

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP1858-2019

Radicación n° 52.235

(Aprobado Acta No. 131)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de J.A.R.P. contra la sentencia del 16 de noviembre de 2017 de la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Barranquilla que confirmó, con modificaciones, la proferida, el 15 de junio anterior, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes, con funciones de conocimiento de esa ciudad, mediante la cual lo condenó, en calidad de autor, del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Los primeros se condensaron así en el fallo de segunda instancia:

Los hechos se circunscriben a que en horas de la mañana del día 23 de enero de 2016, en la vivienda localizada en la carrera 3F No. 53.117 de esta ciudad, [J.A.R.P.], de 16 años de edad para esa fecha, le había metido el pipi en la boca y en el pompis a su vecinito FCPH1, quien

tenía 4 años de edad para esa época.²

2. Previa orden de captura emitida, el 3 de junio del mencionado año, por la Juez Segunda Penal Municipal para adolescentes con funciones de control de garantías de Barranquilla³, el 10 del mismo mes, su homólogo Tercero, por solicitud de la Fiscal 45 Seccional de ese lugar, legalizó la imputación formulada contra J.A.R.P., por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en calidad de autor (artículo 208 del Código Penal), cargo que no aceptó⁴.

3. El 14 de julio siguiente se radicó el escrito de acusación⁵, y el 9 de agosto posterior, con la dirección del Juez Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de la referida ciudad, se llevó a cabo su verbalización⁶.

4. La audiencia preparatoria se celebró el 28 de septiembre ulterior⁷ y la de juicio oral tuvo lugar en varias sesiones (18 de noviembre, 149 de febrero, 14 de marzo¹⁰, 18 de abril¹¹ y 15 de junio de 2017¹²), que culminaron con anuncio del fallo condenatorio.

5. En la última fecha citada¹³, el Juez cognoscente condenó a J.A.R.P., a título de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, a las sanciones de libertad asistida o vigilada y reglas de conducta, ambas por el término de «dieciocho (sic) doce (12) meses»¹⁴.

6. El fallo fue recurrido por la defensa y el representante del Ministerio Público¹⁵, pero el a quo denegó la alzada de este último a través de auto del 13 de julio siguiente, ante lo cual dicho sujeto procesal interpuso recurso de queja que fue desatado favorablemente el 2 de agosto posterior por la Sala Tercera Mixta de Responsabilidad Penal para Adolescentes del Tribunal Superior de Barranquilla, en el sentido de conceder la apelación en el efecto suspensivo¹⁶.

7. El 16 de noviembre de 2017 la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal

Superior de Barranquilla confirmó la sentencia con la modificación consistente en imponer al infractor la sanción de privación de la libertad en el Centro Especializado Oasis, por el término de 3 años¹⁷.

8. La defensa interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación¹⁸ y presentó, en tiempo, el libelo correspondiente¹⁹, el cual fue calificado el 10 de octubre de 2018, en auto CSJ AP4510-2018, con inadmisión respecto al primer cargo y admisión en torno al segundo²⁰.

9. La audiencia de sustentación oral correspondiente se llevó a cabo el 3 de diciembre posterior²¹.

LA DEMANDA

Segundo cargo (subsidiario)

Con fundamento en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusa la violación del derecho al debido proceso generado con el desconocimiento de los principios de legalidad de la pena y no reformatio in pejus, con la consecuente transgresión de la estructura de la actuación y las garantías fundamentales del acusado.

Como normas infringidas, por exclusión, enlista los cánones 29 de la [Constitución Política](#), 151 de la Ley 1098 de 2006, 6, del Código Penal, 6, 10, 20, 188 y 457 del Código de Procedimiento Penal y, por aplicación indebida, los preceptos 211.4 de la Ley 599 de 2000 y 187 de la Ley 1098 de 2006.

Al efecto, se queja de que el Tribunal aplicara el agravante consagrado en el numeral 4º del artículo 211 del Estatuto Sustantivo Penal, que consagra un incremento de pena de una tercera parte a la mitad, cuando se realizare sobre persona menor de catorce años, para imponerle una sanción de 3 años de internamiento en centro de reclusión especializado.

Explica, al respecto, que al momento de dosificar la pena, el ad quem señaló que, por tratarse del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuya pena va de 12 a 20 años, la única sanción aplicable es la descrita en el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, siendo que, en la sentencia C-521 de 2009, se declaró la exequibilidad del referido numeral 4, en el entendido que, el agravante no procederá frente a los delitos descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, en aplicación del postulado de conservación del derecho.

Para el jurista, la sanción impuesta a su procurado es ilegal porque no corresponde al punible por el que fue sentenciado, por cuanto la pena señalada en el mencionado canon 187 sólo tiene cabida para los delitos sexuales agravados, y, en este caso, a su asistido se le imputó, se le acusó y se le condenó en primera instancia por el de acceso carnal abusivo simple, dando lugar, entonces, al motivo de nulidad consagrado en el canon 457 del Compendio Adjetivo Penal.

De otro lado, considera que se vulneró el postulado de no reforma en peor al conceder el recurso de apelación formulado por la Procuradora 50 Judicial Penal II, pese a que el a quo lo había denegado a través de auto del 13 de julio de 2017 al considerar que dicha funcionaria carecía de interés jurídico o legitimación para recurrir, sobre todo porque la Fiscalía se mostró conforme con la sanción impuesta y aquella no podía suplantar a este sujeto procesal.

Luego de enfatizar que, con ocasión del recurso de hecho interpuesto por la Procuraduría contra esa decisión, el Tribunal concedió la alzada bajo el argumento que limitar la intervención de la Procuraduría a la conducta procesal que asuma el órgano de persecución penal resulta peligrosa para los intereses de la sociedad, el censor asegura que esa providencia «contraviene de manera categórica, toda la normatividad Constitucional y legal (...) en torno a la intervención del Ministerio Público en la actuación penal»²².

En sustento de lo anterior, compendia lo argumentado por el juez unipersonal en el sentido que, a voces del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, ese interviniente no está legitimado para solicitar medidas de aseguramiento, por lo que debe asimilarse tal tema al aquí tratado, de manera que el habilitado para impugnar es quien puede para hacer la petición.

