



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Septiembre 30 de 2020 n.º 13

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

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - DECLARACIONES RENDIDAS ANTES DEL JUICIO

Denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la mujer víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente

En la sentencia, a través la cual se casó parcialmente el fallo impugnado para modificar la sanción impuesta, la Sala efectuó un importante estudio sobre el derecho a no declarar en contra de los parientes, y concretamente frente a la admisión excepcional como prueba de referencia de la denuncia formulada por la mujer víctima de violencia sexual, cuando no ejerce de manera libre la facultad de no rendir testimonio en eventos en que un familiar resulta ser el victimario. Adicionalmente, recordó que cuando se utiliza este tipo de medio de conocimiento, es preciso contar con *prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica*. Finalmente, al abordar el caso concreto con *enfoque de género*, constató la configuración de los delitos de *Violencia Intrafamiliar* y *Acceso Carnal Violento Agravado*, enfatizando en que la relación afectiva y de convivencia que la víctima mantenía con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales.

SP3274-2020 (50587) del 2/09/2020

Magistrada Ponente:

Patricia Salazar Cuéllar

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES – Concepto || DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance || DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Fundamento: proteger la unidad familiar || DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance: inviabilidad de imponer la obligación en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros, incluso si el testimonio es necesario para investigar delitos graves || DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Jurisprudencia constitucional || TESTIMONIO - Excepción al deber de declarar: contra los parientes

«El derecho a no declarar en contra de los parientes. El núcleo del derecho y los aspectos que no admiten discusión

A la luz de lo establecido en el artículo 33 de la Constitución Política, no admite discusión que una persona no puede ser obligada a declarar en contra de sus parientes, en los grados establecidos por la ley. Aunque históricamente este derecho ha tenido múltiples explicaciones, que abarcan desde contenidos religiosos (por la concepción de los esposos como «*un solo cuerpo*»), hasta la desconfianza frente a un testimonio «*interesado*» o «*parcializado*», en la actualidad se acepta que son dos sus principales fundamentos: (i) proteger la unidad familiar, que naturalmente podría verse afectada si una persona es compelida a declarar en contra de un pariente; y (ii) el dilema moral a que resulta sometido el testigo cuando es obligado a elegir entre faltar a la verdad o perjudicar a uno de sus familiares cercanos, sin perjuicio de la amenaza punitiva inherente al delito de falso testimonio. [...].

[...] Sobre esta base, no admite duda que **una persona no puede ser obligada a declarar en contra de un familiar** (en los grados establecidos

en la ley) **en procesos seguidos por delitos cometidos en contra de terceros. Incluso, si su testimonio es necesario para investigar delitos graves.** Aun en estos eventos, prima el derecho previsto expresamente en la Constitución. Al respecto, en el referido fallo de tutela la Corte Constitucional reiteró -y aclaró-, el sentido y alcance de lo resuelto en la sentencia C-848 de 2014, donde se estudió la obligación de denunciar los casos de graves atentados contra los derechos de los niños. Incluso en esos eventos, resaltó el alto tribunal, no se pueden ejercer coacciones directas o indirectas sobre una persona para que declare en contra de uno de sus parientes, en los grados señalados en el artículo 33 superior [...]

DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance: el derecho otorga al ciudadano la posibilidad de decidir si declara o no en contra de sus familiares || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable** || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable:** no existe prohibición de rendir testimonio en estos casos || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable:** la decisión de rendir testimonio solo será válida si el consentimiento no está viciado || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciable:** en eventos en que la persona es víctima de un delito por parte de su pariente || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** la persona no puede ser obligada a declarar, ni doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, si las presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes

«Es igualmente claro que en el ordenamiento jurídico colombiano se le otorga al ciudadano la posibilidad de decidir si declara o no en contra de sus familiares, lo que se contrapone a la idea de una prohibición de rendir testimonio en esos casos (como se ha concebido en algunos lugares y momentos históricos). No es necesario ampliar la explicación de esta conclusión, no solo por su aceptación pacífica en la tradición jurídica nacional, sino además porque encuentra pleno respaldo en el texto del artículo 33 constitucional, donde se dice expresamente que la persona no podrá ser obligada a declarar, mas no que le está prohibido comparecer en calidad de testigo. Esto último sería un contrasentido cuando el testigo tiene, además, la calidad de víctima, porque implicaría privar del acceso a la administración de justicia a quienes son víctimas de delitos cometidos por sus parientes, como en este caso, de violencia física y sexual a manos del compañero sentimental de la denunciante.

Se trata, entonces, de una expresión de la autonomía de la voluntad, que solo será válida si el consentimiento no está viciado. Así, a la idea de una decisión libre, naturalmente se contrapone la que es producto de amenazas o cualquier otro tipo de violencia.

Sobre el particular, debe retomarse lo expuesto por la Corte Constitucional en el sentido de que el Estado no puede obtener la declaración del testigo amparado por el privilegio, a través de presiones directas o indirectas. Bajo la misma lógica, no podría admitirse que la voluntad del testigo de entregar su versión ante las autoridades judiciales sea doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales.

De lo anterior se extraen tres importantes reglas, relevantes para la solución del asunto sometido a conocimiento de la Sala: **(i)** si una persona ha decidido no rendir testimonio en contra de un pariente, no como una expresión autónoma y libre, sino a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra con ese fin, la valoración de su testimonio no genera un verdadero debate sobre la trasgresión del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política; **(ii)** sin duda, se estará en presencia de una de las circunstancias de admisión de prueba de referencia, previstas en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, pues se trata de un evento claramente asimilable a los previstos en el literal b de dicha norma -que trata de testigos no disponibles porque han sido víctimas de delitos,

entre otros aspectos-; y **(iii)** si esas presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación, ya que el mismo ha dado lugar a la indisponibilidad del testigo.

El testigo que tiene, además, la calidad de víctima del delito objeto de juzgamiento

En los numerales anteriores quedó claro lo siguiente: **(i)** en el núcleo del derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política se enmarca la situación de una persona que fue testigo de un delito cometido por uno de sus parientes en contra de un tercero; **(ii)** así, cuando una persona es indagada sobre su intención de declarar en un caso penal por un delito atribuido a un pariente, cometido en contra de un tercero, y manifiesta libremente su intención de hacer uso del derecho en mención, esta decisión debe prevalecer, independientemente de la gravedad del delito y la importancia del testimonio para lograr su esclarecimiento; y **(iii)** si esa decisión es producto de amenazas o cualquier otro tipo de presión ilegal, debidamente probadas en el proceso, no existe un verdadero debate acerca de la necesidad de proteger el referido privilegio, pues ello solo ocurre ante una decisión verdaderamente libre.

El otro problema que debe afrontar la Sala es el atinente a la situación de las mujeres que, además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes -en este caso, su compañero sentimental-, que en un momento de la actuación renunciaron libremente al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, dando lugar a la acusación y encarcelamiento preventivo del procesado, y luego, en el juicio, manifiestan su intención de no declarar en el mismo. Ello, bajo el entendido de que en el proceso no se demostró fehacientemente que su decisión acerca del privilegio fue producto de amenazas u otras presiones ilegales, pues, de haber sido así (probadas las amenazas o las presiones), el asunto se sometería a la regla atrás enunciada».

VIOLENCIA DE GÉNERO - Antecedentes legislativos: evolución de su tratamiento penal || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es grave o sistemática || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No es querellable:** análisis constitucional

«Aunque el flagelo de la violencia de género está presente en la sociedad desde tiempos inmemoriales, su tratamiento legislativo y judicial es reciente, tanto en Colombia como en otros países.

En nuestro entorno, una prueba palmaria de ello es la evolución del tratamiento penal de la violencia de género, pues solo a partir de 1996 se consagró el delito de violencia intrafamiliar, la inclusión del delito de feminicidio es reciente, como también lo son las medidas adoptadas por el legislador para evitar que el sometimiento de las mujeres y las presiones a las que puede ser sometida al interior de la familia finalmente la determinen para evitar la intervención del Estado desde la perspectiva penal.

Sobre lo primero (la evolución del tratamiento penal del flagelo de la violencia de género), en la sentencia T-331 de 2018 la Corte Constitucional hizo un recuento de la manera como Colombia se ha venido ajustando a los estándares internacionales sobre la erradicación de la violencia contra las mujeres, y resaltó que

[...] En punto de la reforma introducida por el artículo 2 de la Ley 1542 de 2012, que sacó la violencia intrafamiliar del listado de delitos querellables, se tiene que esa norma fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento de que propiciaba el encarcelamiento y, por ende, la ruptura de la unidad familiar, en esencia porque privaba a la víctima de la posibilidad de disponer de la acción penal (bien porque decidiera no instaurar la querrela o porque presentara un desistimiento posterior), además que afectaba la posibilidad de acudir a diversos mecanismos de autocomposición. El asunto fue resuelto a través de la sentencia C-022 de 2015.

