobre la necesidad social de que se ejecute la pena. El



estándar consagrado legalmente y desarrollado por la jurisprudencia, se insiste, no fue cualquier deficiencia o minusvalía. Al exigirse el cuidado de **“personas incapaces o incapacitadas para trabajar que dependen exclusivamente del procesado”**, prácticamente, ha de verificarse una situación de invalidez.

Ello, por cuanto, en los términos del mencionado decreto, la **invalidez** es la pérdida de capacidad laboral u ocupacional igual o superior al 50%. La **minusvalía** que no alcance esa condición no puede reputarse, para los efectos de la prisión domiciliaria por ser cabeza de familia, como **incapacidad o imposibilidad para trabajar**.

El **Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional** entiende por **minusvalía** toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece.

En ese sentido, el rol específico al que el legislador circunscribió la dependencia de la persona a cargo del hombre o mujer cabeza de familia fue el laboral, y no por cualquier disminución, deficiencia o discapacidad, sino únicamente en la hipótesis de **incapacidad para trabajar**, que al corresponder al imposibilidad para laborar, se equipara en sus efectos al concepto legal de **invalidez**.

Empero, los diagnósticos de medicina ocupacional aportados por la defensa, al margen de no haber sido apreciados por el tribunal, no acreditan que la compañera de la sentenciada esté en condición de incapacidad para trabajar en un grado comparable a la invalidez.

En primer lugar, ninguno de los conceptos emite una conclusión en ese sentido. Al referirse el doctor CHV a *“gran limitación funcional para cualquier actividad física”* y *“condiciones que limitan su desempeño en cualquier labor”* (fl. 82), a lo sumo se ponen de presente discapacidades en la señora RG, pero por no constar ninguna información sobre el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo determinado, **mal**

**podría entenderse como un diagnóstico de incapacidad para trabajar.**

La **ocupación** es lo que hacen las personas en el desempeño de sus roles, incluyendo el cuidado de sí mismos, el disfrute de la vida y la contribución al desarrollo económico y social de sus comunidades. Representa las ocupaciones propias de cada etapa del ciclo vital, de tal forma que el juego y el estudio resultan ser la ocupación principal en la infancia y la adolescencia; el trabajo en la etapa adulta y el uso del tiempo de ocio en la etapa de adulto mayor. Por su parte, el trabajo es aquel oficio o labor que desempeña la persona con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración.

Sin embargo, sobre este último aspecto nada dice el mencionado concepto médico, que restringe su ámbito de análisis a “limitaciones funcionales” sin emitir juicio alguno de cara a la aptitud laboral de BLR, pues nada se sabe de los antecedentes ocupacionales de aquélla. Y ello es lo relevante para el propósito perseguido por la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia, pues la figura se justifica desde la perspectiva de asistir a otro en su manutención, en eventos en que, por incapacidad para trabajar, no pueda hacerlo por sí mismo.

**La incapacidad para trabajar** es un juicio que no puede desarticularse de los antecedentes y el contexto ocupacional en que alguien se desempeña o ha desempeñado. Por ello, ese tipo de dictámenes son emitidos por una junta - multidisciplinar- que califica la invalidez como resultado de identificar discapacidades laborales de magnitud tal que alcanzan el 50%. No es dable establecer una incapacidad laboral ni medirla con simples referencias médicas alusivas a la condición de salud y a las deficiencias que alguien pueda padecer producto de enfermedades o patologías, descontextualizadas de un ámbito ocupacional concreto.

Por sólo poner dos ejemplos, la amputación de una pierna en un futbolista no puede tener el mismo impacto, en términos de capacidad laboral, que en un escritor, como tampoco podría valorarse de igual manera la extracción de las cuerdas vocales en un cantante que en un diseñador gráfico. Ambos procedimientos, pese a producir idéntica discapacidad en los afectados, evidentemente no producen iguales efectos en punto de la incapacidad para trabajar.

**Y a discapacidad, no a incapacidad para trabajar, es a lo que se refiere el otro concepto de medicina laboral** cuya apreciación echa de menos la libelista. El doctor MOL tampoco consideró en su concepto (fls. 83-84) los antecedentes ni el contexto ocupacional de BLR, pues únicamente refirió sus enfermedades y, a partir de ellas, indicó, sin hacer explícita la base de su conclusión, que aquélla presenta limitación para la movilización, el desplazamiento y la bipedestación, así como que requiere ayuda por otra persona para sus necesidades básicas.

Mas de estas últimas circunstancias no puede inferirse indefectiblemente la incapacidad para laborar, como quiera que, debido a la ausencia de información y análisis de los especialistas sobre el contexto laboral y ocupacional, mal podría determinarse si la examinada alcanza un grado de invalidez que le permita desempeñar un trabajo en particular. Además, en punto de valoración conjunta, el **informe rendido por el médico adscrito al Instituto de medicina Legal y Ciencias Forenses**, apreciado por el ad quem, desvirtúa las conclusiones del médico ocupacional privado.

