

I. Texto del Decreto 546 de catorce de abril de 2020*

«Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica».

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y el Decreto Ley 417 del 17 de marzo de 2020 «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional», y

CONSIDERANDO:

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 *ibídem*, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del Coronavirus COVID-19.

* El Decreto aparece en el *Diario Oficial* N.º 51.285 de catorce de abril de 2020, pp. 5-13.

Que dentro de las razones generales tenidas en cuenta para la adopción de dicha medida, se incluyeron las siguientes:

Que el 7 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (o en adelante OMS) identificó el Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por Coronavirus COVID-19 en el territorio nacional.

Que el 9 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud solicitó a los países la adopción de medidas prematuras, con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus.

Que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote de enfermedad por coronavirus COVID-19 como una pandemia, esencialmente por la velocidad de su propagación y la escala de transmisión, puesto que a esa fecha se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países, y que, a lo largo de esas últimas dos semanas, el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes.

Que según la OMS, la pandemia del Coronavirus COVID-19, es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.

Que mediante la Resolución 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena por 14 días de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en consecuencia, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del Coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote del Coronavirus COVID-19, hasta configurar una pandemia, representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá estar exenta.

Que la expansión en el territorio nacional del brote de enfermedad por el Coronavirus COVID-19, cuyo crecimiento exponencial es imprevisible, sumado a los efectos económicos negativos que se han venido evidenciando, es un hecho que, además de ser una grave ca-

labilidad pública, constituye en una grave afectación al orden económico y social del país, que justificó la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril, 2.776 personas contagiadas al 12 de abril y ciento nueve (109) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 12 de abril de 2020 109 muertes y 2.776 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.186), Cundinamarca (112), Antioquia (260), Valle del Cauca (489), Bolívar (123), Atlántico (88), Magdalena (61), Cesar (32), Norte de Santander (43), Santander (29), Cauca (19), Caldas (34), Risaralda (60), Quindío (47), Huila (52), Tolima (23), Meta (21), Casanare (7), San Andrés y Providencia (5), Nariño (38), Boyacá (31), Córdoba (13), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET¹ señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m. CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 12.783 fallecidos, (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1.353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.436.198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85.521 fallecidos, (vi) en el

reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.521.252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92.798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.610.909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99.690 muertes, y (vii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,696,588 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 105.952 fallecidos.

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, en reporte de fecha 12 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, -hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1.773.088 casos, 111.652 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19».

Que el artículo 47 de la Ley estatutaria 137 de 1994 faculta al Gobierno nacional para que, en virtud de la declaración del Estado de Emergencia, pueda dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, siempre que (i) dichos decretos se refieran a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado, (ii) su finalidad esté encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (iii) las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente, y (iv) cuando se trate de decretos legislativos que suspendan leyes se expresen las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

Que el artículo 49 de la Constitución Política, consagra que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y se debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Que la Ley 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud y dispone, en el artículo 5, que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo de este derecho fundamental, como uno de los elementos esenciales del Estado Social de Derecho.

Que el máximo Tribunal Constitucional Colombiano en las sentencias T-111 de 1993, T-576 de 1994, T-409 de 1995, T-1585 de 2000, T-310 de 2005, entre otros pronunciamientos, ha considerado el derecho a la salud en conexidad con la vida como un derecho fundamental. En ese sentido, el alto tribunal en la sentencia T-499 de 1995 ha afirmado que: «[...] en la protección del derecho a la salud existe una esfera o ámbito que se vincula con el derecho a la vida y, por lo tanto, bajo este aspecto se le reconoce como un derecho fundamental [...] sin perder su esencia, el derecho a la vida encierra aspectos colaterales y elementos afines que no pueden confundirse con la pura supervivencia y que deben ser asegurados por el Estado en procura de la dignidad humana. Por eso supone la integridad física y moral, la atención de necesidades primarias y la preservación de un ambiente sano y, por supuesto, los elementales cuidados de la salud en cuanto condición necesaria de subsistencia»

Que de acuerdo con la guía «Vigilancia global del COVID-19 causado por infección humana de coronavirus COVID-19» publicada por la OMS, existe suficiente evidencia para indicar que la enfermedad coronavirus COVID-19, se transmite de persona a persona y su sintomatología suele ser inespecífica, con fiebre, escalofríos y dolor muscular, pero puede desencadenar en una neumonía grave e incluso la muerte, sin que a la fecha exista un tratamiento o vacuna para hacer frente al virus.

Que el Director General de la Organización Mundial de la Salud, en rueda de prensa del 13 de marzo de 2020, manifestó que para evitar el contagio de la enfermedad coronavirus COVID-19, se requiere de una estrategia integral, la cual incluye una higiene permanente de manos, así como el distanciamiento social y el aislamiento, lo que se reitera en las guías técnicas de la OMS para el nuevo coronavirus, particularmente, en las publicaciones de preparación crítica y acciones de alistamiento y respuesta, prevención y control de la infección, puntos de entrada y reuniones masivas, entre otros.

Que el día nueve (9) de marzo de 2020, el Director General de la OMS en su alocución de apertura para rueda de prensa, recomendó en relación con la enfermedad coronavirus COVID-19, que los países adapten sus respuestas ante esta situación de acuerdo con el escenario en que se encontrare cada uno. Asimismo, invocó la adopción preventiva de medidas con el propósito de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus para lo cual los países sin casos, con casos esporádicos y aquellos con casos agrupados, deben centrarse en encontrar, probar, tratar y aislar casos individuales y hacer seguimiento a sus contactos.

Que con ocasión de la declaración de la Emergencia Sanitaria establecida en la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se deben adoptar medidas adicionales en materia de prevención y contención de la enfermedad coronavirus COVID-19, y, en procura de lo anterior, es tarea del Estado proteger especialmente a aquellas personas que se encontraren en condición de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Carta Política

Que el Presidente de la República de Colombia, mediante el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el aislamiento preventivo total a partir de las 23:59 horas del martes 24 de marzo de 2020 hasta el día lunes trece de abril de 2020 a las 0:00 horas.

Que el Presidente de la República de Colombia, mediante el Decreto 531 del ocho de abril de 2020, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID- 19.

Que el artículo 2, numeral 5 del Decreto 1427 de 2017, señala que el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene dentro de sus funciones diseñar, hacer seguimiento y evaluar la política en materia criminal, carcelaria y penitenciaria.

Que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– mediante comunicación de fecha 14 de abril de 2020 señaló que «[...] de acuerdo con los datos históricos y comportamiento de la última década muestra que a pesar de los importantes esfuerzos institucionales y presupuestales, la política de ampliación de cupos ha sido insuficiente para conjurar la crisis del sistema penitenciario y carcelario, toda vez que si bien es cierto que en el lapso comprendido entre los años 2010 a febrero de 2020, la capacidad de los establecimientos de reclusión a cargo del INPEC se ha incrementado y ha pasado de tener 67.965 cupos a un total de 80.763, también lo es que la población privada de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios ha crecido de 84.444 a 120.667».

Que, de igual forma, el INPEC en la referida comunicación de fecha 14 de abril de 2020 mediante datos del aplicativo misional SISIPEC WEB sostiene que: «[...] de las 120.667 personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios, un total de 112.272 son hombres y 8.395 son mujeres. Asimismo, de ese total, 36.240 personas están sometidas a medida de aseguramiento de detención preventiva y 84.427 cumplen la ejecución de la pena en establecimientos carcelarios y penitenciarios».