En esa oportunidad, la Corte resaltó varios aspectos relevantes para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala. En efecto, luego de traer a colación los tratados internacionales suscritos por Colombia, orientados a la erradicación de toda forma de violencia contra la mujer, y tras referirse a la exposición de motivos de la referida ley, concluyó:

[...] La referida decisión legislativa y el respectivo análisis realizado por la Corte Constitucional ponen de presente una realidad cada vez más visibilizada, atinente a las presiones que suelen recaer sobre las víctimas de violencia a manos de otros integrantes de su núcleo familiar, bajo el

entendido de que ese maltrato puede tener efectos físicos y psicológicos demoledores, que incluso pueden conducir a que la víctima “normalice” ese estado de agresión, a lo que se aúna lo expuesto en torno a las presiones y los efectos negativos de la dependencia afectiva y económica. Lo anterior, sin perjuicio del impacto que el encarcelamiento puede tener en la manutención de los hijos y la relación de estos con su agresor, lo que puede erigirse en una carga adicional para la mujer maltratada.

En todo caso, tanto la reforma como la respectiva sentencia de constitucionalidad giran en torno a la idea de impedir que las secuelas del maltrato, con sus diversas expresiones y alcances, limiten el acceso a la administración de justicia de las mujeres víctimas de violencia, especialmente cuando la misma es grave y/o sistemática, lo que podría ocurrir porque bajo el ambiente atrás descrito se pueda ver compelida a no formular la querrela o a presentar un posterior desistimiento».

DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Fundamento: proteger la unidad familiar || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Alcance:** se debe armonizar con las demás normas constitucionales que protegen a la familia || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciabile:** el hecho de que la víctima haya decidido entregar una declaración, constituye un hecho indicador de su propósito de buscar la tutela de sus derechos en el ámbito penal || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciabile:** cuando la víctima renunció al derecho en etapa anterior al juicio y decide invocarlo nuevamente, el Estado tiene la obligación de constatar que se trate de una decisión libre || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, de casos relacionados con violencia contra la mujer || **ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto:** utilidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Investigación del contexto:** importancia, cuando el sujeto pasivo es una mujer

«La necesidad de armonizar las diversas normas constitucionales que se ocupan de la protección de la familia

Según se indicó, el artículo 33 de la Constitución Política tiene como soporte principal la necesidad

de proteger a la familia, que podría verse afectada si una persona es obligada a declarar en contra de uno de sus parientes, en los grados establecidos en la Constitución y la ley.

A su vez, el artículo 42 de la Carta se ocupa del rol de la familia en la sociedad y establece, entre otras cosas, que “las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco de los integrantes», y que «cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”.

En casos como el sometido a conocimiento de la Sala se advierte algún nivel de tensión entre estos aspectos constitucionalmente relevantes, porque el juzgamiento de las formas de violencia que se consideran destructivas de la armonía y unidad familiar, que suelen materializarse en la intimidad, generalmente suele depender, por esta razón, de la declaración de la víctima o de quienes conviven en virtud de este tipo de vínculos o relaciones. A su vez, los testigos más frecuentes de estos delitos -los propios familiares- no pueden ser obligados a declarar. En opinión de diversos sectores doctrinarios, esta realidad es la que justifica regulaciones como la italiana, referida en los párrafos precedentes.

En este contexto, **el hecho de que la víctima, en alguna fase de la actuación, haya decidido entregar una declaración con la intención unívoca de que fuera utilizada judicialmente** (para iniciar la investigación, decidir sobre la procedencia de la acusación y de la medida de aseguramiento, etcétera), **constituye, por lo menos, un hecho indicador de su propósito de buscar la tutela de sus derechos en el ámbito penal.**

Así, **cuando se presenta un cambio de postura** (la víctima pretende «retomar» el privilegio), **el Estado tiene la obligación de constatar que ello obedezca a una decisión libre**, pues, según se indicó, solo bajo este presupuesto resulta pertinente estudiar los efectos de sus decisiones anteriores sobre la renuncia al privilegio en mención.

De ahí la importancia de que la Fiscalía realice la investigación y, en general, la actuación, con perspectiva de género, lo que no se reduce a simples enunciados formalistas. Lo importante es que se actúe con la debida diligencia y que los procedimientos se adecúen para el cumplimiento

de las obligaciones contraídas por Colombia a nivel internacional en materia de prevención y erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres.

En este marco, cobra mayor importancia lo expuesto reiteradamente por esta Sala sobre **la obligación de indagar por el contexto en el que ocurrió el acto de violencia que se investiga**, no porque ello constituya un elemento estructural del tipo penal (sin perjuicio de su importancia para establecer la presencia de la circunstancia de agravación prevista en el inciso segundo del artículo 229 del Código Penal), sino porque permite comprender, además, las necesidades de protección de la víctima, el daño físico y psicológico que la misma ha sufrido, así como las presiones a las ha sido o podría ser sometida frente a sus actuaciones en el proceso penal (CSJSP, 1 oct 2019, Rad. 52394, entre otras.

Valga aclarar que estas verificaciones pueden poner en evidencia que las renunciaciones de la víctima son verdaderamente libres. En esos casos, surgen problemas jurídicos diferentes, como el estudiado recientemente por el Tribunal Supremo de España acerca de si la renuncia al privilegio previsto en el artículo 33, realizada libremente en una etapa anterior al juicio, priva o no a la víctima de la posibilidad de invocar el mismo privilegio en caso de ser citada como testigo al juicio oral. Igualmente, y también a título de simple ilustración, si en esos eventos la declaración anterior podría ser incorporada como prueba de referencia».

PROCESO PENAL - Renuncia a derechos: obligación del Estado de verificar que sea libre || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Víctimas:** deber de su protección || **DERECHOS DE LA MUJER - Violencia contra la mujer** || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** deber de interpretar de la Ley a la luz de los Tratados Internacionales, en casos de violencia contra las mujeres || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es víctima de un delito por parte de un pariente, obligación de verificar que actúa con libertad al tomar decisiones sobre su participación en el proceso

«La obligación del Estado de verificar que la renuncia a derechos al interior del proceso penal sea libre

Este aspecto no admite mayor discusión cuando se trata del procesado, pues el ordenamiento jurídico dispone expresamente que cuando este opta por renunciar a uno o varios de sus derechos, los jueces (y, en su momento, los fiscales), deben constatar que actúan libremente y que han sido suficiente informados sobre las consecuencias de su decisión. Sobre esta temática, ilustran suficientemente las determinaciones en materia de allanamiento a cargos, acuerdos, renuncia al derecho a no declarar en juicio, etcétera).

En lo que atañe a las víctimas, a lo largo de la Ley 906 de 2004 se consagra la obligación de su protección. Por ejemplo, el artículo 114 se refiere al deber de los fiscales de «velar por la protección de las víctimas, testigos...», y los artículos 132 y siguientes regulan con amplitud los derechos de las víctimas a lo largo de la actuación penal.

Lo cierto es que todas estas normas, cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres, deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales suscritos por Colombia, atinentes a la erradicación de todas esas formas de violencia. Bajo esa misma lógica, se advierte que el cambio de jurisprudencia al interior del Tribunal Supremo de España, referido en precedencia, tuvo entre sus múltiples motivaciones la necesidad de ajustar el ordenamiento interno a lo establecido en el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica), que guarda una semejanza notoria con la Convención Belem do Pará (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), incorporada al ordenamiento jurídico colombiano.

Al margen de las decisiones que en su momento deban tomarse en virtud de la mirada sistemática del ordenamiento jurídico, por el momento resulta suficiente con destacar la **obligación de verificar que la mujer que comparece al proceso penal en calidad de víctima de graves actos de violencia, atribuidos a sus propios familiares, actúa con total libertad al tomar las decisiones sobre su participación en el proceso.**

Lo anterior, sin perder de vista que estos derechos de las víctimas deben, a su vez, armonizarse con los derechos del procesado,

también de rango supralegal, tal y como lo ha reiterado esta Corporación».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, si las presiones o violencia son ejercidas por el mismo procesado, este no podrá invocar la trasgresión del derecho a la confrontación || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando además de testigos, tienen la calidad de víctimas de delitos violentos, cometidos por uno de sus parientes || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando no declara contra un pariente con ocasión de secuelas del maltrato, dependencia económica o relación de desequilibrio o sometimiento || **VIOLENCIA DE GÉNERO - Erradicación de la violencia contra mujeres y niñas || ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía:** cuando se avizoren riesgos para la prueba, debe tomar las medidas necesarias, posibilidad de acudir a la prueba anticipada || **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES - Carácter renunciante:** cuando la víctima renunció al derecho en etapa anterior al juicio y decide invocarlo nuevamente, consecuencias

«**Si en el proceso se prueba que la víctima invoca el privilegio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, no por una expresión libre de la autonomía de la voluntad sino a raíz de las amenazas u otro tipo de presiones ilegales a que ha sido sometida, orientadas expresamente a evitar que rinda testimonio, sus declaraciones anteriores podrán ser incorporadas como prueba de referencia.**

Lo anterior porque: **(i)** si la declaración anterior se pretende introducir como medio de prueba, por la imposibilidad de su práctica en el juicio, dicha declaración constituye prueba de referencia, a la luz de lo establecido en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004 (CSJAP, 30 sep 2015, Rad. 43156, entre muchas otras); **(ii)** ese evento de no disponibilidad del testigo hace parte de las excepciones a la prohibición general de admisibilidad de prueba de referencia, en la

medida en que encaja en los eventos similares de que trata el literal b del artículo 438 ídem, atinente a la indisponibilidad del testigo por actuaciones ilegales que impiden que su testimonio sea escuchado en el juicio oral; y **(iii)** si esas acciones intimidatorias son realizadas directa o indirectamente por el procesado, este no podría invocar la vulneración del derecho a la confrontación, ya que es su propia conducta la que impide que la versión de la víctima se reciba en el juicio, según las reglas del interrogatorio cruzado.