De un lado, por cuanto el concepto pericial del INMLCF, visible a fls. 77 y 78, sí consigna las bases del análisis, indicando que, además de la revisión de la historia clínica, practicó un examen físico, con aplicación del **Protocolo de Barthel**, que arrojó un mínimo nivel de dependencia en la examinada. Ese examen mostró que la puntuación de 95 se dio *“a expensas de la subida y bajada de las escaleras, que requiere apoyo, lo cual indica una dependencia leve”*. De ahí que si ese fue el único factor que bajó la puntuación de 100 (independencia) a 95 (dependencia leve), es incomprensible que el doctor OL hubiera concluido que *“hay una limitación importante para funciones fisiológicas básicas”*, menos cuando el médico legista dejó constancia de que la examinada, si bien con dolor, realizó todas las tareas asignadas durante el examen.

Pero hay más, una **apreciación** detallada del **concepto de salud ocupacional** particular (fls. 83-84) ofrece información relevante de cara a lo decidido por el tribunal. La compañera permanente de la sentenciada, como consta en el informe de visita socio familiar realizada por una psicóloga de la Comisaría de Familia de Cartago (fls. 73-76) -que, valga destacar, sí fue observado por el ad quem al señalar que BR cuenta con sus padres y una hermana-, reside en ese municipio,

pero pudo trasladarse hasta Pereira ser valorada por el médico ocupacional, dejando constancia en el consultorio que su actividad económica está relacionada con una ONG. Incluso, a la funcionaria de la Comisaría de Familia le indicó que asiste a terapias médicas en la ciudad de Cali (fl. 76).

Esas circunstancias pueden indicar, contrario a lo evidenciado por los médicos ocupacionales privados, y acorde con lo concluido por el galeno del INMLCF, que, pese a las limitaciones propias de la enfermedad que padece, la señora RG sí puede movilizarse y desplazarse por sí misma -o asistida por otras personas-, incluso a otras ciudades, para continuar con sus tratamientos médicos, a los que no la ha acompañado su compañera desde que está presa.

Ahora, si bien -como igualmente lo destacó el ad quem- en momentos de crisis aquélla puede presentar gran limitación para sus actividades cotidianas, no es menos cierto que, como ella misma lo puso de presente a la psicóloga de la Comisaría de Familia, cuenta -en Cartago- con sus padres y su hermana, quienes constitucionalmente (arts. 95-2 y 47) tienen el deber de asistirle en su cuidado.

Puede admitirse, el tribunal desconoció que, en la entrevista con la psicóloga, BLR indicó que la relación con su familia es *“distante”*. Sin embargo, ello no releva a sus familiares de asistirle y, en cuanto a sus padres, no los exime del **deber de proporcionarle alimentos**, de darse las circunstancias legales para ello (arts. 411-2 y 422 del C.C.), en vista de la ausencia de su compañera permanente. En esa dirección, el inc. 2° de la última norma en mención preceptúa que ninguna persona podrá pedir **alimentos** a sus padres salvo que, por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo.

De suerte que las conclusiones probatorias fijadas por el tribunal **carecen de yerros de apreciación o valoración** capaces de invalidar el escrutinio probatorio, el cual tampoco se ve removido por los reproches formulados por la demandante. En consecuencia, **habiéndose descartado que la compañera permanente de la sentenciada esté en incapacidad para trabajar** y habiéndose probado que, en todo caso, aquélla cuenta con otras personas que legalmente están en la obligación de apoyarla y asistirle tanto económicamente como en sus cuidados, **no es dable afirmar la condición de**

**cabeza de familia** en CPGM, pues ésta no es su único soporte. Entonces, **existe razón suficiente para negar la prisión domiciliaria, por lo que la decisión del ad quem, al revocar**

**la indebida concesión de la sustitución de la pena, fue del todo correcta».**

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

#### **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - RECURSO DE APELACIÓN:**

**Competencia, pautas y criterios para determinarla en segunda instancia, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada**

La Sala tuvo la ocasión de fijar las pautas y criterios que determinan la competencia, cuando se trata de precisar el funcionario con atribuciones para conocer en segunda instancia, sobre el recurso de apelación respecto de las decisiones emitidas por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, durante la ejecución de una *pena acumulada*. En tal sentido precisó que, cuando el asunto se refiere a penas acumuladas, que provengan de juzgados de distintos niveles, siempre prevalecerá el de *mayor grado* y, en el evento de ser más de uno, la controversia de esta índole se definirá teniendo en cuenta ese *mayor nivel* y la *gravedad de la pena* como factor preponderante. Por manera que, en el evento concreto, asignó la competencia para conocer de la apelación contra la negativa de concesión de la *libertad condicional*, al Despacho de *superior jerarquía*, que profirió la condena de *mayor gravedad*.