Así mismo, sintetiza lo aducido por la Procuraduría sobre el interés que le asiste como garante de los intereses de la sociedad y lo decidido por la colegiatura acerca de que el precedente citado por su inferior –en torno a las medidas de aseguramiento- no se adecua al caso examinado, en tanto acá se trata de asuntos definidos en una sentencia condenatoria, tras lo cual se apoya en las sentencias CC C-144 de 2010 y CSJ SP 5 oct. 2011, rad. 30.592 y los salvamentos de voto a la sentencia CSJ SP. 25 may. 2016, rad. 43.837, para hacer ver el papel que, como interviniente, le asiste al Ministerio Público en los procesos penales y, particularmente, la falta de legitimación para interponer, de manera autónoma, el recurso de apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio, legitimación que sí le asiste, exclusivamente, a las partes: Fiscalía y defensa (artículos 114 y 125 de la Ley 906 de 2004).

En ese orden, insiste en que se vulneró el principio de no reforma en peor al agravar la situación de su cliente, con ocasión de la alzada elevada por la Procuraduría, e imponerle la pena de internación en centro de reclusión por tres años, siendo que había sido condenado a la sanción de libertad vigilada por 12 meses, restringiendo de esta forma su derecho a la libertad.

Para cerrar, invoca como finalidades de la casación, el respeto de la garantía fundamental del debido proceso y la unificación de la jurisprudencia en cuanto «al manejo que deben dar los dispensadores de justicia a la no antijuridicidad de las conductas típicas»²³.

Pide declarar la nulidad de lo actuado desde la lectura del fallo de segundo grado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Alega la violación de los principios de no agravación y legalidad de la sanción.

Frente al primero, aduce que el Ministerio Público carecía de interés para apelar, en la medida que solamente podría intervenir para defender el orden jurídico, el patrimonio económico y los derechos y las garantías de los intervinientes y no para discutir “la fijación” de la sanción.

Para el libelista, dado que dicho sujeto procesal carecía de legitimidad para intentar la alzada, se vulneró el postulado de no reformatio in peius, por cuanto el único recurso que subsistió fue el de la defensa y, en esas condiciones, no era posible incrementar la pena, como lo hizo el Tribunal, al modificar la libertad asistida y las reglas de conducta impuestas en primera instancia por el término de un año, e imponer una privación de la libertad por el término de tres años.

En cuanto al segundo tópico, reprueba la aplicación del inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2010, bajo la consideración de la providencia según la cual el delito por el que se procede es el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado, conforme al canon 208 del Código Penal -modificado por el 5 de la Ley 1236 de 2008-.

Destaca que el ad quem señaló por igual que procedía el incremento punitivo previsto en el numeral 4º del precepto 211 ibidem, cuando la conducta se realizare en persona menor de 14 años, de lo que se extrae, asegura, se agregó un agravante, cuya aplicación está prohibida cuando se trata de la disposición 208 ejusdem, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 2009.

A juicio del recurrente, como quiera que, en esas circunstancias, se trata de un delito sexual

no agravado, se debe entender que la pena privativa de la libertad, únicamente, procede en los delitos contemplados en el inciso 3º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, entre ellos, los delitos contra la integridad y formación sexual agravados y que la aplicación de esa sanción se excluyó sistemáticamente para los delitos sexuales no agravados.

En criterio del censor, del texto de la norma en mención surge que, si el querer del legislador hubiera sido imponer sanción privativa de la libertad en delitos sexuales no agravados, así lo habría expresado, como lo hizo al referirse a los delitos de extorsión, en todas sus formas.

2. La Fiscalía

El Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia estima que la demanda no está llamada a prosperar en punto de la presunta vulneración del principio de no reformatio in pejus, por cuanto, de acuerdo con el artículo 111 de la Ley 906, el Ministerio Público es garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, así como representante de la sociedad.

Al respecto, advera, el literal c de la norma en cita establece que debe procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia, y el literal f consagra que le corresponde buscar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.

Así mismo, sostiene, en la sentencia C-582 de 2014, la Corte Constitucional aseguró que aquél está facultado para impugnar fallos de cualquier naturaleza, conforme a los propósitos misionales de la Constitución, para la defensa del orden jurídico y de los intereses de la sociedad o como garante de los derechos fundamentales.

Argumenta que la legitimidad del representante del Ministerio Público para interponer recursos contra las decisiones judiciales de primer y segundo grado se activa a partir de la

aparición de irregularidades con la entidad de afectar prerrogativas esenciales de cualquiera de las partes e intervinientes de ese proceso, lo que sucedió en el caso concreto cuando la Procuradora advirtió la ilegalidad de la pena impuesta al adolescente J.A.R.P. y ejerció su facultad de impugnar la decisión de primera instancia.

Frente al segundo aspecto, relacionado con la vulneración del principio de legalidad de la pena, solicita casar parcialmente la sentencia demandada para que se tase la sanción de conformidad con las normas aplicables al caso, pues aunque advierte que el sentenciador quiso corregir un yerro del juez de conocimiento, terminó incurriendo en un error al delimitar el monto de la sanción.

Al respecto, luego de resaltar que el juzgador de primera instancia se equivocó al imponer al adolescente infractor sanciones diferentes a la de internación en centro de atención especializada, porque, como lo estimó el Tribunal, el inciso 1º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006 obliga a que frente a delitos cuya pena mínima sea o exceda de 6 años de prisión, como lo es el de acceso carnal abusivo, se determine como única sanción la de privación de la libertad en centro de atención especializado, siempre que se trate de un adolescente mayor de 16 años y menor de 18 años.

Para el Delegado, el contenido de la parte inicial del canon 187 de la Ley 1098 de 2006 es claro en señalar lo anterior, caso en el cual tendrá una duración entre 1 y 5 años.

El Fiscal destaca que el juez de conocimiento omitió las dos situaciones en las que es imperativo considerar la privación de la libertad de los infractores, además que inadvirtió que el rango de edad concerniente al inciso 3º, no se ajustaba a las condiciones del aquí procesado.

El Tribunal también erró, porque si bien consideró la procedencia de la privación de libertad en centro de atención especializada, de acuerdo con el inciso 1º del mentado artículo 187, al graduar el término de duración de la sanción, partió de los dos años que establece el

inciso 4º ibidem y realizó un incremento de otro año, atendiendo criterios de gravedad de la conducta, edad de la víctima y la necesidad de someter al infractor a procesos educativos que le permitieran mantener una vida en sociedad, siendo que ha debido iniciar en un año -tiempo mínimo del inciso 2º de dicha normativa-.