Que la honorable Corte Constitucional, tras la verificación de la constante vulneración de los derechos a la población privada de la libertad y el aumento en los índices de hacinamiento dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, profirió las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015, y el Auto 121 de 2018, por medio de los cuales reitera el Estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario e indica cuáles serían las acciones necesarias a implementar de cara a mitigar la grave situación de derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Que, así mismo, la honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa al señalar la necesidad de construir una política criminal que aplique la excepcionalidad de la medida preventiva de aseguramiento, así en la sentencia T- 762 de 2015 exhortó al Congreso de la República, al Gobierno Nacional y a la Fiscalía General de la Nación a promover la creación, implementación y/o ejecución de un sistema amplio de penas y medidas de aseguramiento alternativas a la privación de la libertad.

Que de conformidad con el artículo 104 del Código Penitenciario y Carcelario al Estado le asiste responsabilidad respecto de la garantía de los derechos humanos de la población privada de la libertad, entre ellos el derecho fundamental a la salud.

Que el actual confinamiento convierte a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de transmisión significativa de la enfermedad coronavirus COVID-19, lo que puede poner en riesgo el Estado de salud de todas las personas que interactúan en dicho entorno.

Que en los establecimientos penitenciarios y carcelarios las reglas básicas para la prevención como lo son: lavarse las manos frecuentemente, limpiar regularmente determinadas superficies y mantener al menos un metro de distancia entre las demás personas, son di-

fíciles de implementar, más aún cuando el virus tiene una alta probabilidad de permanecer en las superficies, lo cual facilita su expansión.

Que debido a la concentración de personal en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, se hace necesario implementar normas inmediatas, de carácter apremiante, para evitar el contagio y la propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19 dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país, por lo cual resulta pertinente conceder la detención domiciliaría y la prisión domiciliaria transitorias a personas que pertenezcan a los grupos poblacionales con mayor vulnerabilidad, como los adultos mayores, las mujeres en estado de embarazo y personas con enfermedades crónicas, entre otras.

Que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en su comunicado de prensa 66/20 de 31 de marzo de 2020, urgió a los Estados a enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas inmediatas para garantizar la salud y la integridad de esta población frente a los efectos de la enfermedad coronavirus COVID-19, instando particularmente a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la pandemia.

Que, en virtud de lo anterior, la CIDH mediante comunicado de prensa N.º 66120 de 31 de marzo de 2020, reconoció que el contexto actual de emergencia sanitaria y los altos niveles de hacinamiento, pueden significar un mayor riesgo ante el avance del virus, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad al interior de las unidades de privación de la libertad.

Que de acuerdo con lo expuesto, la CIDH recomendó a los Estados de la región adoptar medidas como la evaluación de manera prioritaria de la posibilidad de «[...] otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas», así como la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud.

Que el 25 de marzo de 2020 en comunicación dirigida a los gobiernos, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sostuvo que: «El COVID-19 ha empezado a propagarse en las prisiones, las cárceles y los centros de detención de migrantes, así como en hospicios y hospitales psiquiátricos, y existe el riesgo de que arrase con las personas reclusas en esas instituciones, que se encuentran en situación de extrema vulnerabilidad».

Que, en ese sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos afirmó: «En muchos países, los centros de reclusión están atestados y en algunos casos lo están de manera peligrosa. A menudo los internos se encuentran en condiciones higiénicas deplorables y los servicios de salud suelen ser deficientes o inexistentes. En

esas condiciones, el distanciamiento físico y el autoaislamiento resultan prácticamente imposibles».

Que la honorable Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, por medio de Auto de fecha 24 de marzo de 2020, solicitó al Ministerio de Justicia y del Derecho: «[...] información sobre las medidas implementadas para disminuir el riesgo de contagio de COVID-19, así como de las estrategias para mitigar sus efectos en los establecimientos de reclusión en el país».

Que al respecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho, como cabeza del Sector, articulado con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC–, siguiendo las directrices expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social frente a los riesgos de contagio y propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19, ha emitido directivas, circulares, instructivos y procedimientos dirigidos tanto al personal que labora dentro de los establecimientos, personal de custodia y vigilancia, personal administrativo y personal prestador del servicio de salud, como a las personas privadas de la libertad, con el fin de orientar las acciones para prevenir y detectar oportunamente los riesgos de contagio y propagación del COVID-19.

Que de conformidad con lo anterior, se expidió la directiva número 004 del 11 de marzo de 2020 mediante la cual el INPEC desarrolla instrucciones para la prevención e implementación de medidas de control ante casos probables y confirmados de la enfermedad coronavirus COVID-19.

Que el INPEC también expidió la Resolución número 001144 del 22 de marzo de 2020, mediante la cual se declaró el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional, con el fin de superar la crisis de salud al interior de estos.

Que el INPEC, por medio de la Resolución 01274 de 2020, declaró la urgencia manifiesta, con miras a desarrollar el traslado presupuestal, acudir al procedimiento de contratación directa y así adquirir los bienes y servicios que sean necesarios para atender y mitigar la emergencia, garantizar la salud de la población privada de la libertad y mantener el orden público al interior de los establecimientos.

Que el INPEC, mediante el oficio N.º 20201E00572S6 de 31 de marzo de 2020, presentó la guía de orientación para prevenir casos de infección y el manejo de los posibles casos de la enfermedad coronavirus COVID-19, al interior de los establecimientos carcelarios.

Que en tal sentido, las medidas que se adoptan en el presente Decreto Legislativo, pretenden complementar las múltiples acciones desarrolladas de forma oportuna por el sector Justicia y del Derecho, con el fin de combatir, prevenir y mitigar el riesgo de propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19.

Que en virtud de las anteriores consideraciones, es menester adoptar medidas dirigidas a los sectores de la población privada de la libertad más vulnerables frente a la enfermedad coronavirus COVID-19.

Que la Organización Mundial de la Salud, en la guía provisional de 15 de marzo, denominada: «Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención», afirma que alrededor de uno de cada cinco personas con la enfermedad coronavirus COVID-19 se enferman gravemente y desarrolla cuadros respiratorios de cuidado clínico. Los adultos mayores y aquellos con problemas médicos subyacentes, como presión arterial alta, problemas cardíacos o diabetes, son más propensos a desarrollar enfermedades graves.

Que, en consecuencia, ante la manifiesta gravedad de la crisis, es imperioso proteger la salud de las personas mayores de 60 años a través de las disposiciones que contiene este Decreto Legislativo, teniendo en cuenta, en todo caso, las exclusiones a que haya lugar.

Que de acuerdo con la Resolución 65-229 del 16 de marzo de 2011 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprueba las Reglas de Bangkok, las mujeres privadas de la libertad se encuentran en el grupo poblacional cuyas condiciones de vulnerabilidad imponen la necesidad de dar un manejo penitenciario diferencial a esta población.

Que en el caso de las mujeres embarazadas, según los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades –CDC–, «han tenido un mayor riesgo de enfermarse gravemente al infectarse con virus de la misma familia que el COVID-19 y otras infecciones respiratorias virales, como la influenza». Según lo dicen los expertos de la salud, «siempre es fundamental que las mujeres embarazadas se protejan de las enfermedades», y esto incluye la situación pandémica por la enfermedad coronavirus COVID 19.

Que, la honorable Corte Constitucional en la sentencia C-262 de 2016 afirmó que el interés superior del niño: «implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado».

Que de acuerdo con los lineamientos emanados de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho, de fecha 30 de marzo de 2020, es necesario en el contexto de emergencia de salud que se atraviesa, adoptar medidas como las que dispone el presente Decreto Legislativo, en aquellos casos en los cuales los niños conviven con sus madres en los diferentes sitios de reclusión, en cumplimiento del mandato constitucional.

Que este contexto, las disposiciones de las reglas de Bangkok señalan: «Debe hacerse todo esfuerzo que sea necesario para mantener a mujeres embarazadas y mujeres con niños pequeños, fuera de la cárcel, cuando sea posible y apropiado, aunque teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y el riesgo para la sociedad». En esta línea, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, determinó que «el uso de la prisión para determinadas categorías de delincuentes, como las mujeres embarazadas o madres con bebés o niños pequeños, debe ser limitado y debe

realizarse un esfuerzo especial por evitar el uso prolongado de prisión como sanción para estas categorías».