**609 del 10/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Eyder Patiño Cabrera**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** de las decisiones del juez de ejecución de penas, sobre mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** reiteración || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, Juez de mayor jerarquía, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena

acumulada, proferida por despachos judiciales del mismo nivel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, Juez de mayor jerarquía o el que impuso la pena más grave, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada, proferida por despachos judiciales de distinto nivel || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** prórroga de competencia, excepciones || **NULIDAD - Falta de competencia:** del juez || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Recurso de apelación:** competencia, pautas y criterios para determinarla en segunda instancia, respecto de las decisiones del Juez de Ejecución de Penas, cuando se trate de pena acumulada

«El artículo 478 Ibidem, prevé que: «*Las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia*».

Desde el auto CSJ AP1641-2017, Rad. 49896, esta Corporación, en atención a que el aludido canon, no consagra el competente para conocer de las anteriores decisiones en segunda instancia en la ejecución de una pena acumulada, estableció la siguiente regla, así:

[...] Ahora, para definir la competencia en el asunto bajo estudio, se advierte que el artículo 478 del Código de Procedimiento Penal dispone que las decisiones de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad relacionadas con los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia. Sin embargo, no indica cuál debe ser el competente para conocer en segunda instancia cuando se trata de la ejecución de una pena acumulada, producto de dos o más condenas proferidas por distintos despachos judiciales, aspecto que debe dilucidarse por vía jurisprudencial. En ese sentido, estima la Sala que **la gravedad de la pena es el factor preponderante para definir dicho**



**cuestionamiento**, de tal suerte que deberá fungir como ad quem **el juez de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad**, la que a su vez debió ser tomada como base para determinar la pena acumulada, según previsiones del artículo 460 de la Ley 906 de 2004.

Conforme a ese criterio jurisprudencial, la competencia para conocer del recurso de apelación contra las decisiones que adopte el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad en relación con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, en la ejecución de una pena acumulada, **recae en el juez de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad.**

Si bien tal postura, en esta oportunidad será reiterada, resulta necesario precisar que la misma **solo puede entenderse frente a penas acumuladas proferidas por despachos judiciales de la misma jerarquía, pues cuando provengan de juzgados de distintos niveles, siempre prevalecerá el de mayor grado** y, en el evento de ser más de uno, **la controversia de esta índole se definirá teniendo en cuenta ese mayor nivel y la gravedad de la pena** como factor preponderante.

Lo anterior, encuentra sustento en la prohibición que trae el Código de Procedimiento Penal de asignar competencia de asuntos que, por su especialidad, gravedad o por el factor subjetivo, corresponde a funcionarios de superior jerarquía, en otros de menor grado. Un ejemplo claro es la **excepción a la prórroga** de esta [artículo 55 de la Ley 906 de 2004], cuando no se manifiesta o alega la incompetencia en la oportunidad indicada en el artículo 54 y, frente a la cual esta Sala, en múltiple y reiterada jurisprudencia ha señalado:

[...] De igual forma, el canon 456 Ibidem, establece como causal de nulidad que *«la actuación se hubiere adelantado ante juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales de circuito especializados»*.

Bajo esa situación, **las pautas que determina la competencia para conocer en segunda instancia de las decisiones citadas en la ejecución de una pena acumulada atenderán los siguientes criterios:**

(i) De conformidad con el artículo 478 de la Ley 906 de 2004, las decisiones del juez de ejecución

de penas y medidas de seguridad relacionadas con mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la rehabilitación, **son apelables ante el juez que profirió la condena en primera o única instancia.**

(ii) En los casos en que la ejecución se efectúa sobre una pena acumulada, producto de dos o más condenas proferidas por distintos despachos judiciales del **mismo nivel jerárquico**, el competente para resolver dicho recurso será **el funcionario de conocimiento que haya proferido la condena de mayor gravedad.**

(iii) Cuando la ejecución se realiza sobre una pena acumulada, producto de condenas proferidas por despachos judiciales de **diferente nivel jerárquico**, el competente para resolver el recurso de apelación **será el funcionario de conocimiento de mayor grado, indistintamente que un inferior haya proferido la condena más grave.**

(iv) Si la ejecución se efectúa sobre una pena acumulada, producto de más de dos condenas proferidas por despachos judiciales de diferente jerarquía y, dos o más de éstas corresponden a igual nivel superior, la competencia para resolver la apelación contra las decisiones que se refieran a los asuntos indicados, se definirá entre ellos, correspondiendo ésta a **aquel que haya proferido la condena de mayor gravedad.**

[...] Como quiera que JBG fue condenado por los Juzgados Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Descongestión de Cúcuta, el 18 de marzo de 2013, Penal del Circuito Especializado de Valledupar, el 5 de noviembre de 2015 y Segundo Penal del Circuito de Ocaña, el 17 de noviembre de 2017, a las penas de prisión de 64 meses y multa de 1.800 salarios mínimos legales mensuales vigentes, 45 meses y multa de 3.250 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 100 meses, respectivamente, acorde con las reglas expuestas en precedencia, **el funcionario judicial competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cúcuta**, con la que se le negó el mecanismo sustitutivo de libertad condicional, **es el titular del primero de los despachos citados.**

**Lo anterior, por cuanto** el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Descongestión de Cúcuta, frente a su homólogo

de Valledupar, **fue el despacho de superior jerarquía que profirió la “condena de mayor gravedad”**, en consecuencia, se le enviará el trámite para que obre de conformidad, o a quien haya asumido su carga laboral».