En ese orden, es de la idea que, en el evento de considerar el incremento de un año por la aplicación de los criterios esgrimidos por el ad quem, el término del internamiento debe ser menor a la que finalmente se le impuso al adolescente J.A.R.P.

3. El Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal parte por señalar, en lo que tiene que ver con la facultad del Ministerio Público para intervenir en el proceso e interponer recursos, que el artículo 109 de la Ley 906 de 2004 dispone su participación cuando sea necesario para velar por las garantías fundamentales, teniendo la función, a voces del canon 111 ejusdem, de actuar como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, procurando que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad, la justicia y ser representante de la sociedad. Por lo tanto, estima, este interviniente está legitimado para actuar e interponer recursos, como lo ha manifestado la Corte Constitucional.

En cuanto a la pena impuesta al menor J.A.R.P., considera que, dado que fue condenado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuya pena oscila entre 12 y 20 años, conforme al inciso 1º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, ha debido ser sancionado con privación de la libertad en centro de atención especializada entre 1 y 5 años y no en los términos del inciso 3º ibidem, que señala una sanción que oscila entre los 2 y 8 años para los delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

Considera, entonces, que la individualización de la sanción desbordó las previsiones del Código en mención y vulneró el principio de legalidad de las penas.

Como el juez plural impuso una sanción no prevista para el delito ejecutado por el acusado, es del criterio que el cargo tiene vocación de prosperar, por lo que pide casar la sentencia impugnada y dejar en firme la de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Son dos los problemas jurídicos a dilucidar; por un lado, si el Ministerio Público estaba legitimado para formular recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en punto de punibilidad y, por otro, si, como lo señala la defensa, existe algún error en la dosificación punitiva, tema de disenso éste que solo será analizado de resultar infundado el primero.

1. Sobre el interés jurídico del Ministerio Público para apelar el fallo de primer grado

El ejercicio de los recursos, como instrumento eficiente para garantizar el derecho de defensa en su componente de contradicción demanda como presupuesto de procedibilidad que el sujeto que lo promueve tenga interés jurídico en discutir la decisión objeto de censura, lo cual dependerá del agravio o perjuicio que aquella le hubiere generado.

En efecto, solo la parte o interviniente que ha sufrido un daño con la providencia judicial, porque esta le ha sido adversa en todo o en parte a sus intereses o pretensiones, tendrá derecho a impugnar.

Aunque en un escenario adversarial como el definido en el sistema de enjuiciamiento criminal, consagrado en la Ley 906 de 2004 y, por ende, en la Ley 1098 de 2006 -por remisión expresa de su artículo 144-, tal interés jurídico es fácil de identificar frente a las partes -defensa y fiscalía- e incluso la víctima, en tanto la delimitación del perjuicio causado con la determinación judicial es claramente diferenciable según el proveído acoja o no su pretensión, no ocurre lo mismo con el Ministerio Público quien no tiene un interés de orden particular en el asunto sino que se erige como garante de los intereses de la sociedad en

general, tal cual lo señala el artículo 277.7 de la [Constitución Política](#), al establecer que le corresponde «[i]ntervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales», y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.

Es por esto que, si bien, en alguna época, la Corte consideró que los agentes de la Procuraduría General de la Nación y los de las Personerías Municipales o Distritales –según el caso- carecían de interés ilimitado para promover los recursos de ley, cuando quiera que las partes no hacían uso directo de ese derecho, porque se entendía lesionada la estructura del proceso y vulnerado el principio de igualdad de armas, en tanto tal actividad de dicho interviniente podría conducir a una “interferencia” que tendiera a suplir, suplantar o substituir a las partes, es lo cierto que, en sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que «la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores», de acuerdo con el numeral 7º del artículo 277 de la Carta Política, así como que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.

De esta manera, siendo un «organismo propio» (CSJ SP, 5 oct. 2011, rad. 30592), tiene la potestad de intervenir «cuando se deba dar cumplimiento a los propósitos misionales que, en relación con las actuaciones judiciales, le asigna la Constitución Nacional y la ley».

Ahora, aunque, en esa oportunidad, la Corte hizo tales precisiones para concluir que es inadecuado impedirle, en sede de casación, al Delegado del Ministerio Público cumplir con el propósito recién señalado, durante su turno en la audiencia de sustentación del recurso extraordinario, cuando actúa como no recurrente, por igual precisó que:

(...) las funciones que la Ley 906 de 2004 le asignó al Ministerio Público responden, unas, a

su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales y, otras, a su gestión como representante de la sociedad. Y aunque su actividad es más contemplativa en este modelo de enjuiciamiento, asumiendo un rol marcadamente pasivo, en todo caso debe ser vigilante. Por eso, su intervención «siempre estará presidida por la vigencia de los bienes jurídicos cuya guarda se le encomendó, lo cual explica que su participación no alcance la plenitud de la calidad de parte, razón por la cual el código expresamente autoriza su presencia para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento».

Es así que, el Código de Procedimiento Penal de 2004, en su precepto 111, estableció que son funciones del Ministerio Público durante la indagación, la investigación y el juzgamiento, las siguientes:

1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:
 - a) Ejercer vigilancia sobre las actuaciones de la policía judicial que puedan afectar garantías fundamentales;
 - b) Participar en aquellas diligencias o actuaciones realizadas por la Fiscalía General de la Nación y los jueces de la República que impliquen afectación o menoscabo de un derecho fundamental;
 - c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la

justicia;

d) Procurar que las condiciones de privación de la libertad como medida cautelar y como pena o medida de seguridad se cumplan de conformidad con los Tratados Internacionales, la Carta Política y la ley;

e) Procurar que de manera temprana y definitiva se defina la competencia entre diferentes jurisdicciones en procesos por graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario;

f) Procurar el cumplimiento del debido proceso y el derecho de defensa.

g) Participar cuando lo considere necesario, en las audiencias conforme a lo previsto en este código.

2. Como representante de la sociedad:

a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión;

b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan;

c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado;

d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos

de aplicación del principio de oportunidad;

e) Denunciar los fraudes y colusiones procesales. (Subrayas no originales)

Y frente al carácter de interviniente especial y discreto en la sentencia CC T-293-2013 -reiterada en la providencia de la Corte Suprema de la que se viene hablando CSJ SP2364-2018 rad. 45.098-, la Corte Constitucional señaló:

4.6. En lo que respecta a la participación del Ministerio Público en el proceso penal acusatorio, esta Corporación ha reconocido que su condición de interviniente especial y discreto, es una particularidad de nuestro sistema, garantizada por la Carta Política, por lo que el ejercicio de sus competencias dentro del proceso penal debe realizarse con total respeto por las garantías procesales constitucionales y de conformidad con la ley.