Que en materia de discapacidad, la Ley 1346 de 2009 aprobó la convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas y reglamentada por la Ley Estatutaria 1618 de 2013, desde donde se dispone, que: «las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud».

Que en este marco, la discapacidad se entiende como: «Un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás..., las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva [...]».

Que la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el 17 de marzo de 2020, señaló que: «Las medidas de contención, como el distanciamiento social y el aislamiento personal, pueden ser imposibles para quienes requieren apoyo para comer, vestirse o ducharse»; y agrega: «Este apoyo es básico para su supervivencia, y los Estados deben tomar medidas adicionales de protección social para garantizar la continuidad de los apoyos de una manera segura a lo largo de la crisis».

Que la Organización Mundial de la Salud, en el documento «Consideraciones relativas a la discapacidad durante el brote de COVID-19», señala que las personas con discapacidad pueden correr un riesgo mayor de contraer COVID-19 debido a factores como los siguientes: obstáculos para emplear algunas medidas básicas de higiene, como el lavado de las manos y dificultades para mantener el distanciamiento social debido al apoyo adicional que necesitan.

Que para la Organización Mundial de la Salud existen grupos de mayor riesgo frente al COVID-19. Alrededor de 1 de cada 5 personas presenta una manifestación grave de los síntomas de la enfermedad y requerirá apoyo especializado para preservar la vida. En este grupo se encuentran aquellas personas con problemas médicos subyacentes.

Que la Organización Mundial de la Salud en el Reporte de Situación N.º 51 del 11 de marzo de 2020, afirma que: «El virus que causa el COVID-19 infecta a personas de todas las edades. Sin embargo, la evidencia hasta la fecha sugiere que dos grupos de personas corren un mayor riesgo de contraer la enfermedad grave de COVID-19. Estas son, adultos mayores (es decir, personas mayores de 60 años); y aquellos con afecciones médicas subyacentes (como enfermedades cardiovasculares, diabetes, enfermedades respiratorias crónicas y cáncer)».

Que en posteriores reportes de situación del coronavirus COVID-19, incluido el Reporte N.º 83 de 12 de abril de 2020, la Organización Mundial de la Salud, insiste en que el riesgo de enfermedad puede aumentar gradualmente en relación con los adultos mayores y con personas en condición de enfermedad médica preexistente: «Para la mayoría de las personas, la infección por COVID-19 causará una enfermedad leve, sin embargo, puede enfermar gravemente a algunas personas y, en algunos casos, puede ser fatal. Las personas mayores, y aquellos con afecciones médicas preexistentes (como enfermedades cardiovasculares, enfermedades respiratorias crónicas o diabetes) están en riesgo de enfermedad grave».

Que de conformidad con los lineamientos emanados de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, resulta necesario adoptar medidas adicionales a las referidas a las personas en especial situación de vulnerabilidad, con la finalidad de disminuir el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19.

Que, como lo afirmó la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: «En muchos países, los centros de reclusión están atestados y en algunos casos lo están de manera peligrosa. A menudo los internos se encuentran en condiciones higiénicas deplorables y los servicios de salud suelen ser deficientes o inexistentes. En esas condiciones, el distanciamiento físico y el autoaislamiento resultan prácticamente imposibles».

Que la honorable Corte Constitucional en el Auto 121 de 2018, sostiene que: «Los problemas de hacinamiento y salubridad, la falta de provisión y tratamiento de agua potable, la mala alimentación, la falta de baterías sanitarias y duchas, así como la falta de dotación mínima de elementos de aseo y descanso nocturno, constituyen causas permanentes de enfermedades y complicaciones de salud de los internos».

Que para la adopción de las medidas de detención y prisión domiciliaria, tal y como lo sostienen los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, es necesario tener en cuenta, por un lado, el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad y, por el otro lado, el bien jurídico lesionado, la gravedad de la conducta, la duración de la pena privativa de la libertad, el peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, la magnitud del daño causado a las personas y a la comunidad.

Que de conformidad con los lineamientos mencionados, los delitos culposos, por representar un menor grado de injusto y de culpabilidad, constituyen comportamientos que, en el ámbito de las diversas modalidades de la conducta punible, hacen parte de las de menor gravedad, lo cual permite que los fines de la pena o de la medida de aseguramiento, dadas las condiciones de emergencia, se puedan cumplir en su lugar de residencia.

Que de conformidad con los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, en virtud de las precisas circunstancias actuales, otra vía para mitigar los efectos de la pandemia de la enfermedad coronavirus COVID-19, es otorgar la prisión domiciliaria cuando la persona condenada haya cumplido el 40% de la pena o cuando se trate de condenas de hasta cinco (5) años de prisión, para delitos que no representen especial gravedad.

Que el Código Penal vigente, en el artículo 38G, determina para la procedencia de la prisión domiciliaria, entre otros requisitos, haber cumplido la mitad de la pena, excepto en los casos allí mencionados.

Que de conformidad con los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, dadas las actuales condiciones de emergencia, sumadas a los altos índices de hacinamiento que hacen propenso el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19, es razonable reducir al 40% el cumplimiento de la pena para la concesión de la prisión domiciliaria, con un régimen de exclusiones riguroso, en todo caso diferente y especial.

Que, así mismo, la presunción de inocencia, piedra angular del debido proceso, acompaña al sujeto pasible de la acción penal, hasta tanto no se haya proferido sentencia condenatoria y la misma quede en firme tal como lo dispone la honorable Corte Constitucional en las sentencias C-205 de 2003, T-827 de 2005, T-331 de 2007, C-342 de 2017, entre otras.

Que en virtud de lo anterior y de conformidad con los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, es viable, con miras a mitigar el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19, sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por detención domiciliaria, frente a algunos delitos que no sean de mayor gravedad y en relación con personas cuya presunción de inocencia se mantiene indemne.

Que, de conformidad con los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, las medidas adoptadas deben excluir a quienes estén incurso en comportamientos especialmente graves.

Que la Constitución Política de Colombia en los artículos 44 y 45, contempla los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, haciendo énfasis en su protección respecto de: «[...] toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos», entre otros fenómenos o situaciones que ponen en riesgo su vida e integridad. En esta misma línea, se establece la obligación del Estado, la sociedad y la familia respecto de la protección integral, la prevalencia de derechos y la garantía de éstos de conformidad con el interés superior del niño.

Que, de manera expresa, el artículo 199 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, establece la prohibición de beneficios penales y mecanismos sustitutivos cuando se trata de los delitos de homicidio o lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, criterio normativo que debe acatarse respecto de la adopción de medidas que se dirijan a la población privada de la libertad, en razón de la declaratoria de emergencia por la enfermedad coronavirus COVID-19.

Que la exclusión del acceso a las medidas dispuestas en el presente Decreto Legislativo obedece a la protección especial, de rango constitucional, de la cual son titulares los ni-

ños, niñas y adolescentes, en el entendido de que sus derechos fundamentales y su interés superior son prevalentes, como lo señalan las sentencias T- 075 de 2013 al indicar que «los niños [son] sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les conciernan»; las sentencias C-313 de 2014 y C-258 de 2015, que exponen las características de dicho interés superior y mencionan que este obedece a «la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor»; o la sentencia T-718 de 2015 que señala como fin del Estado «el diseño de políticas especiales de protección para alcanzar la efectividad de los derechos y garantías que les asisten como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico que irradia todo el ordenamiento».