(Textos resaltados por la Relatoría)

#### **PROVIDENCIAS - REVOCATORIA:**

**No está prevista en la legislación como mecanismo de corrección oficiosa de yerros en que pudo incurrir la autoridad judicial**

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por un mecanismo de vigilancia electrónica, la Sala determinó que la decisión adoptada por un Magistrado de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, en ejercicio de la función de control de garantías, constituyó una afectación trascendente del *debido proceso*, el *derecho de defensa* y la *seguridad jurídica*, en perjuicio del postulado. Específicamente advirtió que el auto fue emitido sin atribuciones para ello, por cuanto la figura de la *revocatoria* no está prevista como mecanismo correctivo, que permita a la autoridad judicial enmendar *oficiosamente* sus yerros. Aunado a ello, no se presentó en el caso, el escenario establecido legalmente en la normatividad transicional, relativo a la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento a solicitud de la Fiscalía, de modo que, ante el carácter insubsanable de la irregularidad, se procedió a declarar la nulidad de la citada decisión, con sustento en los principios que informan su decreto.

**202 del 10/06/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Hugo Quintero Bernate**

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**DEBIDO PROCESO - Se vulnera || DERECHO DE DEFENSA - Se vulnera || PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA - Se vulnera || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Magistrado de control de garantías: competencia || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento: detención**

preventiva, sustitución por mecanismo de vigilancia electrónica || **PROVIDENCIAS - Revocatoria:** no está prevista en la legislación como mecanismo de corrección oficiosa de yerros en que pudo incurrir la autoridad judicial || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento:** sustitución, revocatoria, procedencia a solicitud de la Fiscalía, ante el incumplimiento del postulado || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Medidas de aseguramiento:** sustitución, revocatoria, improcedencia || **PROVIDENCIAS - Ejecutoria:** efectos, carácter inmodificable, oponible a terceros y con plena eficacia en relación con la consecuencia jurídica reconocida || **LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Principio de complementariedad || NULIDAD - Principios || NULIDAD - Principio de taxatividad || NULIDAD - Principio de protección || NULIDAD - Principio de convalidación || NULIDAD - Principio de trascendencia || NULIDAD - Principio de instrumentalidad || NULIDAD - Principio de acreditación || NULIDAD - Principio de residualidad || LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Nulidad || NULIDAD - Debido proceso:** se configura, evento en que el Magistrado de Control de Garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior, revocó oficiosamente una decisión ejecutoriada

«El examen de la actuación y de la decisión confutada, en los términos expuestos en acápite previos, deja claro que la autoridad de primera instancia incurrió en **afectación trascendente de las garantías del debido proceso, el derecho a la defensa y la seguridad jurídica en perjuicio del postulado, todo lo cual constituye motivo de nulidad.**

Así se predica porque el auto impugnado fue emitido contra toda lógica y sin atribución para ello por el **magistrado en ejercicio de la función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz** del Tribunal Superior [...] que, en cambio de decidir la solicitud de dar aplicación al artículo 18B de la Ley 975 de 2005, optó por revocar la determinación previa adoptada por esa misma instancia en el sentido de sustituir las medidas de aseguramiento de detención preventiva con

que GC ha sido gravado en el proceso de Justicia y Paz.

Es evidente que desatendió el funcionario de primera instancia que **la figura de la revocatoria no está prevista en la legislación nacional como mecanismo de corrección que permita a la autoridad judicial oficiosamente enmendar el yerro en que considere pudo haber incurrido al tomar determinada decisión** dentro de una actuación bajo su cargo.

Lo anterior, destaca la Sala, sin perjuicio de lo previsto en la normatividad transicional que en el artículo 40 del Decreto 3011 de 2013, prevé **la revocatoria de la sustitución de la medida de aseguramiento a solicitud de la fiscalía, a causa del comprobado incumplimiento por parte del postulado** de cualquiera de las condiciones u obligaciones que le fueron impuestas en la decisión sustitutiva del gravamen.

En vista que **no se presentó un escenario en el que fuera legalmente procedente modificar lo decidido mediante auto del 3 de diciembre de 2019, con la determinación opugnada se afectó el principio de seguridad jurídica** en cuanto, tras haber adquirido firmeza aquella providencia porque no interpusieron las partes o intervinientes legitimados los recursos que la ley procesal penal establece, **se tornó en inmodificable, oponible a terceros y con plena eficacia en relación con la consecuencia jurídica reconocida**, cabe decir, la sustitución de las medidas de aseguramiento impuestas al postulado en el proceso de Justicia y Paz.

La irregularidad en que se incurrió desborda los cauces legales, acorde con los principios que informan el decreto de las nulidades cuya aplicación en el proceso penal especial deriva del principio de complementariedad, según el cual para todo lo no dispuesto en la legislación transicional se aplicará la Ley 782 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.