En la sentencia C-144 de 2010 esta Corporación sistematizó las distintas funciones que debe cumplir el Ministerio Público en el sistema penal acusatorio colombiano, en los siguientes términos:

“Se trata entonces, de una participación principal que no accidental, que se aprecia en todos los momentos del proceso, a punto de determinar, en el asunto en comento, que aún sin existir regulación expresa, la decisión de archivo de diligencias por parte de la Fiscalía debiera ser no sólo motivada sino también notificada tanto al Ministerio público como al denunciante. Es decir que, no obstante la determinación de la Fiscalía se fundara en una causal objetiva tan precisa como la inexistencia de delito, al reconocer el valor que en el proceso penal posee la presencia del Ministerio público, éste debía tener conocimiento de la misma, para que en caso de hallarla contraria a derecho o a los derechos fundamentales en juego, pudiera controvertirla e impugnarla.

Los alcances de la intervención del Ministerio público en el proceso, no son sin embargo, determinables de un modo fijo. Así pudo constatarse en la sentencia C-210 de 2007, en la

cual se estimó constitucional la limitación de la intervención del Ministerio público dispuesta en el art. 92 del C.P.P. para solicitar medidas cautelares en el proceso penal, únicamente a favor de menores de edad e incapacitados, víctimas de hechos punibles. Esta medida se encuentra exequible y no crea un trato desigual ilegítimo frente a las víctimas adultas, pues en este caso el llamado a proteger sus intereses, es, según la Constitución, la propia Fiscalía. La medida legal juzgada representa entonces una manifestación del poder de configuración legislativa, que además incluye una discriminación positiva²⁴ que por las características específicas de los sujetos a favor de quienes se crea²⁵, reclaman una protección especial, en este caso representada por la competencia atribuida al Ministerio público²⁶.

Ahora bien, las diferentes funciones del Ministerio público en el proceso penal no pueden ser interpretadas como piezas con las cuales se desvirtúa enteramente la fisonomía adversarial y acusatoria del procedimiento en cuestión. Porque como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en reciente pronunciamiento, el “Ministerio Público, como interviniente, tiene unas facultades limitadas en el curso del juicio oral, de acuerdo con las cuales únicamente cuando observe la manifiesta violación de garantías y derechos fundamentales puede solicitar el uso de la palabra ante el juez, y excepcionalmente, con el único propósito de conseguir el ‘cabal conocimiento del caso’, el Representante de la Sociedad también podrá interrogar a los testigos, de lo cual se desprende que no tiene derecho a contrainterrogar y menos a utilizar la técnica propia de este tipo de preguntas, pues aquella facultad no lo autoriza para suplir las deficiencias de las partes ni para introducir respuestas a interrogantes que fueran válidamente objetados entre ellas. Lo contrario sería permitirle que tome partido por una de las partes o se recargue y que en el juicio se desequilibre la igualdad que debe existir entre ellas”²⁷.

(...)

“Las consideraciones que preceden permiten a la Corte concluir que el Ministerio público es

a la vez un interviniente “principal” y “discreto” del proceso penal. Lo primero por cuanto desde la Constitución le ha sido reconocida una función de doble cariz consistente en velar por el respecto de los intereses de la sociedad, así como de los derechos humanos y de los derechos fundamentales afectos al proceso. Lo segundo, porque su participación debe someterse a los condicionamientos establecidos en la ley y precisados por la jurisprudencia, para no romper con los supuestos que en principio o tendencialmente articulan el sistema, relacionados con la igualdad de armas y el carácter adversarial del procedimiento.

El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios y excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que en el proceso se alcance una decisión justa y conforme a Derecho.

Lo anterior significa que, el Ministerio Público goza de amplias facultades para interponer y sustentar los recursos de ley cuando quiera que lo encuentre necesario para salvaguardar los intereses de la sociedad.

El censor es del criterio que el representante de la Procuraduría no adquirió, en el caso concreto, interés para recurrir la sentencia de primera instancia, en torno al tipo y monto de sanción impuesta, porque su actuación se concreta a defender el orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales y debido a que se debió aplicar la postura del *a quo* –esgrimida al negar el recurso de apelación– frente a la falta de legitimidad del representante de la sociedad para solicitar medidas de aseguramiento.

En ese punto, el jurista desconoce, por un lado, que, precisamente, las competencias de raigambre superior de los delegados de la Procuraduría son las que les otorgan la posibilidad de intervenir en la actuación penal como sujeto procesal imparcial, con plenas potestades

para impugnar las decisiones que desconozcan las prerrogativas cuya defensa le ha sido encomendada.

Y por otro, inadvierte que la norma y el precedente jurisprudencial empleados por el juez unipersonal como fundamento para afirmar la ausencia de legitimidad del delegado de la sociedad a la hora de impugnar el fallo -artículo 306 de la Ley 906 de 2004 y sentencia CC T-704 de 2012-, relativos a la falta de competencia para solicitar medidas de aseguramiento, no tiene relación alguna con el asunto sub examine, ya que unas son las facultades legales y constitucionales de la Fiscalía en tanto dueña de la acción penal, concretamente la relativa a las peticiones relacionadas con medidas de aseguramiento y otras las garantías conferidas a los intervinientes de la actuación penal en punto del ejercicio de la impugnación y la contradicción.