Que igualmente, la honorable Corte Constitucional ha definido el feminicidio como un acto de extrema violencia, que se presenta en un contexto material de sometimiento, sujeción y discriminación al que ha sido sometida la mujer de manera antecedente o concomitante a la muerte –Sentencia C-539 de 2016–, resaltando la existencia de: «[...] condiciones culturales, caracterizadas por el uso de estereotipos negativos [...] propiciando al mismo tiempo también la privación de su vida [...]», lo que justifica la exclusión que contempla este Decreto Legislativo.

Que, a su turno, los delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexuales, representan atentados de la más profunda gravedad y por su forma de comisión, generalmente asociada al empleo de violencia, se excluyen de las medidas establecidas en este Decreto Legislativo. Esto en sintonía con lo dispuesto en la sentencia T-418 de 2015 cuando se indica que estas conductas «supera[n] el ámbito privado e involucra[n] a todo el conglomerado social, pues destruye[n] el entorno familiar, social y cultural, dejando secuelas que en muchos casos se tornan insuperables» y en la sentencia T-843 de 2011 que señala que estos delitos implican «privar a la víctima de una de las dimensiones más significativas de su personalidad, que involucran su amor propio y el sentido de sí mismo, y que lo degradan al ser considerado por el otro como un mero objeto físico».

Que adicionalmente el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 establece como uno de sus grandes pilares la lucha contra la corrupción, y al respecto afirma: «en ese sentido, fortalecer los mecanismos de lucha contra la corrupción y acercar los asuntos públicos al ciudadano, son elementos estratégicos para combatir la desigualdad y generar confianza en las instituciones.»

Que en esta línea, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Mérida, 2003), establece en su artículo 30 que cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder ciertos beneficios.

Que por lo mismo, la notoria gravedad de los delitos asociados a la corrupción, que socavan profundamente la confianza de la ciudadanía en las instituciones del Estado, hacen impropio conceder las medidas transitorias excepcionales por delitos en contra de la administración pública

Que la criminalidad organizada orienta su poder violento en el propósito de explotar economías ilegales como el narcotráfico, la minería criminal, la trata de personas, el tráfico de migrantes, el contrabando, el blanqueo de capitales de otras rentas ilegales y la ganancia directa del ilícito.

Que Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo, 2000). En esta Convención se establece la obligación de los Estados de penalizar los delitos asociados a la criminalidad organizada, y además dispone en el artículo 11 la obligación de considerar la gravedad de los delitos asociados al crimen organizado, al momento de otorgar ciertos beneficios.

Que, según los lineamientos de la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, la seguridad y la salud públicas, la libertad individual, el orden económico y social, la vida, la integridad personal, el medio ambiente y la administración pública, son algunos de los bienes jurídicos vulnerados por la criminalidad organizada en su afán de consolidar su actividad criminal dentro de un territorio determinado, mediante el uso de medios violentos y la captación del aparato estatal en estos territorios.

Que, así las cosas, no es conveniente que las medidas previstas en el Decreto Legislativo, sean otorgados a miembros de estas organizaciones criminales.

Que dentro de la población privada de la libertad existen miembros de la población indígena y que el artículo 246 de la Constitución Política establece que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Que la honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-921 de 2013, identificó las pautas que, a falta de regulación especial, deben tener en cuenta las autoridades para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, y exige la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante al momento de definir el sitio de ejecución de dichas medidas.

Que, en su parte considerativa, el Decreto 491 de 2020 señaló: «[...] se hace necesario tomar medidas en materia de prestación de servicios a cargo de las entidades y organismos del Estado, con la finalidad de prevenir la propagación de la pandemia mediante el distanciamiento social, flexibilizando la prestación del servicio de forma presencial y estableciendo mecanismos de atención mediante la utilización de medios digitales y del uso y aprovechamiento de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de manera que se evite el contacto entre los servidores públicos y los ciudadanos, sin que ello afecte la continuidad y efectividad del servicio.»

Que, el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, dispuso que las únicas audiencias que celebrarían de manera presencial los jueces

de control de garantías serían las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, las demás se realizarán de manera virtual, así como las audiencias a cargo de los jueces de ejecución de penas.

Que, de otra parte, con la finalidad de adoptar medidas de manera expedita, como lo requiere la emergencia y, además, con el objetivo de que los diversos actores no se vean expuestos a escenarios en los que se pueda comprometer su salud, se prevé un procedimiento a través de actuaciones virtuales y por medios electrónicos institucionales, garantizando la seguridad de la información, de acuerdo con lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura.

Que, de acuerdo con la parte considerativa del Decreto 417 de 2020, «[...] se hace necesario expedir normas que habiliten actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos, y adoptar las medidas pertinentes con el objeto de garantizar la prestación del servicios público de justicia, de notariado y registro, de defensa jurídica del Estado y la atención en salud en el sistema penitenciario y carcelario.»

Que el artículo 3 del Decreto 417 de 2020 dispuso que «[...] el Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo.»

Que, debido al estado de emergencia económico y social decretado a través del Decreto 417 de 2020, el normal desarrollo de los procesos y actuaciones en materia penal puede verse alterado, generando riesgos, incertidumbre e inseguridad jurídica.

Que con el fin de garantizar el derecho al debido proceso de las personas privadas de la libertad, tanto en calidad de procesados como de condenados, en el ejercicio de sus derechos se hace necesario por la urgencia y gravedad de la crisis y por la insuficiencia de los mecanismos ordinarios, establecer términos mucho más expeditos para que las medidas sean efectivas en el menor lapso posible.

Que una vez superado el estado de emergencia, los destinatarios de las medidas adoptadas retornarán a la situación carcelaria en la que se encontraban, lo cual es concordante con la finalidad que se pretende alcanzar en este Decreto Legislativo, esto es, conjurar la crisis derivada de la pandemia en el ámbito carcelario, en lo posible.

Que al tenor de las anteriores consideraciones y, en especial, en función de factores de tipo humanitario que se derivan de la crisis de salubridad pública originada por la enfermedad coronavirus COVID-19 y el grave hacinamiento que enfrenta nuestro sistema penitenciario y carcelario, resulta necesaria la adopción de un conjunto de órdenes de tipo legislativo orientadas a solventar la situación actual de emergencia.

Que las medidas a adoptar guardan conexidad con el Estado de Emergencia declarado en el país, toda vez que el Gobierno nacional debe propender por reducir al máximo la propa-

gación de la enfermedad coronavirus COVID-19 lo cual incluye a los establecimientos penitenciarios y carcelarios; por ello, es claro que la actual situación de hacinamiento merece una atención urgente e inmediata a fin de reducir el riesgo de contagio.

Que las medidas enfocadas a proteger el derecho a la salud no están determinadas en el Derecho penal vigente, toda vez que las personas que se encuentran privadas de la libertad en los establecimientos carcelarios y penitenciarios no han podido acceder a la detención o prisión domiciliaria, prueba de ello es que ahora mismo se encuentran en dichos lugares.

Que el régimen de exclusiones aquí consagrado es oportuno, necesario e idóneo, pues busca mantener la seguridad de la comunidad, al tiempo que cumple el objetivo de evitar y mitigar la propagación de la enfermedad coronavirus COVID-19 y sus efectos, de cara a los sujetos beneficiarios de la medida, al tratarse, entre otras, de personas especialmente vulnerables y debidamente identificadas.

Que, con el fin de lograr un esquema de protección ponderado frente a la sociedad en su conjunto, ante la situación de emergencia declarada en salud y frente a la problemática de hacinamiento que impide mantener el distanciamiento social que se requiere, resulta proporcional el catálogo de exclusiones dispuestas en el presente Decreto Legislativo, en el cual se excluyen los comportamientos delictivos de mayor lesividad y se reducen los efectos de la expansión de la enfermedad coronavirus COVID-19, mediante el otorgamiento de la prisión o detención domiciliarias frente a personas con especial situación de vulnerabilidad, y para delitos que incluso en el sistema ordinario tendrían la posibilidad de acceder a estas medidas, con el cumplimiento de la mitad de la condena.