Si no logra demostrarse que el procesado (u otra persona) realizó acciones expresamente dirigidas a que la víctima rindiera su testimonio, pero **se infiere que la invocación del privilegio previsto en el artículo 33 superior no es producto de una decisión libre, sino de las secuelas del maltrato**, de las presiones derivadas de la dependencia económica u alguna otra expresión de la relación de desequilibrio y sometimiento, **sus declaraciones anteriores también pueden incorporarse como prueba de referencia.** Ello, por cuanto el evento encaja en la cláusula abierta prevista en el literal b del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, en la medida en que la **no disponibilidad del testigo** es consecuencia del delito mismo, sin perjuicio de la obligación de ajustar, en la mayor medida posible, el ordenamiento interno a las obligaciones adquiridas por Colombia en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.

No sobra reiterar la importancia de que la **Fiscalía asuma sus obligaciones frente a las víctimas, en este caso de violencia de género**, no solo porque esa es su obligación constitucional y legal, sino además porque ello permitiría tomar, a tiempo, las medidas orientadas a preservar la prueba, bien porque deba optarse por su práctica anticipada o porque se adopten las medidas que resulten necesarias para que el testigo, que tiene a la vez la calidad de víctima, pueda comparecer a rendir su testimonio con total libertad y rodeado de todas las garantías.

Finalmente, solo cuando la víctima manifieste libremente su intención de acogerse al privilegio previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, son pertinentes los otros debates mencionados a lo largo de este proveído, entre los que se destaca el atinente a las consecuencias derivadas de que en un momento determinado de

la actuación, rodeada de todas las garantías, haya decidido renunciar a dicho privilegio, con el propósito inequívoco de descartar la despenalización del supuesto agresor».

ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer: cuando es grave o sistemática || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando le impide el ejercicio de cualquier acto de libertad, incluida la realización de conductas asociadas a su sexualidad || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía:** debe indagar por el contexto en el que se presenta la violencia de género || **ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales:** en la investigación, evento en que la Fiscalía no abordó la teoría del caso con perspectiva de género || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, cuando la mujer víctima no declara contra su pariente a raíz de la violencia o coacciones ejercidas en su contra || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la mujer víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, legalidad

«En el presente caso se destacó por los testigos presentados en el juicio que la relación entablada por BLPG y el acusado estuvo siempre cruzada por un fenómeno sistemático de violencia, que le impedía a ella el ejercicio de cualquier acto de libertad no solamente para desempeñar sus actividades cotidianas sino, incluso, para la realización de sus conductas más íntimas, como aquellas asociadas a su sexualidad.

En ese sentido, bastaría con aludir a lo declarado en juicio por LMQV, GAT y la menor Y.R.P., para entender con claridad que en el contexto en el que se desarrollaba aquella relación disfuncional se encontraba sojuzgada la voluntad de la víctima en razón de la opresión que de manera constante ejercía sobre ella su agresor, sometiéndola de manera definitiva a sus propios designios.

Pero, además, es la propia víctima quien, cuando denunció, evidenció que carecía de cualquier posibilidad de ejercer acciones voluntarias, no solamente por el temor que sentía frente a la

violencia ejercida en su contra por el agresor, sino también por una profunda dependencia económica de ella y sus hijos menores, lo que le impedía emprender cualquier comportamiento que pudiera alterar esa condición de sumisión frente a su compañero permanente.

Ahora bien, el **enfoque de género** que debió guiar en este caso la actividad de investigación de la Fiscalía, habría permitido develar de manera puntual las razones que la llevaron a hacer uso en juicio del privilegio de no declarar para favorecer a su ofensor.

Las condiciones narradas desde un comienzo por BLPG y el testimonio de quienes las conocían de cerca, hacían presumir la posibilidad de la actitud procesal asumida por ella, por lo que era obligación de la Fiscalía constatar las circunstancias que rodeaban aquellas relaciones que, según se evidenciaba, transcurrían en un contexto de sometimiento estructural inherente a la misma violencia desplegada en contra de la mujer.

Nada de ello se hizo por el acusador, no obstante lo cual la Corte no puede soslayar que del probado contexto dentro del cual se desenvolvió la violencia de género y doméstica, según se viene de narrar, puede inferirse sin mayor esfuerzo que **el ejercicio de la dispensa constitucional de no declarar por parte de la víctima se debió al mismo fenómeno de sujeción y sometimiento al victimario**, lo que se advierte con mayor claridad si se repara en el hecho de que esa declaración anterior fue la denuncia presentada de manera reactiva por la mujer ante la imposibilidad de tolerar mayores agravios cuando, según lo narró con lujo de detalles, la sometió a tal violencia física y sexual que hizo que terminara exhausta tras varios días de subyugación.

Con lo anterior **entiende la Corte que no hubo ninguna excepción o limitación a la garantía fundamental prevista en el artículo 33 de la Carta Política**, pues aunque la víctima hizo manifestación de acogerse a la dispensa constitucional para no declarar como testigo en el juicio adelantado contra su compañero permanente, **los evidentes condicionamientos a los que se encontraba sometida por razón de la violencia estructural que padecía, permiten sostener que la ausencia de voluntad en esa decisión no habilita la extensión de la protección constitucional sobre la declaración vertida en su denuncia**, haciéndose evidente

que, en este caso en particular y bajo las condiciones vistas, **se presenta**, conforme con lo regulado por el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, **un evento similar de indisponibilidad, que permite admitir como prueba de referencia la declaración anterior que rindió en su denuncia**, en la cual además, importa resaltarlo, se le puso de presente su derecho a no declarar, renunciando, allí si libremente, a su ejercicio.

En consecuencia, **fue legal la admisión de dicho medio probatorio**».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - **Declaraciones rendidas antes del juicio:** denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, apreciación || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia:** prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, puede ser superada con prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica, tratándose de delitos sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Demostración** || **PRUEBA PERICIAL - Dictamen:** informe técnico médico legal sexológico, apreciación, ausencia de lesiones en la víctima no excluye la existencia de la conducta contraria a la libertad, integridad y formación sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** cuando la interacción sexual sucede, aunque la víctima no ha dado su libre consentimiento para ello || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Se configura:** evento en que se desplegó en el contexto de un fenómeno de sometimiento patriarcal || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando es grave o sistemática || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** cuando le impide el ejercicio de cualquier acto de libertad, incluida la realización de conductas asociadas a su sexualidad || **ENFOQUE DE GÉNERO - Violencia contra la mujer:** ejercida en una relación asimétrica, bajo condiciones de discriminación basada en estereotipos de poder, sobre la idea recurrente de inferioridad de la mujer || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Agravado:** se configura, la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantiene con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales || **ACCESO CARNAL VIOLENTO - Agravado:** cuando la conducta se realizare sobre cónyuge o compañera o compañero permanente || **FALSO JUICIO DE**

CONVICCIÓN - No se configura: si la sentencia no se emitió con transgresión de la tarifa legal negativa

«El debate se circunscribe al estándar probatorio del que se valió el juez colegiado de segunda instancia para dar por demostrada la ocurrencia de la conducta que tipificó como **Acceso carnal violento, agravado**, así como la responsabilidad del acusado.

Se sustentó aquel juicio de responsabilidad penal en la valoración de la denuncia de BLPG, declaración anterior que fue admitida por el juzgador como prueba de referencia.

Manifestó la denunciante que en aquella oportunidad el acusado JAM, con quien llevaba dos años de convivencia, la accedió carnalmente por su vagina, en contra de su voluntad, lo que ocurrió en desarrollo de acontecimientos ejecutados cuando ella le anunció su separación, resultando además lesionada en su rostro ante la resistencia que ofreció al accionar del agresor.

Encuentra la Sala que **la condena no está fundamentada exclusivamente en prueba de referencia, por lo que no se trasgredió la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004**. Ello por cuanto la declaración de la víctima fue corroborada en los siguientes aspectos:

El perito forense que llevó a cabo el reconocimiento clínico forense a la víctima, aunque no encontró lesiones que se localizaran en sus genitales, tampoco pudo descartar la ocurrencia de un acceso carnal no consentido. La explicación a dicha conclusión pericial se encuentra en la base fáctica de lo sucedido: **(i)** según declaró, BLPG se opuso a la pretensión de su compañero para que tuvieran relaciones sexuales; **(ii)** ante la negativa, el acusado procedió a maltratarla, golpeándola en su rostro y en su cuello (de ello encontró hallazgos clínicos el forense) hasta que venció su resistencia y ella, exhausta, permitió la agresión sexual cuando ya no se pudo oponer; **(iii)** ello explica que no se hayan encontrado vestigios de la agresión en las zonas genitales de la víctima, lo que obviamente no puede descartar el acceso carnal no consentido por ella; **(iv)** la ausencia de consentimiento de la mujer y los actos de violencia que precedieron al ayuntamiento sexual, corresponde a una acción propia del tipo penal de Acceso carnal violento.