De igual modo, en el propósito de afianzar la idea sobre la plena legitimación en la causa de la Procuradora 50 Judicial II Penal para interponer el recurso de apelación, de frente a la salvaguarda del principio de legalidad de la pena, la Corte se percata de que, luego de la vehemente solicitud de fallo sancionatorio que dicha funcionaria realizó durante su alegato final, acompañó la solicitud de la Fiscalía de imponer privación de la libertad en centro especializado, apelando para el efecto al principio de legalidad, en los siguientes términos. Así se expresó:

(...) Esta agente del Ministerio Público solicita al señor juez que al momento de imponer la sanción tenga en cuenta los artículos 152 de la Ley 1098 de 2006 que reitera el principio de legalidad ya reglado por el artículo 29 de nuestra Carta Política. En igual sentido, el artículo 187 de esa misma ley 1098 de 2006, conforme a la cual para este tipo de delitos, es decir, este tipo de delitos que tengan, que sean los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, no hay una facultad discrecional de imponer una cualquiera de las medidas sino esa, la reglada en el artículo 187 en razón de que hay norma expresa que establece la privación de la libertad como medida a imponer en este tipo de conductas. El

término de duración deberá ser establecido por usted señor juez teniendo en cuenta que adicionalmente el adolescente no hizo aceptación de los cargos que le fueran imputados y posteriormente fuera acusado.²⁸

Así las cosas, la Corte es del criterio que la Delegada del Ministerio Público estaba perfectamente habilitada para apelar el fallo de primera instancia, al advertir la lesión del principio de legalidad, en punto de la delimitación de la sanción imponible al sujeto infractor.

2. Sobre el tipo y cantidad de sanción imponible

2.1. Bien conocido es que la pena como manifestación del poder punitivo del Estado -ius puniendi-, está sometida, en su sentido más amplio, al principio de legalidad -nullum crimen nulla poena sine lege, sine praevio iudicio-, tanto en su confección legislativa como en su determinación judicial y ejecución.

Tal postulado, en tanto garantía límite contra todo abuso de poder por parte de la administración pública dentro del Estado democrático de derecho inhibe la imposición de cualquier pena o medida de seguridad si aquella no está precedida de la creación legal, en cabeza del órgano legislativo, de un tipo penal que describa en forma objetiva, determinada y precisa (principio de taxatividad o *lex certa*), el comportamiento prohibido y su consecuencia jurídica: privativa o no de la libertad (principio de reserva legal). No en vano, Claus Roxin afirma que «un estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal»²⁹.

El postulado de legalidad se constituye en una prerrogativa que salvaguarda a los ciudadanos de no ser castigados por el ilícito por el que se los investiga o juzga con una pena diversa a la señalada en la ley vigente al tiempo de la comisión de los hechos, salvo que, una norma posterior le resulte más benigna (axioma de favorabilidad).

Es así como el artículo 29 de la [Constitución Política](#), en sus incisos 2º y 3º, expresa que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y que, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

En similar sentido, los instrumentos internacionales consagran la obligación de respetar el principio de legalidad, como componente del debido proceso judicial y administrativo. Por ejemplo, el canon 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que ninguna persona puede ser condenada por actos u omisiones no delictivas al momento de ser ejecutados de acuerdo con las leyes nacionales o internacionales y que no se podrá imponer una pena más grave que la vigente al tiempo de la comisión del delito, e igual concepto acoge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el epígrafe dedicado al referido apotegma, aclarando eso sí que es viable la imposición de una pena menor cuando con posterioridad a la comisión del delito, la ley así lo dispone.

Esta previsión constitucional y supranacional, propende por que la aplicación de la ley sea previsible para su destinatario y protege al infractor penal de ser reprimido con sanciones no determinadas por el órgano legislativo con anterioridad a la perpetración del punible; concretamente, lo excluye de cualquier injerencia judicial que pretenda -a manera de legislador positivo- crear penas, cuyo fundamento sea la costumbre o la analogía -in malam partem-30.

En efecto, si el único instrumento orgánico de codificación normativa admitido por los conglomerados sociales modernos es el legislativo, es imposible dejar al vaivén del derecho consuetudinario la definición de los tipos penales y su respectiva punibilidad -nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta-.

2.2. La limitación que impone el principio de legalidad para la aplicación de normas de carácter sancionatorio -en punto de tipicidad y punibilidad-, no es ajena al sistema de

responsabilidad penal para adolescentes, creado a través de la Ley 1098 de 2006, sobre todo porque, sus destinatarios tienen una especial condición, la de ser menores de edad, la cual, como lo prevé el artículo 44 Superior, les confiere una protección reforzada.

En verdad, la posibilidad de elevar juicios de reproche y de aplicar sanciones a los menores de edad que vulneran la ley penal, obligatoriamente, debe pasar por el tamiz del postulado de legalidad del delito y de las penas, ya que no solo se trata de un régimen específico de investigación y juzgamiento que, por ende, está sometido al debido proceso sino que está inspirado en el interés superior del niño y en la función de reintegración del pequeño infractor a la sociedad.

Es así como, el principio de legalidad encuentra regulación precisa en el artículo 151 del Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que establece que ningún adolescente podrá ser investigado, acusado ni juzgado por acto u omisión que, al momento de la comisión del delito no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca.

Del mismo modo, el artículo 6° del mismo estatuto, relativo a las reglas de interpretación y aplicación, indica que siempre deberá aplicarse la norma más favorable al interés superior del adolescente.

Estas disposiciones encuentran su referente supranacional, de aplicación obligatoria en el ordenamiento interno por razón del bloque de constitucionalidad, en el precepto 40.a de la Convención sobre los Derechos del Niño -incorporada mediante la Ley 12 de 1991-, en el que se señala que los estados partes se comprometen a garantizar que «no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron».

2.3. De acuerdo con el artículo 177 de la Ley 1098 de 2006, los adolescentes son

susceptibles de ser sancionados con amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de libertad en centro de atención especializado, las cuales son aplicables por el juez atendiendo la naturaleza y gravedad de los hechos, los principios de proporcionalidad e idoneidad según las circunstancias y gravedad de los hechos; el contexto personal y las necesidades del adolescente y de la sociedad, la edad del adolescente, la aceptación de cargos por el adolescente y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el Juez y de las sanciones.

Particularmente, en torno a la privación de libertad en centro de atención especializado, el legislador previó esta sanción para casos de singular gravedad y frente a menores dentro de unos rangos de edad específicos y por términos igualmente precisos, según se trate de i) punibles cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión o ii) homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual; consagró al respecto que

(...) se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18) que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión.

En estos casos la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una duración desde un (1) año hasta cinco (5) años, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes.

La privación de libertad en Centro de Atención Especializada se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual.

En estos casos, la privación de libertad en centro de atención especializada tendrá una

duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

En los casos en que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad.

Parte de la sanción de privación de libertad podrá ser sustituida por cualquiera de las otras sanciones previstas en el artículo 177 de este Código por el tiempo que fije el juez. El incumplimiento de la sanción sustitutiva podrá acarrear la aplicación de la privación de la libertad impuesta inicialmente o la aplicación de otra medida. En ningún caso, la nueva sanción podrá ser mayor al tiempo de la sanción de privación de libertad inicialmente previsto.