En esa línea de análisis, la Sala ha explicado que a pesar de que **esos principios** no fueron enlistados expresamente en el cuerpo legal que instaura el modelo de proceso penal oral de tendencia acusatoria, **están ínsitos en la estructura procesal misma**, y, acorde con las alegaciones del apelante, se manifiestan en el asunto examinado así:

- **Taxatividad**, referido a que la declaratoria de invalidez de la actuación debe corresponder a los

motivos establecidos en la ley, que se materializa en el artículo 457 del estatuto procesal penal de 2004 por violación de garantías fundamentales cuando se viola el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Ambas de estas hipótesis concurren, conforme se ha explicado porque son de entidad superior las garantías consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política a todos los individuos, sin espacio para que el ejercicio de aquella -la defensa de los derechos propios- admita relativización.

Por ende, la sorpresiva variación del instrumento de definición que sobre el tema en discusión expuso la judicatura de primer grado, no puede superponerse a la posibilidad de hacer efectivo el mandato de la Carta cuando quiera que compromete la esencia misma de la garantía defensiva.

En cuanto a la **afectación del debido proceso**, se constata que en su perspectiva formal de diseño de pasos sucesivos para adoptar determinada decisión judicial, fue pretermitido y se impuso a cambio uno no pertinente a la situación, desconociéndose el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico que busca la protección de la persona incurso en una actuación judicial, para que se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia, acorde con la definición que la Corte Constitucional ha dado en sentencia C-341 de 2014.

- **Protección**, que consiste en que el sujeto o parte procesal que ha dado lugar al motivo de anulación no puede plantearlo en su beneficio, salvo cuando se trate del quebranto del derecho de defensa técnica, nada de lo cual se aviene en la medida que fue la instancia judicial la que erró en la dirección del trámite a su cargo y propició el criticado resultado.

- **Convalidación**, relacionado con que la irregularidad que engendra el vicio pueda ser validada de manera expresa o tácita por el sujeto procesal perjudicado, siempre que no se violen sus garantías fundamentales, temática indiscutible porque la determinación revocatoria es censurada de manera directa por la defensa del postulado GC, precisamente por la incidencia que tiene en perspectiva de la pérdida del derecho obtenido, la medida sustitutiva no privativa de la libertad; y en cuanto al desarrollo subsiguiente del trámite de reconocimiento de la suspensión



condicional de la ejecución de las penas impuestas en la justicia ordinaria, que se vio truncado en tanto aquella, la sustitución, es presupuesto de esta, la suspensión.

- **Trascendencia**, consistente en que la declaratoria de nulidad requiere además e la demostración de la ocurrencia de la incorrección, la afectación real y cierta de las garantías de los sujetos procesales, o que se socaven las bases fundamentales del proceso; aspectos que refuglen probados en perjuicio del postulado que afronta una decisión producida en contravía del rito procesal, de sus intereses y derechos al haber sido adoptada oficiosamente y sin fórmula de juicio.

- **Instrumentalidad de las formas**, referido a que no procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual está destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa, supuesto de manifiesto en el sub examine en atención a que la decisión proferida de ninguna manera es la apropiada para enmendar, en gracia de discusión, la eventual inmerecida concesión de la medida sustitutiva en firme.

- **Acreditación**, atinente a que la configuración del motivo nugatorio se propicie especificando la causal que lo soporta, acorde con los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes a la cuestión, que en el presente se cumple siguiendo las precedentes exposiciones acerca de la afectación de los derechos al debido proceso y la defensa, del referido artículo 457 de la Ley 906 de 2004.

- **Residualidad**, que dice de la necesidad de acreditar que la única forma de enmendar el agravio es la declaratoria de nulidad, premisa determinante para que se llegue al extremo de reorientar el cauce de la actuación, que se evidencia porque no cabe diversa solución para restablecer los efectos de la medida sustituida que se suprimieron de tajo.

En ese sentido, la providencia en cuestión lejos está de ser ejemplo de la labor que debe asumir la judicatura para la resolución de los asuntos sometidos a su consideración, menos aun cuando ese proveer entraña desconocer claras pautas legales relativas a la **imposibilidad de revocar una decisión en firme que ha reconocido un derecho**.

Como quiera que nada de lo anterior se puede pasar por alto ni remediar por la Corte en sede de segunda instancia, **se declarará la nulidad del auto proferido el 4 de marzo de 2020 por la magistratura con función de control de garantías de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior [...]**.

Consecuente con esta determinación, la autoridad de primer grado deberá resolver la solicitud presentada por la defensa del postulado YAGC en los términos del artículo 18B de la Ley 975 de 2005».

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

---

### **PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA - COMPETENCIA:**

***No corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando conoce del recurso de casación***

La Sala decidió sobre la competencia para el conocimiento de una solicitud de *prisión domiciliaria transitoria*, al amparo del Decreto 546 de 2020, con ocasión de la emergencia sanitaria derivada de la enfermedad denominada Covid-19. A este respecto, precisó que tratándose de personas privadas de la libertad, la competencia para conocer de ésta corresponde al juez de conocimiento o al de segunda instancia, por lo que encontró así, que

en este evento, dicha atribución radica en el Tribunal que tiene a su cargo el asunto para desatar la apelación, dada la condición prioritaria y urgente de la petición. Finalmente, recordó que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no es la competente para conocer de las peticiones a que se refiere el Decreto 546 del 14 de abril de 2020, cuando conoce del recurso de *casación*, pues en este trámite no obra ni como juez de conocimiento ni de segunda instancia.