Que en el modelo de Derecho penal vigente se permite bajo ciertas circunstancias, la concesión de beneficios en cuya virtud, el privado de la libertad condenado, o con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, pueda cumplir la pena o la detención preventiva en el lugar de residencia.

Que en mérito de lo expuesto:

DECRETA:

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.º- Objeto. Conceder, de conformidad con los requisitos consagrados en este Decreto Legislativo, las medidas de detención preventiva y de prisión domiciliaria transitorias, en el lugar de su residencia o en el que el Juez autorice, a las personas que se encontraren cumpliendo medida de aseguramiento de detención preventiva en centros de detención transitoria o establecimientos carcelarios, y a las condenadas a penas privativas de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del territorio nacional, con

el fin de evitar el contagio de la enfermedad coronavirus del COVID-19, su propagación y las consecuencias que de ello se deriven.

ARTÍCULO 2.º- Ámbito de Aplicación. Se concederán las medidas previstas en el presente Decreto Legislativo a las personas privadas de la libertad que se encontraren en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Personas que hayan cumplido 60 años de edad.
- b) Madre gestante o con hijo menor de tres (3) años de edad, dentro de los establecimientos penitenciarios.
- c) Personas en situación de internamiento carcelario que padezcan cáncer, VIH e insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis B y C, hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias, personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas y cualquier otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso, de conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud al que pertenezcan (contributivo o subsidiado) o el personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Salud de la persona privada de la libertad.
- d) Personas con movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada de conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud al que pertenezca (contributivo o subsidiado) o el personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Salud del privado de la libertad.
- e) Personas condenadas o que se encontraren con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario por delitos culposos.
- f) Condenados a penas privativas de la libertad de hasta cinco (5) años de prisión.
- g) Quienes hayan cumplido el cuarenta por ciento (40%) de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario, atendidas las respectivas redenciones a que se tiene derecho.

PARÁGRAFO 1.º- Las personas que hayan sido diagnosticadas por la enfermedad coronavirus COVID-19 dentro de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios del territorio nacional, o en centros transitorios de detención, serán trasladadas por el INPEC a los lugares que resulten más aptos para el tratamiento o a las instituciones de salud que se disponga por parte de las autoridades competentes; no se les concederá la medida de aseguramiento de detención o prisión domiciliaria transitoria, hasta tanto las autoridades médicas y sanitarias así lo autoricen. En todo caso, solo procederá la detención domiciliaria o la prisión domiciliaria transitoria, cuando la persona se encuentre dentro de una de las

causales contempladas en el artículo segundo (2) de este Decreto Legislativo y el delito no esté incluido en el listado de exclusiones del artículo sexto (6).

PARÁGRAFO 2.º- Para los efectos anteriores se entenderá que tienen movilidad reducida por discapacidad quienes tengan disfuncionalidad permanente del sistema motriz, el aparato locomotor, el movimiento independiente o las actividades de cuidado personal; todas ellas de carácter permanente y acreditadas en la histórica clínica.

No serán consideradas como personas con movilidad reducida por discapacidad las afectaciones óseas o la ausencia de alguna parte del cuerpo que no sea permanente o que no altere la funcionalidad antes señalada y que no sea clínicamente significativa por los cambios producidos en el movimiento independiente tales como caminar, desplazarse, cambiar o mantener posiciones del cuerpo, llevar, manipular o transportar objetos y realizar actividades de cuidado personal.

ARTÍCULO 3.º- Término de duración de las medidas. La detención preventiva o la prisión domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, tendrán un término de seis (6) meses,

ARTÍCULO 4.º- Capturas. Cuando durante la vigencia del presente Decreto Legislativo, se presentaren casos en los cuales se dé cumplimiento a una orden de captura, bien sea derivada de una medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario o con fines de cumplimiento de la pena, la persona aprehendida será destinataria de la sustitución por alguna de las medidas aquí contempladas, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos y no se encontrare incurso en uno de los delitos excluidos por el artículo sexto (6). En los mismos términos se aplicarán las medidas aquí establecidas, cuando se solicite medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

ARTÍCULO 5.º- Extradición. Las disposiciones contenidas en este Decreto Legislativo, no serán aplicables a las personas que estén sometidas al procedimiento de extradición, sin importar la naturaleza del delito de que se trate.

ARTÍCULO 6.º- Exclusiones. Quedan excluidas las medidas de detención y prisión domiciliaria transitorias contempladas en el Decreto Legislativo, las personas que estén incurso en los siguientes delitos previstos en el Código Penal: genocidio (artículo 101); apología al genocidio (artículo 102); homicidio simple en modalidad dolosa, (artículo 103); homicidio agravado (artículo 104); feminicidio (artículo 104A); lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro agravadas (artículo 116 en concordancia con el artículo 119); lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares (artículo 116A); delitos contenidos en el Título 11, Capítulo Único; desaparición forzada simple (artículo 165); desaparición forzada agravada (artículo 166); secuestro simple (artículo

168); secuestro extorsivo (artículo 169); secuestro agravado (artículo 170); apoderamiento y desvío de aeronave, naves o medios de transporte colectivo (artículo 173); tortura (artículo 178); tortura agravada (artículo 179); desplazamiento forzado (artículo 180); desplazamiento forzado agravado (artículo 181); constreñimiento ilegal por parte de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados (artículo 182A); tráfico de migrantes (artículo 188); trata de personas (artículo 188A); tráfico de niñas, niños y adolescentes (artículo 188C); uso de menores de edad para la comisión de delitos (artículo 188D); amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores públicos (artículo 188E); delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de que trata el Título IV; violencia intrafamiliar (artículo 229); hurto calificado (artículo 240) numerales 2 y 3 y cuando tal conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las demás hipótesis de hurto calificado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena; hurto agravado (artículo 241) numerales 3, 4, 12, 13 y 15, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las demás hipótesis de hurto agravado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena; abigeato cuando se cometa con violencia sobre las personas (artículo 243); extorsión (artículo 244); corrupción privada (artículo 250A); hurto por medios informáticos y semejantes (artículo 2691); captación masiva y habitual de dineros (artículo 316); contrabando agravado (artículo 319); contrabando de hidrocarburos y sus derivados (artículo 319-1); favorecimiento y facilitación del contrabando agravado (artículo 320); lavado de activos (artículo 323); lavado de activos agravado (artículo 324); testaferrito (artículo 326); enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327); apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan (artículo 327A); concierto para delinquir simple, (artículo 340 inciso primero); concierto para delinquir agravado (artículo 340 incisos segundo, tercero y cuarto); asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados (artículo 340A); entrenamiento para actividades ilícitas (artículo 341); terrorismo (artículo 343); terrorismo agravado (artículo 344); financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada (artículo 345); amenazas agravadas (artículo 347); tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 358); empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos (artículo 359); fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones agravado (artículo 385); fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (artículo 366); fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (artículo 367); empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal (artículo 367A); ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (artículo 3678); corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (artículo 372); delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes; peculado por apropiación (artículo 397); concusión (artículo 404); cohecho propio (artículo 405); cohecho

impropio (artículo 406); cohecho por dar u ofrecer (artículo 407); violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408); interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409); contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410); tráfico de influencias de servidor público (artículo 411); tráfico de influencias de particular (artículo 411A); enriquecimiento ilícito (artículo 412); prevaricato por acción (artículo 413); utilización indebida de información oficial privilegiada (artículo 420); soborno transnacional (artículo 433); falso testimonio (artículo 442); soborno (artículo 444); soborno en la actuación penal (artículo 444A); receptación agravada (artículo 447); amenazas a testigo (artículo 454A); espionaje (artículo 463); rebelión (artículo 467).