Lo anterior significa que, el análisis a realizar para determinar el ámbito de punibilidad respecto de la pena de privación de libertad en centro de atención especializado implica verificar, en principio, si se trata de un delito cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión y ha sido cometido por adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18), caso en el cual la sanción tendrá una duración que va desde un (1) año hasta cinco (5) años, regla general que no tiene cabida si las conductas involucradas son homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y son ejecutadas por adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, porque en estos eventos concretos aplica la subregla específica según la cual la restricción de la libertad oscila entre dos (2) y ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas.

2.4. Ahora bien, aunque, en línea de principio, el postulado de legalidad obliga a que satisfechos los presupuestos legales recién enunciados, frente a conductas de especial

gravedad, se deba imponer la sanción de privación de libertad en centro de atención especializado, es lo cierto que recientemente, en salvaguarda de las finalidades protectora, educativa y restaurativa de las sanciones establecidas para los menores infractores en el sistema de responsabilidad penal de niños y adolescentes, la Corte flexibilizó el entendimiento de dicho axioma para efectos de la selección de la sanción imponible (CSJ SP, SP2159-2018, rad. 50313), al punto que avaló la imposición de penas menos aflictivas a las que en rigor fueron definidas en la Ley 1098 de 2006 y particularmente respecto de las privativas de la libertad, cuando quiera que la Fiscalía no haya solicitado durante el proceso la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad y atendiendo las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular.

Dijo, en esa oportunidad, esta Corporación:

3. Esta Sala sobre el particular ha señalado³¹ que si en virtud del principio de legalidad de la pena sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, la privación de la libertad en centro de atención especializada procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, es decir, cuando el delito por el cual se ha declarado la responsabilidad penal tenga prevista pena mínima de 6 o más años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 años y menor de 18 años de edad; o cuando, siendo mayor de 14 años y menor de 18, se le ha declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, sin perjuicio de que una vez cumplida parte de la sanción sea sustituida en función de las circunstancias y necesidades del adolescente, en los términos del inciso 6º del artículo 187 del referido estatuto.

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

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

(...)

4.4. Conforme a lo anterior, concluye la Corte:

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

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

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

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

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

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

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

centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187, indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

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

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala³², de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, “tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa” en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular.

Así pues, en desarrollo del internamiento preventivo reglado en el artículo 181 del mismo Estatuto “los adolescentes recibirán cuidados, protección y toda la asistencia social, educacional, profesional, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo, y características individuales”, de manera que de forma similar a la sanción de privación de la libertad, cumple respecto del adolescente las mismas finalidades de protección, educación y rehabilitación.

Procede el internamiento preventivo tratándose de delitos que el legislador dentro de su libertad de configuración normativa considera graves, caso en el cual corresponde a la Fiscalía solicitar se decrete tal medida cautelar como reacción frente a la conducta motivo del proceso, en cuanto se parte de la necesidad de ingresar al infractor al tratamiento propio

del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, conjugado con diversas medidas que no únicamente son de competencia de las autoridades judiciales sino de otras, entre ellas, el Gobierno Nacional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las alcaldías, desde luego, en el entendido que el tratamiento no queda circunscrito a la efectiva reclusión intramural.

Ahora, es claro que tratándose de decisiones sobre la privación de la libertad de los procesados, no corresponde al funcionario judicial inaplicar la ley contrariando su texto y propósito a partir de la compasión que pueda producirle un desacertado o falible sistema carcelario, pues en virtud del artículo 230 de la Constitución está sometido al imperio de la ley, pero lo que sí puede hacer es provocar la visibilización de tales anomalías para que el Estado y específicamente los responsables del sistema procedan a realizar las respectivas enmiendas e implementen los correspondientes correctivos, pues no puede negarse, por lo menos en Bogotá, el riesgo que no solo para los menores sino incluso para los jueces se presenta en los centros de reclusión.

Si la Fiscalía en este proceso no solicitó la referida medida de internamiento preventivo, ahora se rompería el principio de coherencia que debe gobernar el trámite si se dispusiera tardíamente la privación de libertad en establecimiento especializado, caso en el cual corresponde al juez efectuar un diagnóstico sobre tal aspecto, valorando que por voluntad del legislador corresponde al “último recurso” en el marco del sistema, junto con otras medidas.

6. Así las cosas, considera la Sala que en este asunto no procede la privación de la libertad del procesado, pero no por las razones aducidas por el Tribunal, sino porque de acuerdo a lo dispuesto por el legislador y que se aplica por regla general, no le fue impuesta a instancia de la Fiscalía medida de internamiento preventivo y ni siquiera la Juez de control de garantías accedió a librar la captura solicitada por la Fiscalía, pues en audiencia del 3 de noviembre de 2015 consideró que casi 3 años después de los hechos el ente acusador se había dado cuenta de su urgencia y del peligro que representaba el procesado para la

comunidad, sin acreditarlo.

En tales circunstancias, se fracturaría la coherencia propia del sistema si 6 años después de la comisión de los hechos, cuando el procesado tiene más de 21 años se dispone la privación de su libertad, que como se advirtió en la normativa nacional e internacional debe tener el carácter de “último recurso”, quedando reducido su alcance al simple y llano componente retributivo, ajeno a las funciones de las sanciones en el Código de Infancia y Adolescencia.

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

También debe tenerse en cuenta que si el acusado nació el 13 de noviembre de 1995, para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21 años y en la actualidad tiene más de 22, además de que en el informe psicosocial elaborado por la Defensoría de Familia se indicó que desde el año 2012 se radicó en Duitama, convive con una adolescente de 17 años, tiene buena relación de pareja basada en el respeto y la solidaridad y la dinámica familiar gira en torno a la búsqueda de oportunidades laborales, sin que se tenga noticia de la comisión de nuevos delitos.

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

Resta señalar que el procesado deberá suscribir la correspondiente acta de compromiso acerca de someterse a las reglas de conducta impuestas por el Tribunal y corresponderá al juez que vigile la ejecución de la sanción verificar su cumplimiento y a partir de ello, ponderar en concreto si resulta aconsejable o no hacer efectiva la privación de la libertad en centro de atención especializada u otra medida dispuesta por el legislador.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal no será casada, pues por las razones expuestas no es viable en este asunto imponer al acusado privación de libertad en centro de atención especializada.