**393 del 20/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA** -  
**Competencia:** del Juez de conocimiento o el de segunda instancia (Decreto 546 de 2020) ||  
**PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA** -  
**Competencia:** del Tribunal Superior de Distrito, cuando tiene la actuación para resolver el recurso de apelación (Decreto 546 de 2020) ||  
**PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA** -  
**Competencia:** la reglamentación especial y transitoria estableció una aplicación preferente a la consagrada en las normas ordinarias penales y penitenciarias (Decreto 546 de 2020) ||  
**SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Definición de competencia:** Tribunal Superior de Distrito Judicial, se le remite la actuación para que se pronuncie sobre la solicitud de prisión domiciliaria transitoria (Decreto 546 de 2020) ||  
**PRISIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA** -  
**Competencia:** no corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuando conoce del recurso de casación (Decreto 546 de 2020)

«De lo expuesto en precedencia, en aras de definir la autoridad judicial que debe resolver la solicitud especial presentada por MP, se tiene que tratándose de personas condenadas a pena privativa de la libertad, mediante providencia no ejecutoriada, el Decreto 546 de 2020 estableció que, a partir de la fecha de su publicación, esto es abril 14 de 2020 y de manera especial, preferente y transitoria, **la concesión la prisión**

**domiciliaria transitoria es competencia del juez de conocimiento o el de segunda instancia**, según corresponda, para que de manera directa haga efectivo el beneficio, en caso de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el decreto legislativo.

Así las cosas, corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior [...] emitir un pronunciamiento sobre la solicitud presentada por el sentenciado, toda vez que: i) por virtud del recurso de apelación, tiene a su disposición y cargo el proceso, desde octubre de 2018; ii) resulta urgente y prioritario resolver este tipo de peticiones oportunamente; y iii) **la reglamentación especial y transitoria estableció una aplicación preferente a la reglamentación consagrada en las normas ordinarias penales y penitenciarias**, expresamente invocadas por el ad quem.

Dado que, en el presente asunto, **la competencia para resolver la solicitud de prisión domiciliaria transitoria se encuentra radicada en la Sala Penal del Tribunal Superior** [...] se dispondrá la remisión inmediata de la actuación para lo de su cargo.

No sobra señalar en esta oportunidad, que **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no es la competente para conocer de las peticiones a que se refiere el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 cuando conoce del recurso de casación, pues en este trámite no obra ni como juez de conocimiento ni de segunda instancia**, criterios que fueron expresados en el auto de 7 de mayo de 2020 (Rdo.55966).»

**(Textos resaltados por la Relatoría)**

**ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS – ERROR DE PROHIBICIÓN:**

***Evento en que el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido con la menor no era punible, por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso***

La Sala decidió *casar* la sentencia condenatoria impugnada, y restablecer la absolutoria de

primera instancia, frente al delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, tras advertir configurados los *falsos juicios de identidad* alegados por el recurrente, que impidieron al fallador de segundo grado reconocer que se encontraba acreditada la causal excluyente de responsabilidad penal, referida al *error de prohibición directo invencible*. En este sentido, luego de aludir a las pruebas incorporadas en el juicio, concluyó que, en este

caso concreto, el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido por la menor de catorce años, no resultaba punible, por estar fundado en el amor, y no en la violencia, el engaño o el abuso.

**SP921-2020 (50889) 06/05/2020**

**Magistrado Ponente:**

**Gerson Chaverra Castro**

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ERROR DE PROHIBICIÓN** – Bajo la teoría de la culpabilidad estricta || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** excluye la culpabilidad || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo vencible:** reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo vencible:** mantiene la imputación dolosa pero atenúa la pena por mandato legal || **CULPABILIDAD - Configuración:** en la teoría estricta, basta que el sujeto activo haya tenido la oportunidad de actualizar, de manera razonable, el conocimiento de lo injusto de su conducta || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo o abstracto:** se configura, cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** se configura, por falta de conciencia de la antijuridicidad || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Se configura**

**«Falso juicio de identidad.**

Según el recurrente, los errores de hecho originados en la mutilación, cercenamiento y distorsión de la prueba practicada en el juicio oral, llevó al Tribunal a dejar de aplicar el numeral 11 del artículo 32 del Código Penal que contempla el **error de prohibición**.

[...] El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la **“culpabilidad estricta”**, para la cual **la invencibilidad del error excluye la culpabilidad**, mientras su **vencibilidad** reprocha el comportamiento a título de **culpabilidad disminuida**.