Tampoco procederá la detención domiciliaria o la prisión domiciliaria transitorias, cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, según lo preceptuado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

De igual forma quedarán excluidas personas incurso en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y los delitos que sean consecuencia del conflicto armado y/o que se hayan realizado con ocasión o en relación directa o indirecta con el mismo, los cuales se tratarán conforme a las disposiciones vigentes en materia de justicia transicional aplicables en cada caso.

PARÁGRAFO 1.º En ningún caso procederá la detención o la prisión domiciliaria transitorias, cuando la persona haga parte o pertenezca a un Grupo Delictivo Organizado en los términos del artículo segundo de la Ley 1908 de 2018 o, en general, haga parte de un grupo de delincuencia organizada.

PARÁGRAFO 2.º No habrá lugar a la detención o la prisión domiciliaria transitorias, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

PARÁGRAFO 3.º El régimen de exclusiones también se aplicará cuando se trate de imputaciones, acusaciones o condenas por tentativa, en los casos que proceda.

PARÁGRAFO 4.º Este artículo no deroga el listado de exclusiones de los artículos 38G y 68A del Código Penal.

PARÁGRAFO 5.º En relación con las personas que se encontraren en cualquiera de los casos previstos en los literales a, b, c, y d del artículo segundo del presente Decreto Legislativo, que no sean beneficiarias de la prisión o de la detención domiciliaria transitorias por encontrarse inmersas en las exclusiones de que trata este artículo, se deberán adoptar las medidas necesarias por parte del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), para ubicarlas en un lugar especial que minimice el eventual riesgo de contagio.

CAPÍTULO II DE LOS PROCEDIMIENTOS

ARTÍCULO 7.º- Procedimiento para hacer efectiva la detención domiciliaria transitoria como sustitutiva de la detención preventiva. Para el caso de personas cobijadas con medida de aseguramiento de detención preventiva en centros de detención transitoria como Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata o en establecimientos penitenciarios y carcelarios del orden nacional, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos señalados en el presente Decreto Legislativo y remitirá el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados médicos de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo del presente Decreto Legislativo, al Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, quien de manera inmediata asignará por reparto a los Jueces de Control de Garantías, o al Juez que esté conociendo el caso.

Efectuado el reparto, el Juez respectivo solicitará a la unidad de fiscalías o al fiscal correspondiente, la información y documentación que resulte necesaria para emitir la respectiva decisión. El fiscal enviará lo solicitado dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación por parte del juez.

En caso de que el imputado por medio de su defensor de confianza o del defensor público, sea quien haga la solicitud, deberá allegar la cartilla biográfica digitalizada y el certificado médico correspondiente, entregados por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y/o las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, al Juez Coordinador del Centro de Servicios Judiciales o quien haga sus veces, quien de manera inmediata asignará por reparto.

Efectuado el reparto, el Juez respectivo solicitará a la unidad de fiscalías o al fiscal correspondiente, la información y documentación que resulte necesaria para emitir la respectiva decisión.

Recibida la información y documentación requeridas a la Fiscalía General de la Nación, el Juez realizará la verificación del cumplimiento de los requisitos objetivos y resolverá, en el término máximo de cinco (5) días, por medio de auto escrito notificable por correo electrónico. En ningún caso se realizará audiencia pública.

La decisión se notificará por correo electrónico y será susceptible del recurso de apelación en efecto devolutivo, que se interpondrá y sustentará dentro de los tres (3) días siguientes por escrito remitido por el mismo medio virtual; precluido este término correrá el traslado común a los no recurrentes por tres días.

Ordenada la detención domiciliaria transitoria por parte del Juez de Control de Garantías o el Juez que esté conociendo del caso el beneficiario de la medida, previo a su salida, suscribirá el acta de compromiso ante la oficina jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario respectivo o ante el responsable de las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata, según sea el caso.

La referida acta será remitida por la dependencia señalada a la autoridad judicial que hizo efectiva la medida, dejando copia de la misma en la oficina jurídica del respectivo establecimiento.

PARÁGRAFO. El término que la persona imputada cumpla en detención domiciliaria transitoria, en caso de ser declarada penalmente responsable, se tendrá en cuenta para computarse como parte de la pena cumplida.

ARTÍCULO 8.º- Procedimiento para hacer efectiva la prisión domiciliaria transitoria.

Cuando se tratare de personas condenadas a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de las direcciones regionales y los directores de establecimientos penitenciarios y carcelarios, verificarán preliminarmente el cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en el presente Decreto y remitirán a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad respectivos, el listado junto con las cartillas biográficas digitalizadas, el cómputo de la pena, la información que obre en la hoja de vida, los antecedentes judiciales y los certificados médicos correspondientes de las personas privadas de la libertad que se ajusten a cualquiera de las circunstancias descritas en el artículo segundo, para que dentro del término máximo de cinco (5) días den aplicación a lo dispuesto en este Decreto Legislativo.

La decisión se notificará por correo electrónico y será susceptible del recurso de reposición que se interpondrá y sustentará dentro de los tres (3) días siguientes, por escrito remitido por el mismo medio virtual.

Una vez ordenada la medida de prisión domiciliaria transitoria por parte del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante auto escrito notificable, el beneficiario suscribirá acta de compromiso ante la oficina jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario respectivo, previo a su salida.

Dicha acta será remitida por el Director de cada Establecimiento Penitenciario y Carcelario, al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que concedió la medida, dejando copia de la misma en la oficina jurídica del respectivo establecimiento.

PARÁGRAFO 1.º Para las personas cuya condena no esté ejecutoriada, el Juez de conocimiento o el Juez de segunda instancia, según corresponda, tendrá la facultad para hacer efectiva de manera directa la prisión domiciliaria transitoria, a condición de que se cumpla con las exigencias previstas en este Decreto Legislativo.

PARÁGRAFO 2.º El término que el condenado goce de la prisión domiciliaria, será tenido en cuenta para el cumplimiento efectivo de la pena.

CAPÍTULO III DISPOSICIONES COMUNES A LOS PROCEDIMIENTOS

ARTÍCULO 9.º- Inclusión del enfoque étnico en la detención y prisión domiciliarias transitorias para personas caracterizadas como población indígena. El procedimiento de traslado y la definición del sitio de ejecución de las medidas de detención y prisión domiciliarias transitorias de las personas privadas de la libertad caracterizadas como población indígena, domiciliadas al interior de sus territorios, serán acordados con las autoridades indígenas con jurisdicción en dichos territorios.

ARTÍCULO 10.º- Presentación. Vencido el término de la medida de detención o prisión domiciliarias transitoria previsto en el artículo tercero del presente Decreto Legislativo, el destinatario de la misma deberá presentarse, en el término de cinco (5) días hábiles, en el establecimiento penitenciario o carcelario o el lugar de reclusión en el que se encontraba al momento de su otorgamiento.

Si transcurridos los (5) cinco días no se hiciere presente, el Director establecimiento penitenciario o carcelario o el lugar de reclusión en el que se encontraba, le comunicará al Juez competente quien decidirá lo pertinente.

ARTÍCULO 11.º- Coordinación. El Ministerio de Justicia y del Derecho por medio del INPEC y/o la USPEC y el Consejo Superior de la Judicatura, coordinarán la ejecución de las acciones necesarias encaminadas a garantizar la aplicación del procedimiento previsto en el presente Decreto Legislativo con miras a conjurar las circunstancias apremiantes de salud y hacinamiento.

ARTÍCULO 12.º- Aplicación preferente y transitoria. Las disposiciones aquí establecidas se aplicarán de forma preferente a las consagradas en las normas ordinarias penales y penitenciarias, mientras dure su vigencia. Lo anterior, sin perjuicio de que se sigan aplicando las normas ordinarias relativas a prisión o detención domiciliaria, en lo no regulado en él.