2.5. En el supuesto de la especie, de entrada, la Sala observa que en un apartado introductorio de la sentencia impugnada el Tribunal erró al señalar que el delito por el que se procede es el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, descrito en el artículo 208 del Código Penal –con la modificación introducida por el canon 5 de la Ley 1236 de 2008–, bajo la circunstancia de agravación específica, consagrada en el numeral 4º del precepto 211 ibidem³³, toda vez que, no solo, no fue objeto de la imputación o la acusación y, en ese orden, no podía ser deducida por la judicatura sin quebrantar el principio de congruencia, sino que, como bien lo hace ver el demandante, la imputación de esta circunstancia intensificadora del tipo vulnera el axioma de non bis in idem, respecto al ingrediente normativo relativo a la edad (14 años).

En efecto, mediante sentencia CC C-521 de 2009 se declaró la exequibilidad condicionada

de dicho precepto, en el sentido que no cabe su aplicación frente a los delitos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, en protección del principio de dicho postulado.

Sin embargo, es manifiesto que el mencionado yerro carece de trascendencia, habida cuenta que, no obstante haber sido atribuido en el acápite del fallo de segundo grado dedicado al delito imputado, no lo fue en el resto de la providencia en la que claramente se hizo referencia a la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, sin la agravante, consideración que, igualmente, se vio reflejada al momento de dosificar la sanción, toda vez que, como bien lo razonan los delegados de la Fiscalía y la Procuraduría, de forma fidedigna se expresó que dicho punible está sancionado con pena que va de 12 a 20 años³⁴, quantum que corresponde, en efecto, al del referido ilícito en su modalidad simple, lo cual descarta la alegada vulneración del postulado que prohíbe la doble incriminación.

El error del fallo demandado -infracción directa de la ley sustancial por aplicación indebida y exclusión evidente de la ley sustancial- consistió, en cambio, en asignarle a ese comportamiento delictivo -acceso carnal abusivo con menor de catorce años (simple)- una consecuencia jurídica que no le era inmanente, concretamente, la señalada en el inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1098 de 2016 (2 a 8 años de privación de la libertad en centro especializado), siendo que, en estricto rigor, ha debido aplicarse la señalada en el inciso 2º ibidem que va de 1 a 5 años, en tanto se trata de una conducta contra la integridad y formación sexual no agravada, que se encuentra sancionada en el artículo 208 del Código Penal, con pena que fluctúa entre 12 y 20 años, es decir, que es superior a los 6 años de que habla el inciso 1º del mentado precepto 187.

Ahora, para delimitar el monto de sanción que dentro de este nuevo guarismo procede imponer, corresponde acudir al principio de proporcionalidad y remitirse al criterio plasmado por el Tribunal -que le sirvió para disponer una pena de 3 años -entre 2 y 8 años-, parámetro que involucró la gravedad de la conducta, la corta edad de la víctima, el

resultado negativo de los informes sociofamiliar y psicológico, la necesidad de cumplir con las finalidades educativa o pedagógica y el principio de prevención general.

Bajo esa perspectiva y teniendo como base los límites punitivos que van de 1 a 5 años corresponde casar parcialmente el fallo impugnado para restablecer la vigencia del principio de legalidad e imponer 1.66 años (1 año, 7 meses y 28 días) de privación de la libertad en centro especializado, que equivale a un incremento del 16.66% sobre la pena mínima³⁵, en cambio de los 3 años que había deducido la colegiatura.

2.6. Finalmente, es indispensable precisar que, en este caso, no es posible aplicar el precedente jurisprudencial (CSJ SP2159-2018, rad. 50313) que permite seleccionar, entre las sanciones contempladas en el artículo 177 de la Ley 1098 de 2016, una diversa –más benigna- a la específicamente prevista según el tipo de delito y la edad del infractor, en aquellos eventos en los que dadas las particularidades del caso (solicitud de medida de aseguramiento restrictiva de la libertad por parte de la Fiscalía y circunstancias del adolescente que indiquen su compromiso y el de su familia en el proceso de resocialización, educación y protección), habida cuenta que, no se identifica ninguno de esos presupuestos, como para que fuera viable ratificar las sanciones de libertad vigilada y reglas de conducta deducidas por el juez de primer nivel.

En efecto, como lo advirtió el Tribunal, pese a que la medida de internamiento consistente en detención domiciliaria, la cual fue solicitada por la Fiscalía, por considerarla proporcional, idónea y necesaria, fue concedida bajo la consideración de que el adolescente formalizara su ingreso al sistema escolar, los informes sociofamiliar y psicológico allegados a la actuación dieron cuenta de que no se cumplió con ese cometido, así como evidenciaron las deficiencias en el control y apoyo parental del menor.

Estas fueron las reflexiones del ad quem que sirvieron para justificar la imposición de la privación de la libertad en centro especializado:

Ahora, los hechos por los que se procede son de una gravedad extrema, habida cuenta de que (sic) se trata de un acceso carnal respecto a una víctima que tan solo contaba con 4 años, mientras que el enjuiciado nació el 7 de diciembre de 1999, o sea que tenía 16 años (folios 88 y 89).

Por otro lado, atendiendo al Informe SOCIOFAMILIAR, rendido por la trabajadora social, ROCÍO OLMOS GOES, el 18 de mayo del cursante (folio 273) JORGE ARMANDO RUIZ PÉREZ estaba cursando 11º de Educación Básica Secundaria, más cuando el joven ingresa al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, “no se encuentra vinculado al sistema educativo”, pese [a] que al imponérsele la medida preventiva de detención domiciliaria se le concedió permiso para realizar estudios. El ambiente por su mal proceder es conflictivo.

“La figura de la autoridad es totalmente ausente y sus progenitores no ejercen el rol de padres de manera asertiva.”

“La familia fue orientada en formación, concertación, diálogo, implementación del amor y de la autoridad con el adolescente con el fin de que se corrija todo lo erróneo y pueda el joven retomar el buen camino para la construcción de su proyecto de vida”.

Adicionalmente, a folio 268 obra informe psicológico de mayo 19 de 2017 en el que la profesional CATALINA CORONEL CHARRIS concluye; “Evidencia marcada baja autoestima por lo que es necesario trabajar con las características de su personalidad para el fortalecimiento de su autoestima, teniendo en cuenta que estas son indispensables para la construcción de su futuro y de las relaciones interpersonales apropiadas dentro de su entorno”... recomienda: “seguir trabajando con la familia desde el área de psicología y trabajo social en referencia al establecimiento de una dinámica familiar para brindar herramientas necesarias al joven.