*“Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable,*

*deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000”.*

De acuerdo con ella, el error de prohibición deja indemne el dolo que integra el tipo penal, al recaer sobre la conciencia de la antijuridicidad. De tal modo, **la falta de conocimiento del injusto impone la absolución del autor por el hecho doloso**; si la misma podía ser superada, subsiste la responsabilidad penal, siendo el sujeto pasible de **pena atenuada**.

Ahora bien, en correspondencia con la citada teoría tal conocimiento, como elemento de la culpabilidad normativa, es potencial. Para el estatuto punitivo, en esa misma línea, existe cuando la persona tiene *“la oportunidad, en términos razonables”* de actualizarlo.

De este modo, si la persona se representa como posible el carácter injusto de su acción, no obstante lo cual la realiza, actuará con conciencia actual de su antijuridicidad, en cuyo caso, analizar si podía superar el error resulta irrelevante porque ha actuado bajo ese conocimiento.

Así mismo, el **error de prohibición directo o “abstracto”**, se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Siendo el error predicable del sujeto que actúa en esa situación, en orden a determinar si la conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento le era conocida, corresponde valorar sus cualidades, aptitudes y conocimientos personales.

Bajo los presupuestos anteriores, **el casacionista tiene razón**. Con independencia de la confusión del juez a quo al absolver al acusado bajo la hipótesis de la vencibilidad del error de prohibición, la cual por el contrario lo obligaba a imponer la mitad de la pena con estricta sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 32, y a la referencia indistinta al error de tipo, la prueba enseña que CCCP **no tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta**, razón por la cual el ad quem yerra al revocar el fallo absolutorio para condenarlo.»



**ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Presunción de incapacidad del menor:** presunción de derecho, no elimina el error de prohibición como causal excluyente de responsabilidad || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Presunción de incapacidad del menor:** presunción de derecho, establecida a favor del menor y no en perjuicio del autor || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Configuración:** Excluye la responsabilidad penal || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Configuración:** se debe estudiar en cada caso en concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** no se excluye por la condición de estudiante || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** no se excluye por el grado de instrucción || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de prohibición:** se predica del sujeto activo de la conducta y no del sujeto pasivo || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** eximente de responsabilidad por el hecho típico y antijurídico || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Error de prohibición:** evento en que el sujeto activo obró con la convicción errada e invencible de que el trato sexual consentido con la menor no era punible, por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso || **ERROR DE PROHIBICIÓN - Directo invencible:** se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por supresión:** se configura || **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD - Por tergiversación:** se configura || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - No se configura || CASACIÓN - Sentencia:** la Corte casa la de carácter condenatorio proferida por el Tribunal y restablece la absolutoria de primera instancia

«En principio, **la presunción iuris et iure en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, per sé no elimina el error de prohibición como causa excluyente de la responsabilidad penal.** La admisión de una tal tesis, opuesta al principio de culpabilidad que orienta al derecho penal vigente contemplado en el artículo 12 del Código Penal, reviviría la proscrita responsabilidad objetiva. Bastaría establecer el injusto, para imponer la pena prevista en el tipo penal correspondiente.

En este sentido, **que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica,** haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, **no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho**

**establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición,** cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal.

Por esta razón, **en cada caso particular y concreto, a partir de la prueba incorporada en el juicio oral,** corresponde establecer la existencia del error bajo el cual obró y su invencibilidad, siempre que haya sido insinuada por él y alegada a su favor.

En el proceso quedó establecido que CCC y la joven M. de M.M.S, ambos estudiantes en la época de los hechos, se hicieron novios y durante esa relación sentimental, mantuvieron trato sexual cuando ella aún no había cumplido los 14 años de edad. También que la madre del acusado advirtió a la de la menor, sobre la existencia de dicha relación ocultada por la pareja.

Sobre tales hechos, el Tribunal sustenta la sentencia. De los testimonios de M. de M.M.S, de MAG y del inculpado, apreciados en su integralidad como lo pide el recurrente, se advierte que CP actuó en situación de error invencible que le impidió comprender la ilicitud de su conducta, bajo su convencimiento de que el trato sexual consentido por la menor y producto de la relación amorosa y estable que mantenían era permitido, y por tanto, no punible.

[...] Luego, el objeto de controversia se centra en determinar si el juicio del inculpado, de acuerdo con el cual, el trato sexual producto de la relación amorosa es lícito o no. En este sentido, para él, es punible únicamente el que no está sustentado en el afecto, porque en estas condiciones su anuencia carece de eficacia.

En este asunto, no deja de ser relevante la inexperiencia del acusado en la vida sexual. Sugiere la idea que tenía para la época de los hechos o aún tiene, de que el trato sexual es posible cuando existe una relación afectuosa, en tanto su iniciación coincide con el noviazgo con la joven. Que dicha visión no corresponda con la de otros, no la hace descartable.

Es cierto que en el mundo moderno y la sociedad de hoy, la tecnología posibilita en mayor grado el conocimiento y el acceso a la información del hombre común. También las campañas oficiales en los medios de comunicación y las noticias relacionadas con los atentados sexuales y los delitos que suelen cometerse, permite la ilustración de las personas, y por tanto, le posibilitan distinguir entre lo lícito y lo ilícito.