De igual manera, corrobora la versión entregada en la denuncia por BLPG su coincidencia con la narración de lo sucedido que hizo a su padrastro GAT una vez pudo huir de su agresor, con el relato que hizo al investigador judicial JHLJ después de entrar en contacto con ella y con la exposición de los hechos que transmitió al médico legista cuando la exploró en función del reconocimiento de clínica forense. En todos los relatos refirió que fue agredida físicamente por su compañero permanente, quien, además, la accedió carnalmente en contra de su voluntad. Y en todos los eventos, los testigos refirieron los rastros de violencia física en su rostro que concuerda con la narración que hizo de lo sucedido.

Otros testigos presentados en juicio (LMQV, inquilina de la pareja; ACB, funcionario de Bienestar Familiar; la niña Y.R.P., hija de la denunciante; y, el padrastro GAT), si bien no presenciaron lo acaecido en relación con las agresiones sexuales recurrentes a las que era sometida BLPG por parte de su compañero JAM, sí dan cuenta de un entorno en el que prevalecía un sistemático patrón de conducta de maltrato realizado por el acusado dentro de un contexto de subyugación que, en este caso en particular, resulta imposible de escindir de la violencia sexual como ejercicio de dominación.

La violencia intrafamiliar y la agresión sexual, por lo que se pudo probar, fueron dos realidades que respondían al mismo fenómeno de sometimiento patriarcal, pues a decir por la propia denunciante existía un definido modelo de conducta por parte del acusado en el que entrelazaba acciones de violencia física y moral contra el grupo familiar y conductas sexuales violentas, no toleradas por ella, al punto que para proteger a sus hijos tuvo que disponer dentro de la casa de artilugios que les impidieran la percepción de los ultrajes a los que se veía sometida por parte de su compañero, de quien, según reconoció, no podía separarse porque era el proveedor económico para su familia.

Esas acciones de violencia sexual, relevantes para la resolución del caso, aunque frecuentes, según admitió ella, no trascendieron su entorno íntimo, hasta aquel día en que decidió denunciar lo sucedido y describir el comportamiento reiterado del que era víctima, el que sin duda se adecúa al tipo penal del artículo 205 del Código Penal y que corresponde con exactitud a las definiciones de acceso carnal, prevista en el

artículo 212 ibídem, y de violencia, de que trata el artículo 212A ib., modificado por el artículo 11 de la Ley 1719 de 2014, en tanto se ejecutó mediante la amenaza y el uso de la fuerza, la coacción física y la opresión psicológica, la intimidación y el empleo de un entorno de sujeción y poder contruidos para impedir el libre consentimiento de la víctima.

Tales circunstancias, sin duda, se encuentran probados con la denuncia de la víctima BLPG, valorada como prueba de referencia, y con medios probatorios, directos, indirectos y periféricos, como los que se acaban de mencionar, que permiten la corroboración de la conducta lesiva de la libertad, integridad y formación sexuales de la mujer.

Con lo anterior, cabe acotar que, conforme a lo demostrado, el acusado sometió a su compañera permanente a una constante violencia sexual sustentada en la discriminación como manifestación de la desigualdad estructural de trato en el ámbito familiar y de la unidad doméstica que integraban. Basta recordar que los actos de agresión sexual recreados por la denunciante y que se producían al tiempo que las conductas vejatorias que transgredían la unidad familiar, tuvieron lugar en un claro contexto de dominación y sometimiento por parte de JAM, prevalido en todo momento de condiciones de supremacía física y económica que ostentaba sobre su pareja y las hijas menores de ésta, circunstancias advertidas por la denunciante y por los testigos presentes en el juicio.

Así, **la relación afectiva y la convivencia que la víctima mantenía con el agresor no pueden sustentar la existencia de un consentimiento presunto en materia de relaciones sexuales**, como pareciera ser la comprensión que sobre tal aspecto asumía el procesado. Por el contrario, aquellas circunstancias, lejos de representar la manifestación de la voluntad en materia sexual por parte de BLPG, **configuran una agravación punitiva**, según lo establecido por el numeral 5 del artículo 211 del Código Penal.

Se trataba, en suma, de una **relación asimétrica que se desarrollaba en condiciones de discriminación y de violencia jerárquica basada en intolerables estereotipos de poder sobre una idea recurrente de inferioridad de la mujer** y que rompían el equilibrio debido y las condiciones de igualdad que debían gobernar el vínculo de pareja. En ese contexto surgió la manifestación de sumisión que se tradujo en un

constante maltrato físico y psicológico y en un sometimiento sexual, evidenciándose, además, el temor subyacente en la mujer que claramente coartaba su capacidad de decisión como titular de derechos, hasta el punto de tolerar y callar las diversas manifestaciones de violencia sexual a las que siempre era sometida.

Por último, el mismo contexto de los acontecimientos, según fue demostrado, impide que el comportamiento lesivo del procesado se pueda exculpar, como lo propone la defensa, en sus padecimientos psicológicos asociados a depresión y ansiedad, según el diagnóstico del psiquiatra HGM, presentado en el juicio sin ninguna conexión con lo acaecido, y en sus preferencias y conductas sexuales que, de acuerdo a lo asegurado por el propio acusado, practicaba de manera concertada con su

compañera, lo que dista mucho de la violencia ejercida sobre ella.

Así las cosas, no encuentra la Corte que el Tribunal haya incurrido en un error de derecho por falso juicio de convicción, pues la condena de JAM por el delito de Acceso carnal violento agravado no se fundamentó exclusivamente en prueba de referencia, razón por la cual no resultó transgredida la prohibición consagrada en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Bajo estas consideraciones, **no se casará el fallo de segunda instancia».**

(Textos resaltados por la Relatoría)

RECUSACIÓN - HABER MANIFESTADO SU OPINIÓN SOBRE EL ASUNTO MATERIA DEL PROCESO

No procede sobre la expresada por el juez en cumplimiento de sus funciones

En la providencia, a través de la cual se declaró infundada la recusación propuesta por el procesado, se recabó el criterio consistente en que la causal impeditiva referida al hecho de haber dado opinión sobre el asunto materia del proceso, no resulta viable tratándose de aquella expresada por el juzgador en el cumplimiento de sus funciones. Se aclaró que, aunque excepcionalmente se ha admitido la confluencia de esta situación en eventos específicos, se trata de un concepto de aplicación restringida, en el entendido que no puede utilizarse para provocar la separación del conocimiento del asunto por parte del funcionario, mediante la reiteración de solicitudes previamente resueltas por éste.

AP2163-2020 (56741) del 7/09/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

RECUSACIÓN - Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso: requisitos

|| RECUSACIÓN - Haber dado opinión sobre el caso: debe ser sustancial, vinculante y haberse emitido por fuera del proceso **|| RECUSACIÓN - Haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso:** no procede sobre la expresada por el juez en cumplimiento de sus funciones **|| RECUSACIÓN - No se configura || RECUSACIÓN - Infundada**

«El motivo impeditivo esbozado es el contenido en el numeral 4° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, que a su letra dice:

[...] La Corte ha tenido la ocasión de precisar el contenido y alcance de esta causal, y ha señalado que la opinión anticipada que constituye motivo de impedimento, **debe ser sustancial, vinculante y sobre todo emitida fuera del proceso y no dentro del mismo.** Así lo ha explicado la Sala:

[...] Por manera que la opinión impeditiva, de acuerdo con la hermenéutica consolidada de esta Corporación, «es la expuesta fuera del ejercicio de la labor jurisdiccional» (CSJ SP, 13 agost. 2013, Rad. 42054; CSJ AP, 1 agost. 2018, Rad. 53137, entre otros), de modo que la causal no se configura cuando el funcionario expresa su criterio «en ejercicio de sus funciones, pues ello entrañaría el absurdo de que la facultad que la ley otorga al juez para cumplir su actividad judicial a la vez lo inhabilita para intervenir en otros asuntos

de su competencia» (CSJ AP, 11 oct. 2017, rad. 51374).

Y aunque **la Sala ha admitido también que ciertas opiniones exteriorizadas en ejercicio de la función judicial pueden excepcionalmente configurar la causal impeditiva aludida, tal criterio debe ser comprendido y aplicado de manera restrictiva**, pues, de lo contrario se llegaría a un escenario en que las partes quedarían investidas de la facultad de desplazar a voluntad a los Jueces naturalmente llamados a conocer de un determinado asunto, para lo cual **les bastaría reiterar una determinada solicitud previamente resuelta por el funcionario, a fin de provocar su impedimento** (CSJ, 1 agost. 2018, Rad. 53137; CSJ AP4800-2018, Rad. 52618).

En el presente asunto surge evidente que **la opinión manifestada por los Magistrados recusados se produjo en el ejercicio de sus funciones**, esto es, en relación directa con la labor jurisdiccional que la Constitución y la Ley les atribuyen en condición de integrantes de la

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, más específicamente, la prevista en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 906 de 2004.

Ciertamente, su conducta consistió en resolver, en el marco de sus competencias normativas, sobre la admisibilidad de la demanda de dos acciones de revisión presentadas a nombre del procesado EANC, o lo que es igual, a la **materialización de un acto jurisdiccional inescindiblemente asociado a la función desempeñada**.