ARTÍCULO 13.º- Objetividad. El Juez competente, según sea el caso, mediante auto escrito notificable, verificará únicamente el cumplimiento de los requisitos objetivos determinados en este Decreto Legislativo para hacer efectiva la detención o prisión domiciliaria transitorias, sin que sea necesario constatar el arraigo socio familiar del beneficiario tampoco se impondrán cauciones o dispositivos de seguridad electrónica; a tal efecto, bastará

con la manifestación contenida en el acta de compromiso, que se entiende cierta bajo el principio de buena fe.

PARÁGRAFO. A quienes se le haya concedido la prisión o detención domiciliaria y no se haya hecho efectiva, bien sea por el no pago de la caución o por la carencia de dispositivos de seguridad electrónica, podrán acceder a la prisión o detención domiciliaria sin que sea necesario el pago de la caución, ni tampoco los dispositivos de seguridad electrónica.

ARTÍCULO 14.º- Listados. Los listados de las personas beneficiarias de este Decreto Ley, junto con las cartillas biográficas y certificados médicos digitalizados que serán remitidos por el INPEC a las autoridades judiciales, se organizarán y remitirán de manera gradual y paulatina, atendiendo al orden establecido en los literales del artículo segundo del presente Decreto Legislativo.

ARTÍCULO 15.º- Identificación de casos. La Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación por medio de sus procuradores judiciales penales I y II y las personerías distritales y municipales, utilizarán los medios electrónicos virtuales para identificar los casos en que sea procedente aplicar este Decreto Legislativo, y de acuerdo con sus competencias, realizarán las solicitudes respectivas. Para tal efecto, el INPEC colaborará con la consulta y entrega de las cartillas biográficas digitalizadas y demás documentos pertinentes.

Las peticiones deberán presentarse ante la oficina jurídica del establecimiento penitenciario y carcelario del lugar donde se encuentre la persona privada de la libertad, dependencia que revisará conjuntamente con la dirección del INPEC preliminarmente el cumplimiento de los requisitos establecidos en este Decreto Legislativo, y de reunirse, lo incluirá en el listado a que se refiere el artículo anterior, en el evento de que no se hubiere hecho y remitirá la solicitud a la autoridad competente. De no colmarse dichas exigencias, negará la inclusión en el listado y no enviará la petición al despacho judicial, lo que comunicará inmediatamente al solicitante.

ARTÍCULO 16.º- Concurso de conductas punibles. En el caso de concurso de conductas punibles previsto en el artículo 31 del Código Penal, será procedente la concesión de las medidas, siempre y cuando las mismas no se encuentren en el listado de exclusiones contemplado en el artículo sexto (6) del presente decreto.

ARTÍCULO 17.º- Decisiones individuales o colectivas. Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, los Jueces de conocimiento, así como también los Jueces a los que les corresponda por reparto, según sea el caso, mediante auto escrito notificable, podrán adoptar sus decisiones de manera individual o colectiva, con el fin de reducir el trámite

procesal, en consideración a la pluralidad de personas privadas de la libertad que pueden coincidir en la causal dispuesta en el artículo segundo del presente Decreto Legislativo.

Los autos escritos notificables relativos a la concesión de la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria transitorias, se cumplirán de inmediato.

ARTÍCULO 18.º- Lugar de residencia para cumplir la medida. En los casos en los cuales el condenado o investigado pertenezca al grupo familiar de la víctima, solo se le concederá la detención domiciliaria o prisión domiciliaria transitorias, cuando se garantice que el domicilio o morada debidamente acreditado, es diferente al de la víctima.

ARTÍCULO 19.º- Utilización de medios virtuales y electrónicos. Con el propósito de agilizar los procedimientos contenidos en este Decreto-Ley, quienes intervengan en ellos, deberán realizar, preferentemente, todas las actuaciones de manera virtual y por medios electrónicos institucionales, garantizando la seguridad de la información. En este sentido, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), deberá digitalizar las cartillas biográficas y los certificados médicos de las personas posiblemente beneficiarias de estas medidas.

Las actuaciones que se realicen por medios virtuales y/o electrónicos, tienen los mismos efectos de las que se realizan en forma personal por parte del funcionario competente.

ARTÍCULO 20.º- Notificaciones. La notificación personal para dar cumplimiento a las actuaciones previstas en este Decreto, se surtirá por medios electrónicos. Lo anterior sin perjuicio de que se acuda a las diversas formas de notificación, previstas en la Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004, según sea el caso.

El INPEC procederá a dar cumplimiento inmediato a la medida otorgada por el Juez, siempre y cuando el correo electrónico provenga del dominio de la rama judicial y se obtenga por otros medios la confirmación respectiva, dejando constancia en cada despacho oficial (emisor y receptor) de los involucrados en el trámite correspondiente.

PARÁGRAFO. Para los procedimientos establecidos en el presente Decreto Legislativo, no se celebrarán audiencias públicas.

ARTÍCULO 21.º- Salida del establecimiento penitenciario o carcelario y de los centros de detención transitoria. Para efectos de hacer efectiva la detención domiciliaria o prisión domiciliaria transitorias, el INPEC coordinará lo pertinente para que se realice el traslado al lugar de residencia consignado en el acta de compromiso.

ARTÍCULO 22.º- Acceso a los servicios de salud. Durante el tiempo en el cual la población privada de la libertad obtenga el beneficio de prisión o detención domiciliaria, la USPEC ga-

rantizará los servicios de salud con los recursos y convenios previstos para tal fin, siempre y cuando la persona se encuentre afiliada al Fondo de Personas Privadas de la Libertad.

ARTÍCULO 23.º- Control de las medidas. El control del cumplimiento de la detención domiciliaria y prisión domiciliaria transitorias en el lugar de residencia del beneficiario, estará a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, el cual realizará la verificación periódica sobre el cumplimiento y reportará a la autoridad judicial competente.

ARTÍCULO 24.º- Incumplimiento. En el evento de que el destinatario de la medida cometa cualquier delito o incumpla con las obligaciones consignadas en el acta de compromiso, la autoridad competente la revocará de plano y, en consecuencia, ordenará la detención preventiva o la prisión por tiempo restante de la pena en los términos establecidos en la sentencia condenatoria correspondiente, en establecimiento penitenciario y carcelario.

CAPÍTULO IV OTRAS DISPOSICIONES

ARTÍCULO 25.º- Pena cumplida. En aquellos casos en los cuales, conforme a los registros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), se encuentren personas que hayan cumplido la pena impuesta, el Director del establecimiento penitenciario y carcelario procederá de inmediato a remitir dicha información al Consejo Superior de la Judicatura, indicando el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que tiene la causa, para que este último dé el trámite correspondiente.

ARTÍCULO 26.º- Facultades presupuestales. Facúltese a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) para que de conformidad con lo previsto en el artículo 168 de la Ley 65 de 1993 y el artículo 47 de la Ley 80 de 1993, realicen los traslados presupuestales necesarios y adelanten la contratación directa de obras, bienes y servicios requeridos a cargo de los recursos del presupuesto asignado, así como los recursos que en materia de salud administra el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, sin sobrepasar la destinación específica de este último, previa autorización del Consejo Directivo del INPEC, con el objeto de tornar todas las medidas sanitarias a fin de mitigar los efectos derivados del COVID-19, que permitan garantizar la salud y bienestar de la población privada de la libertad y las condiciones laborales de los servidores penitenciarios y auxiliares bachilleres, así como todo aquello necesario para el cumplimiento de la misionalidad.

PARÁGRAFO. Las facultades aquí concedidas para el funcionamiento del sistema penitenciario y carcelario, no excluyen otras obras, bienes y servicios que, por su naturaleza, resulten necesarios para atender y mitigar la emergencia producto del COVID-19.