Orientación para la ejecución de metas y logros para la construcción de su proyecto de vida,

motivándolo para la continuidad de sus estudios de universidad”. Así mismo, “realizar trabajo de intervención para el fortalecimiento de su asertividad y autoestima, ayudándolo a ser más espontáneo al momento de tomar sus propias decisiones.

El joven no tiene antecedentes según la identificación e individualización realizada por la Policía Nacional de Infancia y adolescencia (folio 88)

Por lo tanto, a juicio del Tribunal, la finalidad educativa o pedagógica que la Ley 1098 de 2006 le asigna a las sanciones establecidas para adolescentes no puede entenderse haciendo abstracción de la prevención, puesto que en últimas lo que se pretende es que el menor no vuelva a incursionar en conductas delictivas.

En ese orden de ideas, siendo grave la conducta; necesitando el acusado de procesos educativos tendientes a que aprenda a seguir normas, que no le impondrá su padre ausente y la madre permisiva; tratándose de un adolescente en su momento próximo a adquirir la mayoría de edad y siendo tan sentida la necesidad de prevenir hechos graves como los cometidos por el procesado desocupado, pues no continu[ó] con sus estudios, juzga la Sala como sanción razonable, proporcionada e idónea la de 3 años de privación de la libertad en centro de atención especializada, que en este caso sería el OASIS, tiempo del que, obviamente, en su oportunidad, se descontará el período de internamiento preventivo. (...)».³⁶

En este orden de ideas, la Corte considera que no hay lugar a modificar el tipo de sanción escogido por el Tribunal.

No obstante lo anterior, como quiera que la Corte advierte que el adolescente J.A.R.P. ha permanecido en detención domiciliaria desde que le fue impuesta el 10 de junio de 2016, y a la fecha, como consecuencia de la reducción punitiva aquí dispuesta, el tiempo de reclusión supera el señalado en esta providencia, se dispondrá la inmediata libertad del acusado, por pena cumplida.

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

RESUELVE

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2017 de la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Barranquilla, en el sentido de fijar la sanción de privación de la libertad en centro especializado en 1 año, 7 meses y 28 días, impuesta al joven J.A.R.P.

En lo demás, el fallo permanece incólume.

Segundo. Disponer la libertad de J.A.R.P., por pena cumplida, exclusivamente, por razón de esta causa.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

EYDER PATIÑO CABRERA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se omiten sus nombres completos para preservar el derecho a la intimidad. [Cita consignada en el texto transcrito].

2 Cfr. folio 20 del cuaderno del Tribunal.

3 Cfr. folio 3 del cuaderno principal.

4 Cfr. folio 10 ibidem.

5 Cfr. folios 252-255 ibidem.

6 Cfr. folio 25 ibidem.

7 Cfr. folio 36 ibidem.

8 Cfr. folio 85 ibidem.

9 Cfr. folios 167-168 ibidem.

10 Cfr. folio 190 ibidem.

11 Cfr. folio 224 ibidem.

12 Cfr. folio 280 ibidem.

13 Cfr. folios 274-280

14 Cfr. folio 280 ibidem.

15 Cfr. folios 283-286 y 287-302 ibidem.

16 Cfr. folios 26-31 del cuaderno del recurso de queja.

17 Cfr. folios 20-31 del cuaderno del Tribunal.

18 Cfr. folio 35 ibidem.

19 Cfr. folios 41-59 ibidem.

20 Cfr. folios 7-30 del cuaderno de la Corte.

21 Cfr. folios 58-59 ibidem.

22 Cfr. folio 55 ibidem.

23 Cfr. folio 59 ibidem.

24 Ampla explicación sobre el concepto de discriminación positiva puede verse en las sentencias C-174 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis), C-227 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda. SV. Rodrigo Escobar Gil), C-169 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz), C-964 de 2003 (MP. Álvaro Tafur Galvis) y C-044 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería).

25 Sentencias que analizan el criterio de edad para justificar el trato diferente, entre otras, se encuentran: C-071 de 1993 (MP. Alejandro Martínez Caballero. SV. Fabio Morón Díaz, Jaime Sanín Greiffenstein y Simón Rodríguez Rodríguez), C-227 de 2004 (MP. Manuel José Cepeda. SV. Rodrigo Escobar Gil) y C-247 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis).

26 Algo semejante se observa respecto de la facultad reconocida en el artículo 294 del C.P.P., cuya constitucionalidad se estudió en la sentencia C-806 de

2008, en donde se determinó que si bien lo usual es que la Fiscalía General de la Nación le solicite al juez de conocimiento decretar la preclusión de la investigación, esta disposición regula un supuesto excepcional, “consistente en que, ante una omisión grave del órgano de investigación, la defensa o el Ministerio Público quedan facultados para solicitarle al juez decretar la preclusión de la investigación pasados sesenta (60) días de la audiencia de imputación de cargos, sin que exista formulación de una acusación”. Se trata de una facultad reconocida a la defensa y al Ministerio público, que a su vez permite al juez ejercer también la facultad, que no obligación, de declarar la preclusión de la investigación pasados sesenta (60) días, siempre y cuando se presente o no alguna de las causales legales que justifiquen tal decisión.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de mayo de 2009, Proceso No 30782.

28 Cfr. minutos 01:41:30-01:43:00 del cd contentivo de la sesión del 15 de junio de 2017.

29 ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, 1997, p. 137.

30 En este sentido, consultar Ortiz Quiroga, Luis; Arévalo Cunish, Javier. Las consecuencias jurídicas del delito. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2013. p. 62

31 CSJ SP, 15 feb. 2017. Rad. 48513, CSJ SP, 9 mar. 2016. Rad. 46614 y CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

32 CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

33 Cfr. folio 24 del cuaderno del Tribunal.

34 Cfr. folio 28 del cuaderno del Tribunal.

35 En un rango de 6 años (8 años (-) 2 años) la pena de 3 años equivale al 16.66%, luego, en un ámbito de 4 años (5 años (-) 1 año), esos 16.66% arroja 0.66 años, que sumados al año del límite punitivo mínimo da un valor de 1.66 años.

36 Cfr. folios 29-30 del cuaderno del Tribunal.