En esas condiciones, la opinión expresada por los Magistrados no tiene la potencialidad de configurar la causal impeditiva invocada, pues, no constituyó la exteriorización de su criterio respecto de los hechos debatidos en un escenario diverso del propio de sus funciones.

Por lo expuesto, **se declarará infundada la recusación propuesta** por el procesado [...] y se dispondrá la devolución del expediente al despacho del Magistrado ponente».

(Textos resaltados por la Relatoría)

INASISTENCIA ALIMENTARIA - ANTI JURIDICIDAD

El cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro

Al desatar la *impugnación especial*, como garantía del principio de *doble conformidad* judicial, la Sala encontró necesario ratificar la condena impuesta por primera vez en segunda instancia, respecto del delito de *Inasistencia Alimentaria*, tras constatar que se encontraban reunidos, más allá de toda duda razonable, los presupuestos para condenar a la procesada. La Corporación estimó fundamental precisar que la obligación alimentaria también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación. Así mismo, observó necesario explicar, en punto de la *antijuridicidad* del comportamiento, que el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento por parte del otro, salvo que se demuestre que la sustracción del deber se fundamentó en justa causa.

SP3203-2020 (54124) 26/08/2020

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

INASISTENCIA ALIMENTARIA - Lesividad: constituye una grave violación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Marco jurídico nacional e internacional** || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** resguardar la unidad familiar || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Elementos** || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Requisitos:** necesidad del beneficiario || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - jurisprudencia constitucional** || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Requisitos:** capacidad económica del deudor || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Se fundamenta en el principio de solidaridad** || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** no lo es la defraudación económica del capital ajeno || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Concepto:**

constituye una conducta ilícita de infracción al deber || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo || **OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** en las relaciones paterno-filiales existe una igualdad entre los derechos y los deberes que les asisten a ambos padres respecto de sus hijos || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Antijuridicidad:** el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro

«Del delito de inasistencia alimentaria»

Sobre la naturaleza y relevancia jurídica del bien jurídico respecto al cual versa del delito de inasistencia alimentaria, la Corte ha sostenido que constituye una grave violación a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya protección se halla prevista por instrumentos normativos tanto de carácter internacional como nacional.

Desde el primer ámbito, la temática ha sido desarrollada por los artículos 16-3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 10-1 y 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana Sobre Obligaciones Alimentarias y el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto a Menores.

A nivel nacional, el artículo 24 de la Ley 1098 de 2006 regula el derecho a los alimentos para menores de edad, bajo el siguiente tenor:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

El incumplimiento a ese deber acarrea la responsabilidad descrita en el artículo 233 del Código Penal, según el cual, el que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante, adoptivo, cónyuge o compañero o compañera permanente, incurrirá

en prisión. La pena, valga destacar, se agravará cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor.

La Sala, por su parte, ha definido como elementos constitutivos de este ilícito: **i)** la existencia del vínculo o parentesco entre el alimentante y alimentado; **ii)** la sustracción total o parcial de la obligación, y **iii)** la inexistencia de una justa causa, de modo que del incumplimiento de las obligaciones alimenticias debe producirse sin motivo o razón que lo justifique.

Igualmente, siguiendo la jurisprudencia constitucional (C-237 de 1997), ha precisado que el deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: la necesidad del beneficiario y la capacidad económica del deudor, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023; CSJ AP, 22 ago. 2018, rad. 51607 y CSJ SP, 29 abr. 2020, rad. 43689).

En lo que tiene que ver con la primera condición, oportuno aclarar que hace relación a cuando la persona con derecho a reclamar alimentos necesarios para su subsistencia no está en capacidad de procurárselos por sus propios medios.

Bajo ese entendido, cuando los titulares son menores de edad, se exige al alimentante - generalmente los padres- una gran responsabilidad constitucional y legal, en tanto se encuentran en juego principios, valores y derechos fundamentales, puesto que la garantía a recibir alimentos es indispensable y esencial para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se hallan inhabilitados para proveer su propio sostenimiento y se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad (C-017/19).

Obligación que subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo. De un lado, porque lo que se sanciona no es la defraudación financiera del capital ajeno, sino que el delito de inasistencia alimentaria pretende proteger a la familia, puniendo la falta de cumplimiento total o parcial de los compromisos que emergen del vínculo de parentesco y que pone en peligro la subsistencia del beneficiario y la estabilidad de la familia.

De otro, porque en las relaciones paterno-filiales existe una igualdad entre los derechos y los

deberes que les asisten a ambos padres respecto de sus hijos (C-727 de 2015). Lo anterior va de la mano con el principio de solidaridad, tan esencial y afín al concepto del bien jurídico que se estudia, conforme al cual los progenitores se hallan obligados a sostener a sus hijos menores de manera solidaria y equitativa, en la cuantía en que lo exijan las circunstancias del beneficiado y la capacidad económica del obligado.

Esa es la razón por la cual la inasistencia alimentaria, como **delito de infracción de deber**, no se orienta a la modificación del resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial exigido al autor del hecho punible. De ahí que el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social específico, en este caso, el de alimentante (CSJ SP, 30 may. 2018, rad. 47107).

De manera que, como lo advirtió la Corte en providencia CSJ SP, 23 mar. 2006, rad. 21161, **el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro, a menos que, por supuesto, se demuestre que se ha sustraído a la prestación con justa causa».**

OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance: subsiste aun cuando uno de los padres tenga la suficiente solvencia económica para suplir los requerimientos que demanda su hijo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Antijuridicidad:** el cumplimiento de los alimentos por uno de los padres no justifica el incumplimiento del otro || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Bien jurídico tutelado:** resguardar la unidad familiar || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Se configura || OBLIGACIÓN ALIMENTARIA - Alcance:** también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Capacidad económica del infractor:** determinación || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Demostración:** de la capacidad económica || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Configuración:** no se justifica por la existencia de otro hijo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Dolo:** evento en que el procesado conocía la existencia del deber y no obstante decidió incumplirlo || **INASISTENCIA ALIMENTARIA - Se configura || CONOCIMIENTO PARA**

CONDENAR - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad del acusado

«El censor afirma que el Tribunal *«desconoció»* que la cuota alimentaria suministrada por el progenitor a su hijo A.F.M.P. cubre sus necesidades básicas, al tiempo que aquél *«goza de todos los privilegios de un niño de clase alta»*.

Por el contrario, la Corte advierte que el ad quem sí tuvo en cuenta tales circunstancias, solo que las consideró inválidas para predicar ausencia de daño al bien jurídico tutelado.

[...] Conclusiones valorativas que comparte la Sala, no sólo desde el análisis del contenido de la prueba, sino porque, como se explicó en el acápite anterior, **carece de fundamento exonerar a quien esté en la obligación legal y en capacidad de suministrar alimentos, cuando el beneficiario de los mismos tiene plenamente garantizadas sus necesidades.**

Luego, **en nada releva la obligación que le asiste a CRPV respecto de su menor hijo A.F.M.P., que el progenitor, además de suplirle sus necesidades básicas, le provea educación** en uno de los mejores colegios de Neiva, vivienda en un *“condominio club campestre”* y lo lleve a pasear fuera de la ciudad los fines de semana, máxime cuando tales prebendas las ha recibido el menor por ayuda que ha provenido a la par de sus abuelos paternos.

Adicionalmente, **la obligación alimentaria también comprende el amor, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, la educación, la cultura y la recreación**, entre otros aspectos que garantizan el desarrollo armónico e integral de los infantes y los adolescentes (CSJ SP, 19 ene. 2006, rad. 21023), sin que la acusada se los hubiera proporcionado a su hijo.

Dilucidado ese aspecto y habiéndose estipulado el vínculo entre el alimentante y alimentado, encuentra la Corporación acreditada igualmente la sustracción total de la obligación alimentaria y la inexistencia de una justa causa.

Como lo resaltó el Tribunal, CRPV *“no demostró haber indemnizado a la menor víctima, ni cumplido en el curso del proceso, así fuera parcialmente, con el pago de las cuotas alimentarias”*. En tal sentido se pronunciaron los testigos CAMM, CAM y DMS (padre y abuelos del

menor), quienes al unísono refirieron que la acusada, desde que perdió la custodia de su hijo A.F.M.P. (3 de abril de 2013), se ha abstenido de suministrarle alimentos, hecho certificado igualmente por los Juzgados de Descongestión, 1° y 3° de Familia de Neiva en documentos válidamente aportados al juicio .

Tema que en todo caso no fue objeto de discusión por parte de la defensa.

También está probado que la procesada **contaba con la suficiencia económica para solventar dicha obligación legal**, sólo que se sustrajo sin justa causa a ello.

CAMM , CAM y DMS , afirmaron que CRPV, para la época en la que estaba obligada a pagar los alimentos a su hijo, era odontóloga de profesión, al paso que llegó a tener 3 consultorios en la ciudad de Neiva, con sus respectivos empleados, establecimientos de razón social [...] y [...]. Último del que, según el denunciante, fue propietaria por más de 6 años, al punto que allí, como lo indicó CAM, era donde él y su esposa le entregaban al niño y lo recibían luego de que la acusada ejerciera su derecho de visita.

Así mismo, el primer testigo allegó copia de dos certificados de libertad que acreditan a CRPV como propietaria de un apartamento con parqueadero en el [...].