Sin embargo, no siempre es así. Algunos, dadas las limitaciones económicas, las ocupaciones u otras razones, carecen de la oportunidad o tienen dificultad para acceder a los recursos tecnológicos, informáticos o de comunicación que les permita el conocimiento en el sentido señalado por el Tribunal. La probabilidad que ocurra, a pesar de la facilidad para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpa de la responsabilidad penal.

Para la Sala no pasa inadvertido que la escolaridad y el grado de educación, puedan mostrar que los estudiantes en razón de ella tengan la capacidad de distinguir entre lo que es delito y no lo es. Distinción que, desde luego, también dependerá de las condiciones personales, familiares, sociales y culturales de cada uno de ellos.

En el plenario lo único cierto es que el implicado adelantaba último año de educación media vocacional, sin existir elementos de juicio demostrativos de que sus estudios le hayan proporcionado la “suficiente formación” sobre la sexualidad, sus aspectos y delitos, a partir de los cuales se establezca la “capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito” en esa materia en particular, como lo afirma el ad quem.

De tiempo atrás en los centros educativos se imparte educación sexual como parte del programa de formación de los estudiantes, pero en el juicio se ignora si la suministrada al acusado en el establecimiento en el cual adelantaba sus estudios, además de comprender las generalidades del comportamiento y vida sexual del ser humano, contemplaba la ilustración o información de las conductas que desde el ámbito del derecho penal son punibles.

Adicionalmente, no puede desconocerse que la educación media vocacional, no siempre ofrece a sus estudiantes los instrumentos y los recursos que les permita la formación integral en temas de sexualidad, en el sentido y alcance fijados en la sentencia impugnada. Por lo general, en ella la educación sexual impartida, se limita hacia la prevención y los medios que hagan posible su ejercicio responsable, con la finalidad de evitar consecuencias indeseadas.

Además, **la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad**, toda vez que **la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en**

**el caso concreto y no necesariamente de su grado de instrucción.**

De otro lado, el hecho de que a MAC, le pareciera normal la relación de su hijo con la menor, cuando este le contó de su noviazgo con M del M.M.S, al limitarse a pedirle que no olvidara sus estudios en vez de prevenirlo sobre las consecuencias de tener trato sexual con la joven o aconsejarlo que la terminara, contribuyó a que en el acusado persistiera **la creencia errónea de estar obrando conforme a derecho.**

También la explica, que el noviazgo de M del M.M.S y el acusado terminara, cuando la progenitora de la menor fue advertida por la madre de este sobre dicha relación afectiva, y no porque alguno de los dos hubiera advertido que el trato sexual que mantenían era punible. Hasta ese momento, el entendimiento de CP no era distinto al de estimarlo lícito por ser fruto del amor, afecto que en su sentir legitimaba el consentimiento de ella.

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que **el estudiante, por causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del injusto** por el cual fue condenado en segunda instancia.

En este sentido, el error no es controvertido por el relato de la menor al psiquiatra forense [...]. En él, M del M.M.S revela las posibles consecuencias penales para su novio, en razón de su edad.

Sin embargo, este conocimiento no es el constitutivo de la excluyente de la culpabilidad. Estaría relacionado con la invalidez del consentimiento de la menor. Para el acusado, por el contrario, la relación amorosa lo hacía eficaz.

Y para negar el error, también se aduce que mientras la pareja buscaba la soledad para sus encuentros sexuales, el inculpado ocultaba el noviazgo a la progenitora de la menor, pero no a sus padres. Primero, es obvio que las relaciones íntimas no se mantienen a la vista de las personas como tampoco se publicitan; segundo, las sentimentales pueden oficializarse o no, existiendo diversas razones para esconderlas.

Finalmente, la aseveración del tribunal, conforme con la cual “pese a su edad –menor-, si era consciente de las consecuencias del acto desplegado sobre ella por parte de su enamorado,

al punto que trató de quitarse la vida por un posible encerramiento carcelario”, revela el comportamiento asumido por M del M.M.S y no el del novio, olvidando que **el error se predica de él** y no de la joven.

Conforme con lo visto, CP estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, mantuvo durante el noviazgo con M del M.M.S trato sexual, cuando la joven aún era menor de catorce años.

Para él, el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. **Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor**, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad.

En tales condiciones, la relación de noviazgo establecida con la menor y la ausencia de prueba que permita entrever la posibilidad de conocer el injusto, a pesar de sus estudios, constituyen las causas razonables que **lo llevaron a creer que el trato sexual consentido con la menor no era punible por estar fundado en el amor y no en la violencia, el engaño y el abuso.**

Como quiera que **el Tribunal le fijara un alcance distinto a la prueba u omitió aspectos relevantes de la mencionada en el libelo, el cargo prospera.**

En consecuencia, **la Sala casa la sentencia y, en su lugar, deja en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve al implicado de los delitos imputados en la acusación.**

Por consiguiente, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.»

**(Textos resaltados por la Relatoría)**



**Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez**  
**Relator**

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