En cuanto al **otro hijo** que aduce tener la acusada, además de que ese hecho no fue

probado en juicio, como se precisó en decisión CSJ AP, 22 ago. 2018, rad. 51607, **no constituye una justa causa que la disculpe de la sustracción a su obligación alimentaria**, pues los hijos tienen iguales derechos alimenticios.

Finalmente, la participación activa de CRPV en el proceso de restablecimiento de derechos de A.F.M.P. refleja el conocimiento que tenía de la existencia de su deber filial y legal. Incluso, en el fallo de tutela del 7 de febrero de 2014, a través del cual se le amparó el derecho al debido procedo dentro de la referida actuación administrativa, el Tribunal Superior de Neiva resaltó lo siguiente:

[...] Lo que conlleva a predicar que **la enjuiciada conocía la existencia del deber y no obstante decidió incumplirlo**, es decir, desplegó de manera dolosa la conducta omisiva.

Conforme a los motivos expuestos en precedencia, las censuras del defensor son insuficientes para revocar la condena. Por el contrario, las pruebas practicadas durante el juicio llevan al **conocimiento más allá de duda razonable de la materialidad del delito de inasistencia alimentaria y la responsabilidad penal** de CRPV, por lo que la sentencia del Tribunal en ese sentido **será confirmada**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL

No es jurídico invalidar una actuación respecto de la cual aún no se ha decidido si su conocimiento está atribuido a la Jurisdicción Especial para la Paz

La Sala decidió remitir por competencia el asunto a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la *Jurisdicción Especial para la Paz*, precisando, frente a una solicitud de dicho organismo judicial orientada a que se invalidara el fallo judicial de segundo grado, que la Corporación adquiere atribución jurisdiccional con ocasión del recurso extraordinario y no actúa como tribunal de instancia, de modo tal que no resulta dable jurídicamente declarar la

nulidad de una actuación, respecto de la cual aún no se ha definido si su conocimiento corresponde a la JEP.

AP1994-2020 (56806) del 26/08/2020

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz: evento en que se le solicita a la Sala de Casación Penal, decretar la posible nulidad de sentencia || **CORTE SUPREMA DE**

JUSTICIA - Sala de Casación Penal: competencia, la adquiere en virtud del recurso extraordinario y no actúa en sede de instancia || **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal:** competencia, se circunscribe a estudiar la demanda sustento del recurso, para admitirla o inadmitirla, debiendo en uno u otro caso tomar las decisiones de fondo que corresponda || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, evento en que advirtió improcedente inmiscuirse oficiosamente, con desconocimiento del libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria, para declarar la nulidad de un fallo judicial || **CASACIÓN - Competencia:** principio de limitación || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, no es jurídico invalidar una actuación respecto de la cual aún no se ha decidido si su conocimiento está atribuido a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) || **NULIDAD - Competencia para decretarla:** la Sala se abstiene de pronunciarse, por tratarse de un proceso con trámite de sometimiento a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Corte Suprema de Justicia:** Sala de Casación Penal, carece de competencia y dispone remisión de proceso || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** se remite por competencia

«[...] la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas de la JEP, en auto del 31 de enero pasado frente a las peticiones de sometimiento elevadas a esa jurisdicción, el 27 de junio de 2018 por HO, reiterada por su apoderado el 2 de septiembre de 2019, y la presentada en esta fecha por UE y PA , solicita a la Sala “decretar la posible nulidad de la sentencia de segunda instancia proferida el 7 de junio de 2019 por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Antioquia”.

A su juicio el Tribunal carecía de “competencia material o personal” porque enterado por HO el 3 de abril de 2018 de acogerse al trámite de la Ley 1820 de 2016, el de segunda instancia quedaba suspendido a partir del 18 de julio de 2018, de acuerdo con lo previsto en el inciso 4 de su artículo 47, fecha en la cual entró en vigor la Ley 1922 de 2018.

A la petición se responde. **La Corte Suprema como tribunal de casación, adquiere competencia en virtud del recurso**

extraordinario y no actúa en sede de instancia. Su conocimiento **se circunscribe a estudiar la demanda sustento del recurso, para admitirla o inadmitirla, debiendo en uno u otro caso tomar las decisiones de fondo que corresponda.**

De este modo, **no puede inmiscuirse oficiosamente y desconociendo el libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria declarar la nulidad de un fallo judicial,** apoyándose en su jerarquía e ignorando los **límites** de la competencia funcional diferida claramente por la ley.

Adicionalmente, **no es jurídico invalidar una actuación respecto de la cual aún no se ha decidido si su conocimiento está atribuido a la JEP.**

Corresponderá a esa jurisdicción una vez admita como sujetos de esa jurisdicción a los peticionarios, en correlación con la preferencia y prevalencia, **tomar las determinaciones correspondientes, entre ella, la anulación de la actuación** en el caso de considerarla pertinente y no a la ordinaria que, en el evento de la inadmisión de aquellos, entraría a decidir el recurso de casación interpuesto por HO.

Por lo demás, en la actuación recibida por el Tribunal el 8 de noviembre de 2017 no aparece documento alguno, en el que HO haya comunicado su sometimiento a la JEP y solicitado la remisión de la actuación a ésta, razón por la cual en la sentencia de segunda instancia no existe referencia alguna a esa particular situación.

Tampoco en la demanda de casación presentada por su apoderado, unos días después de su ratificación de sometimiento a tal jurisdicción, se alude a ella o existe escrito de este poniendo en conocimiento del ad quem tal circunstancia.

Así las cosas, **la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la admisión de la demanda de casación presentada por su apoderado, como también para invalidar el fallo del tribunal,** razón por la cual **dispondrá la remisión inmediata del proceso seguido en su contra a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas** para lo pertinente, advirtiendo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1922 de 2018, se suspende la actuación y la prescripción de la acción penal».

(Textos resaltados por la Relatoría)

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ
Procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado

La Sala se abstuvo de efectuar pronunciamiento sobre las demandas de casación y decidió remitir por competencia el asunto a la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz*, tras advertir que los hechos objeto de la acción penal iniciada respecto de integrantes de las Fuerzas Militares, guardan relación con el conflicto armado. En tal sentido, identificó que la situación fáctica se ajustó a los parámetros delimitadores establecidos por la JEP, en tanto que correspondió al homicidio de una persona cuyo deceso fue ilegítimamente presentado como ocurrido en un combate con agentes del Estado, por lo que habiéndose dilucidado que la víctima no ostentaba la calidad de combatiente, la atribución para continuar conociendo el asunto corresponde al citado ente judicial, en virtud de la competencia preferente y prevalente que le asiste, de cara al sometimiento que efectuaron los procesados al sistema de justicia transicional.

AP2047-2020 (55854) del 26/08/2020

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz (Acto Legislativo 01 de 2017): mecanismo de justicia transicional || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** competencia prevalente, preferente y exclusiva frente a delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado:** miembros de la Fuerza Pública, requisitos, haber cometido conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Agentes del Estado:** miembros de la Fuerza Pública, requisitos, haber cometido conductas

punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, homicidio en persona protegida || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** procede la remisión de las actuaciones cuando los hechos y conductas delictivas tienen relación directa o indirecta con el conflicto armado || **ACUERDO DE PAZ (FARC - EP) - Jurisdicción Especial para la Paz:** se remite por competencia

«A través del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, *«por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera»*, se estableció la Jurisdicción Especial para la Paz.

Se le asignó el **conocimiento, de manera preferente**, *«sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1° de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos»* (artículo 5).

Conforme a lo pactado en el Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, que dio paso a la Jurisdicción Especial para la Paz, ésta **prevalece** *«sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas»* (artículo 6).

Ahora, respecto a los miembros de la Fuerza Pública, el artículo 21 establece un *«tratamiento simétrico en algunos aspectos, diferenciado en otros, pero siempre equitativo, equilibrado y simultáneo»*, por lo que con relación a ellos también conoce de *«los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser éste la causa determinante de la conducta delictiva»* (artículo 23).

[...] La Jurisdicción Especial para la Paz entró en funcionamiento el 15 de enero de 2018. En ejercicio de sus competencias, con Auto No. 005 del 17 de julio de 2018, su Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas

[...] La Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, al estudiar la solicitud que ante esa Jurisdicción efectuó JDDM, refirió, tratándose de

la competencia para conocer de esta actuación, [...]

[...] Así mismo, al examinar la solicitud de JDDM, realizó estas consideraciones en cuanto a los ámbitos temporal, personal y material propios de la Jurisdicción Especial para la Paz, a los que se hizo referencia:

[...] En estas condiciones, **es palmario que la jurisdicción ordinaria ha perdido competencia para continuar con el conocimiento del presente trámite, por cuenta del sometimiento de los procesados al sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición** contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2017, según se establece en las decisiones de la Jurisdicción Especial para la Paz citadas en precedencia. En ellas se advierte que **los hechos por los que se ejerce la acción penal** en contra de A P y DM se encuentran dentro de los

parámetros delimitadores del caso 003 seguido ante la JEP, referido a las «muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado», pues se dilucidó que la víctima YQQ, no ostentaba la condición de combatiente.

Por consiguiente, **en virtud de la competencia prevalente a la que se hizo referencia, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la admisión de las demandas de casación allegadas a su nombre en las diligencias y remitirá el expediente** a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, de esa jurisdicción».

(Textos resaltados por la Relatoría)

NON BIS IN ÍDEM - SE VULNERA
Cuando se imputan simultáneamente dos circunstancias de agravación sobre un mismo supuesto de hecho

En la sentencia, a través de la cual la Sala casó parcialmente el fallo impugnado para redosificar la sanción, se encontró relevante examinar el principio de *non bis in ídem*, para recordar que se incurre en su vulneración cuando se mantiene la doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho. Así, en el caso concreto, relativo a un concurso de delitos sexuales, se advirtió que se incurrió en *violación directa de la Ley sustancial* cuando se atribuyó simultáneamente la circunstancia agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, referida a la confianza entre víctima y victimario, y a su turno la del numeral 5°, cuando esa relación de confianza se deriva exclusivamente del parentesco. Se observó que tanto la autoridad como la confianza entre víctima y agresor son hipótesis contenidas en el último numeral referido.

SP3141-2020 (54108) del 19/08/2020

Magistrado Ponente:

Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

NON BIS IN ÍDEM - Alcance y significado || **NON BIS IN ÍDEM - Naturaleza:** principio y garantía || **NON BIS IN ÍDEM - Naturaleza:** constituye un derecho fundamental || **NON BIS IN ÍDEM - Alcance:** vínculo con los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad de objeto, persona y causa || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad subjetiva o personal || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad fáctica o de objeto || **NON BIS IN ÍDEM - Elementos:** identidad de causa o de fundamento || **NON BIS IN ÍDEM - No se vulnera:** si los procesos obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos || **NON BIS IN ÍDEM - No se vulnera:** cuando procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conforme el concurso || **NON BIS IN ÍDEM - No es de carácter absoluto**

«Alcance del principio del non bis in ídem.

El **non bis in ídem** participa de la naturaleza de principio y garantía, constituye un derecho fundamental, a través suyo se impone como mandato una única persecución, se prohíbe

investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva o circunstancia delictual o postdelictual o hecho que incida en la responsabilidad o la pena, según el caso.

La restricción es sustancial, como por ejemplo cuando hay duplicidad de responsabilidad o de sanción, pero también es de carácter procesal, pues dos procesos no pueden tener un mismo objeto o idéntica conducta o circunstancia modificadora de la tipicidad o de la sanción. La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.

Los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica están vinculados con la prohibición de duplicar los procesos o las penas cuando existe identidad fáctica, cualquiera sea el estado de la actuación penal, bien sea que estén en curso o que hayan culminado con absolución, condena o preclusión, sin dejar de considerar que en ocasiones la garantía del non bis ibídem se quebranta también por una doble circunstancia que intensifique la pena respecto de una única infracción penal.

No se vulnera la garantía, a decir de la Corte Constitucional en la sentencia C- 544 de 2001, cuando los hechos *«sean apreciados desde perspectivas distintas»*.

Si el fin último del derecho penal es la justicia y a través de ella se impone la supremacía del trato humano y dignificante, no se puede tolerar ninguna forma que desdiga del propósito del derecho sancionatorio, de ahí que algunas modalidades que vulneran la garantía de la cosa juzgada o el non bis ibídem, corresponderían a cuando al mismo hecho, conducta o proceso se juzga o condena multiplicidad de veces (doble proceso o condena -cosa juzgada-); se dan diferentes denominaciones jurídicas (doble incriminación de ilicitudes) sin tratarse de concurso de delitos ni de procesos o sanciones de diferentes autoridades por razones de ley; o se atribuye doble consecuencia a la misma ilicitud (doble valoración de sanciones).

Las identidades que constituyen presupuestos de la cosa juzgada o non bis in ídem se relacionan con el eadem personae o elemento

personal (mismidad de persona), eadem res o el objeto (mismidad de hecho o circunstancia con doble trato jurídico y/o procesal) y el eadem causa petendi o fundamento (mismidad de origen de las investigaciones o condenas).

El elemento personal o subjetivo alude a la identidad de sujeto investigado, absuelto o condenado o procesado. El sujeto investigado o sancionado debe ser la misma persona en la pluralidad de procesos adelantados con el mismo propósito y fundamento. Este supuesto apunta a quien es investigado, procesado o sentenciado, no a la persona de quien funge como autoridad.

El elemento fáctico o identidad de objeto está referida a la situación de hecho sub iudice, a la materialidad del delito, tiene que ser la misma conducta o el mismo hecho el que constituye el propósito de dos procesos penales, ha de ser idéntico supuesto, que solamente dé lugar a una única tipicidad y que se somete a doble juzgamiento.

La identidad de fundamento tiene que ver con el motivo que da lugar al adelantamiento de dos procesos, aquel no es otro que **la misma causa** en una y otra actuación, los argumentos fácticos no cambian frente a los jurídicos y la finalidad del proceso para efectos de la responsabilidad y pena.

No obedecen a la misma causa y las sanciones no se duplican, si obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos, cuando son heterogéneos hay diversidad de causas o fundamentos, y procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conformen el concurso delictivo.

El non bis in ídem o la cosa juzgada no tienen carácter absoluto, proceden excepciones de orden constitucional o legal. La acción de revisión, la tutela, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en el ámbito del derecho internacional humanitario, juicios de Cortes Internacionales, las razones de soberanía, existencia y defensa del Estado, son entre otros, límites a dichas garantías».

NON BIS IN ÍDEM - Se vulnera: cuando se presenta una doble o múltiple valoración de una misma circunstancia de agravación || **NON BIS IN ÍDEM - Alcance:** de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas || **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE**

14 AÑOS - Agravado: por el carácter, posición o cargo, implica la vulneración del non bis in ídem, cuando se imputa al mismo tiempo con el agravante derivado del parentesco y el aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima por razón de éste || **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:** por el carácter, posición o cargo, implica la vulneración del non bis in ídem, cuando se imputa al mismo tiempo con el agravante derivado del parentesco y el aprovechamiento de la confianza depositada por la víctima por razón de éste || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo y el parentesco:** no se puede imponer esta agravante cuando la conducta concursa con incesto, vulneración del non bis in ídem || **DELITOS SEXUALES - Agravado por el carácter, posición o cargo y el parentesco:** vulneración al non bis in ídem || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el carácter, posición o cargo:** regula el vínculo de confianza de manera genérica, sólo cuando dicho nexo provenga de situaciones diferentes al grado de parentesco entre el agresor y la víctima (numeral 2, del artículo 211, Ley 599 de 2000) || **DELITOS SEXUALES - Agravante por el parentesco:** regula las situaciones que se dan al interior del entorno familiar o habitacional, cuando la víctima deposita la confianza en razón del parentesco (numeral 5, del art. 211, Ley 599 de 2000) || **DELITOS SEXUALES - Non bis in ídem:** se vulnera: evento en que se imputó simultáneamente la circunstancia agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, referida a la confianza entre víctima y victimario, y a su turno la del numeral 5°, cuando esa relación de confianza se deriva exclusivamente del parentesco || **NON BIS IN ÍDEM - Se vulnera:** cuando se imputan simultáneamente dos circunstancias de agravación sobre un mismo supuesto de hecho || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Falta de aplicación:** se configura || **VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL - Aplicación indebida:** se configura

«Como se indicará, el problema jurídico a resolver corresponde a establecer si hubo una **doble o múltiple valoración de una misma circunstancia** -que el procesado ejercía autoridad y confianza sobre la víctima, dado que era su padrastro- que conllevó a la transgresión del **non bis in ídem**.

Con el propósito de dilucidar el asunto, inicialmente resulta oportuno recordar que a HGSM se le formuló acusación como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, modificados por cánones 4° y 5° de la Ley 1236 de 2008, de la siguiente manera:

«El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.»

«El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.»

También se le atribuyeron las **circunstancias de agravación señaladas en los numerales 2° y 5o del artículo 211 del Estatuto Punitivo**, las cuales se configuraban igualmente para cada uno de los mencionados delitos:

[...].

El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

[...].

La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

Imputación que se mantuvo tanto en la sentencia de primer grado como en la de segunda instancia, pues, aunque el Tribunal no hace mención al respecto, confirmó la condena en su integridad.

Estas circunstancias específicas de agravación fueron soportadas fácticamente, tanto en la acusación, como en la sentencia, en que el procesado ejercía autoridad sobre la víctima dado que era su padrastro, lo cual le permitió que la menor confiara en él (artículo 211 numeral 2° del Código Penal), al igual que entre ellos había una relación de parentesco (artículo 211 numeral 5° de la misma normatividad).

[...] En ese contexto, como bien lo señaló la recurrente y demás partes e intervinientes, **los juzgadores aplicaron indebidamente el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal**, pues la agravante referida al carácter, posición o cargo que impulsó a la víctima depositar en el procesado su confianza, se dedujo sobre la base de la relación que existía, de padrastro a hijastra, hipótesis contenida en el numeral 5° ibídem.

En efecto, **tanto la autoridad como la confianza entre víctima y agresor son hipótesis contenidas en el último numeral referido**, supuestos mediados por una “o” disyuntiva, lo que sin dificultad permite afirmar que puede darse la una o la otra, para la imputación de la circunstancia agravante.

Como se precisará, entre la menor ofendida y el acusado existía un grado de confianza, derivado de su parentesco y del hecho de compartir la misma vivienda en donde coincidían en todos los lugares de la casa, siendo estas razones las que permitieron el abuso sexual y acceso carnal reiterado de SM contra su hijastra.

En esas condiciones, **el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal reúne todas las circunstancias que permitieron agravar la sanción al procesado**, pues allí se incluye, se insiste, no solo la relación de parentesco -padrastro hijastra-, sino adicionalmente el grado de confianza entre agresor y victimario, incluso la conformación de una unidad doméstica que permitió llevar a cabo el abuso cuando estos se encontraban solos.

La Corte en un caso que es oportuno traer a colación, pues allí se precisó el supuesto fáctico que da lugar al aprovechamiento de la confianza como circunstancia agravante, numeral 2° del artículo 211, fundado únicamente en que el procesado era el padre de la víctima, y al mismo tiempo se endilgó el delito de incesto, consideró transgredido el principio del non bis in ídem, por lo que se retiró la mencionada agravante.

[...] En el sub examine, si bien no se trata de una conducta concursal con el delito de incesto, sí es un comportamiento agravado conforme el **numeral 5°**, modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, norma que de manera específica y especial, **reguló las situaciones en las que los delitos sexuales** contenidos en el Capítulo Segundo del Título IV del Código Penal, **se dan al interior del entorno familiar o habitacional**, es decir, que lo que permite la

comisión del hecho delictivo son justamente las relaciones de parentesco o de cohabitación, incluidas aquellas distintas a la convivencia marital. Y aunque la citada ley fue emitida con el objeto de contrarrestar la violencia contra la mujer, también alude a la toma de medidas para evitar y sancionar situaciones de violencia familiar, como los abusos sexuales de los que puede ser víctima cualquiera de sus miembros que de una u otra forma esté integrado al seno de la familia.

La segunda hipótesis contenida en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, regula el vínculo de confianza de manera genérica, el cual está llamado a aplicarse sólo en los casos en los que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las indicadas en el numeral 5°, entre ellas el grado de parentesco entre el agresor y la víctima.

Así las cosas, **para el asunto que ocupa la atención de la Sala, la norma indicada para la atribución de la agravante consistente en la posición del victimario que permita un vínculo de confianza entre la víctima y el agresor sexual cuando ésta se deriva del parentesco, es el numeral 5° del citado artículo 211 del estatuto punitivo**, pues se insiste, el motivo de mayor pena reglado en el artículo 211 numeral 2° del Código Penal, se sustentó exclusivamente en el hecho de que el ataque fue cometido por el padrastro de la víctima, hipótesis contenida en el ya mencionado numeral 5° ibídem.

Es claro en consecuencia que, **se incurrió en un error en la sentencia al mantener la doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho, lo que corresponde efectivamente a una violación directa de la norma sustancial como consecuencia de falta de aplicación** de los artículos 29 de la Constitución Política y 21 de la Ley 906 de 2004 en lo que se refiere a la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, concretamente que **de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas**, lo cual condujo a la aplicación indebida del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal.

En ese orden de ideas, a efectos de ajustar la condena, **se excluirá del fallo la imputación de la agravante del numeral 2° del artículo 211 del Código Penal**.

(Textos resaltados por la Relatoría)

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR – ANTI JURIDICIDAD

Lesividad, no se excluye por la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa

La Sala casó el fallo impugnado, para en su lugar, restablecer la condena impuesta en primera instancia por el delito de *Violencia Intrafamiliar*, para cuyo efecto realizó fundamentales precisiones en torno al juicio de *antijuridicidad* del comportamiento, explicando que la afectación al bien jurídico no se excluye por el hecho de que la acción típica se realice en una sola oportunidad ni por la ausencia de lesiones psíquicas en la víctima, ni tampoco por situaciones externas y posteriores a la conducta, tales como la solución de problemas de pareja o el desistimiento de la acción administrativa.

SP922-2020 (50282) del 6/05/2020

Magistrado Ponente:

Jaime Humberto Moreno Acero

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL

- Interpretación errónea: se configura || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Delito de consumación instantánea || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** puede cometerse mediante un único acto o la suma de varios || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Configuración:** la acción típica consistente en maltratar, física o psicológicamente, puede realizarse en un solo instante o única oportunidad || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, no se excluye por hechos posteriores, ajenos al delito || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, no se excluye por la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - No es querellable || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Diferente a lesiones personales || VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, daño psicológico en integrante del núcleo familiar distinto al agredido, puede ser indicador de mayor grado de afectación del bien jurídico || **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Antijuridicidad:** lesividad, la ausencia de lesiones psíquicas en la persona agredida, en nada desvirtúa la idoneidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico ||

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR - Bien jurídico tutelado: armonía y unidad familiar

«La decisión de segunda instancia absolvió a NAQG, al considerar que su conducta *“no resulta antijurídica para el punible de violencia intrafamiliar”*».

En su lugar, **para la Corte, la pregonada ausencia de antijuridicidad deviene en conclusión errónea**, al surgir de argumentos derivados de una interpretación equivocada de este tipo penal, como pasa a demostrarse.

En primer lugar, sostuvo el Tribunal que el acusado agredió a su pareja en una sola ocasión, esto es:

“...no se acreditó que QG hubiere realizado otro tipo de agresiones en contra de su compañera permanente diferentes al que generó su captura...”.

Ese fundamento se vislumbra como el central, pues, fue el primero que desarrolló la tesis de la ausencia de lesividad y, además, se reiteró en la parte final de las consideraciones, en los siguientes términos: *“...las pruebas recogidas en la investigación apenas dieron cuenta de la agresión del acusado contra su compañera en esa única oportunidad, sin que se haya establecido que se trataba de una conducta agresiva reiterada...”*.

En otras palabras, en virtud de la prueba practicada en juicio, para el juez corporativo, la ausencia de pluralidad de agresiones físicas impide la configuración de la ilicitud de violencia intrafamiliar, razón para que, en su criterio, se verificara la absolución del acusado.

La premisa implícita de ese raciocinio es que la tipicidad de la conducta punible se satisface con dos o más comportamientos violentos contra otro miembro del núcleo familiar; planteamiento equivocado porque, como ya lo indicó la Corte, **la acción típica consistente en maltratar, física o psicológicamente, puede realizarse en un solo instante o única oportunidad**, como ocurrió en el caso bajo examen.

Ahora, cierto es que, en algún momento, la confutada sentencia advirtió: *“...no es que sea ingrediente del tipo la conducta reiterada...”*, con lo cual, parecía reconducir el discurso por la senda correcta; sin embargo, enseguida complementó: *“...pero tal como se presentaron los hechos se trató de un hecho aislado originado en el conflicto que esa mañana se presentó entre el procesado y su compañera”*.

Vale decir, el Tribunal reconoce la debilidad de su postura dogmática, más, insiste en ella para descartar la ocurrencia del delito por tratarse de un hecho único o “aislado”.

En segundo lugar, adujo el ad quem que la víctima desistió del trámite que adelantaba la Comisaría de Familia, porque “los conflictos entre la pareja fueron solucionados y los niños no se encuentran afectados por esa violencia”.

Esos asertos evidencian que **el juicio de antijuridicidad** de la conducta objeto de acusación, se hizo girar en torno: **(i) a hechos posteriores e independientes al delito**, verbigracia, **la solución de los problemas de pareja o el desistimiento de la víctima de la acción administrativa**, y **(ii) a la producción de un resultado material** -daño psicológico de los miembros del grupo familiar- que no es exigido por el artículo 229 del Código Penal. Cosa distinta es que, usualmente, el trato violento pueda ocasionar dicha consecuencia.

Así, **la lesividad de la conducta** de maltrato físico ejecutada por el acusado, **no se determinó a partir de la capacidad de ésta para afectar el bien jurídico**, sino de hechos que le son externos.

Fue tal la importancia que el Tribunal le otorgó a la mencionada **renuncia a la actuación administrativa**, que llegó a concluir: “... el uso de la violencia por parte del procesado resulta altamente reprochable; pero para el caso pareció ser suficiente con la intervención de la Comisaría de Familia, pues luego de la amonestación del

agresor, se llegó a un desistimiento por parte de la víctima de cualquiera otra actuación...”.

Es decir, **la sentencia de segunda instancia excluyó la aplicación de la consecuencia prevista en el precepto 229, por la conducta postdelictual que asumió la víctima en un diligenciamiento independiente al proceso penal**; la que, además, aun cuando hubiese sido adoptada al interior de éste, ningún efecto tenía porque **el delito en cuestión no es querellable** y, por ende, **la acción penal es indisponible**.

Por último, es obvio que la concreción de un **daño psicológico** en un integrante del núcleo familiar distinto al que sufra directamente la agresión y como resultado de ésta, **puede ser un indicador del mayor grado de afectación del bien jurídico con el episodio violento**. Sin embargo, recuérdese que **el delito de violencia intrafamiliar no busca proteger, primariamente, la integridad personal de los miembros de la familia**, que es resguardada con la tipología especial de «*lesiones personales*», **sino el respeto a la dignidad, a la autodeterminación, a la igualdad de aquéllos; en fin, a la protección de la convivencia armónica**. Por ello, **la ausencia de lesiones psíquicas, aun en la persona agredida, en nada desvirtúa la idoneidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico**».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

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