ARTÍCULO 27.º- Suspensión del traslado de personas privadas de la libertad de entes departamentales o municipales. A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Legislativo, quedan suspendidas por el término de tres (3) meses, los traslados de personas con medida de aseguramiento de detención preventiva y personas condenadas que se encuentren en los centros de detención transitoria como las Estaciones de Policía y Unidades de Reacción Inmediata, a los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios del orden nacional por cuenta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

Para tal efecto, las entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 80 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 65 de 1993, deberán adelantar las gestiones para garantizar las condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad, con medidas de aseguramiento y condenadas en centros transitorios de detención como Estaciones de Policía, Unidades de Reacción Inmediata y otros; durante este periodo podrán acudir a los fondos de infraestructura carcelaria municipales o departamentales que hayan creado, con las fuentes previstas en el parágrafo 3.º del artículo 133 de la Ley 1955 de 2019.

ARTÍCULO 28.º- Salud para auxiliares bachilleres que prestan su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Con el fin de garantizar el servicio de salud para auxiliares del cuerpo de custodia que presten su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Dirección General de Sanidad Militar deberá garantizar la prestación de los servicios integrales de salud, desde el momento de su incorporación hasta su desvinculación total, para lo cual el INPEC trasladará los recursos correspondientes.

CAPÍTULO V DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 29.º- Remisión. En los asuntos no regulados en el presente Decreto, se podrán aplicar la Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004, según sea el caso.

ARTÍCULO 30.º- Exhorto. Con miras a mitigar los efectos de la crisis de que trata este Decreto, se insta a que se dé aplicación a las siguientes normas, que ya están dispuestas en el ordenamiento jurídico vigente:

- a) Ley 65 de 1993, artículo 30A.
- b) Ley 1786 de 2016, artículo primero.

ARTÍCULO 31.º- Derecho a la circulación. En virtud de lo dispuesto en el numeral 13, artículo 3 del Decreto 457 de 2020, durante el aislamiento preventivo obligatorio se permitirá el derecho a la circulación de los servidores públicos de la Rama Judicial, la Procuraduría Ge-

neral de la Nación y la Defensoría del Pueblo que requieran adelantar los procedimientos previstos en el presente decreto. Lo anterior bajo acreditación con documento de identidad y carné institucional. Esta excepción incluye los casos en los cuales el servidor judicial es transportado por un tercero para acudir a los despachos judiciales.

ARTÍCULO 32.º- Recursos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá asignar los recursos necesarios a la Rama Judicial y a las entidades responsables de la implementación de las medidas contenidas en el presente decreto ley.

ARTÍCULO 33.º- Vigencia. El presente Decreto Legislativo rige a partir de la fecha de su publicación y modifica todas las disposiciones legales y reglamentarias que le sean contrarias durante su vigencia.

PUBLÍQUESE, y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá D. C., a los 14 días del mes de abril de 2020.

II. Presentación*

Tras una larga y costosa espera, el gobierno nacional expidió el catorce de abril el Decreto 546 de 2020 mediante el cual dijo adoptar medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en los penales por la prisión y la detención domiciliaria transitorias, en el lugar de residencia, a personas que se encontraban en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, amén de otras previsiones.

Esta normativa, edificada sobre los veintitrés cadáveres de la Cárcel Modelo y los cuerpos de decenas de privados de la libertad lesionados en los levantamientos del veintiuno de marzo, llegó de forma muy tardía y justo cuando el contagio en algunos penales ya caminaba a pasos agigantados. Además, dígase, el texto no ordenó ninguna «excarcelación» como de forma embaucadora dijeron algunos, porque él no dispone poner fuera de la cárcel a los presos (según el diccionario, esa voz equivale a «poner en libertad a un preso por mandato judicial»); aquí se propone es sustituir el lugar de reclusión por seis meses, mientras dure la situación excepcional.

* Texto adaptado del artículo publicado en el periódico EL COLOMBIANO el 20 de abril de 2020, p. 29, con el título «Un lavado de manos ejemplar». Ver: <https://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/un-lavado-de-manos-ejemplar-DI12836216>.

Desde luego, también llama la atención que de las treinta y una páginas del cuerpo normativo diecisiete se destinen a los considerandos (para motivar y explicar las razones por las cuales se pone en vigencia) que, si no se han contado mal, son ciento cuatro; con ello, el contenido real se reduce a diez folios consignados en treinta y tres artículos. Esto es, un cuerpo normativo que desde sus inicios (por su doble discurso) señala que no combatirá los fenómenos anunciados –y así se ha probado con el transcurso de las semanas– porque se trata de otro monumento a la eficacia simbólica, que bien podría incluir *Paul Tabori* en su «Historia de la estupidez humana»; un estilo de legislar paquidérmico, hirsuto, sin sustancia, llamado a acallar las críticas y cubrir las apariencias mediante discursos gastados. ¡El eterno mito de la ley como un instrumento para encubrir dolorosas realidades!

Así mismo, las exclusiones consignadas fueron tantas que –dijo alguno–, solo no se exceptuó el maltrato animal; es más, no se entiende como, en tratándose de una legislación de emergencia, el Decreto sea más severo que el régimen ordinario (Código Penal, artículos 38G y 68A los cuales, como dice el párrafo 4.º del artículo 6.º, no deroga); si se quiere ser coherentes, pues, ese ordenamiento ha debido intitularse como «medidas para NO sustituir» la pena y la medida.

De esta manera, de los cerca de 126.000 reclusos existentes en ese momento no se llegó siquiera al uno por ciento de beneficiados; dicho de otra manera: el Estado se liberó de las cargas más pesadas para que las asumieran las familias de los reclusos –muchas también desamparadas–, con lo cual los anuncios del artículo 22 se tornaron en pura música celestial. A ello, añádase la innecesaria duplicidad de procedimientos (artículos 7.º y 8.º) en atención a la clase de sustitución de la cual se tratare que, para acabar de ajustar, no son los más expeditos y requerirán meses porque la congestión judicial es grande. En otras palabras: cuando esas medidas pírricas se pudieron aplicar a sus posibles beneficiarios, ya el coronavirus había hecho su mortal tarea.

Así las cosas, solo resta añadir que –pese a los esfuerzos valerosos de algunos que lucharon por introducir medidas humanitarias– las autoridades gubernamentales se lavaron muy bien sus manos al expedir la normativa pero no, precisamente, para combatir la pandemia; por ello, el único camino que queda ahora –después del desastre humanitario que se ha producido– es decretar una emergencia carcelaria y proceder, con urgencia, a enfrentar la crisis general del sistema con medidas serias y concertadas democráticamente con los mismos presos. Si ellas no reaccionan a tiempo estarán condenadas a escuchar recitar para siempre los versos de *Dante Alighieri*: «Toda maldad es repugnante al cielo, /y sobre todo, el fraude y la violencia, /que a otros causa desgracia o desconsuelo»

III. Concepto rendido por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda*

Honorables
Magistrados Corte Constitucional
(Atte. Mag. Diana Fajardo Rivera
Magistrada sustanciadora)
Ciudad
E. S. D.

Referencia: Control Constitucional del Decreto 546 de 2020, Expediente RE-277.

Muy respetados, señores magistrados:

Los suscritos, obrando en nuestra condición de ciudadanos colombianos y como docentes adscritos al Departamento de Derecho Penal de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, manifestamos nuestro interés en participar en el trámite mediante el cual esa corporación realiza un control de constitucionalidad en relación con los decretos expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en la emergencia sanitaria, y, en particular, el 546 de 2020 «Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica». Al respecto, nos permitimos consignar las siguientes reflexiones y, al final, la petición que estimamos procedente.

Consideraciones

Si nos detenemos en las 104 motivaciones contenidas en el Decreto 546 de 2020 objeto del pronunciamiento (que ocupan diecisiete de las 31 páginas que utiliza el texto legal), debe decirse que –a primera vista– resalta el empleo en ellas de una filosofía garantista apegada a la Constitución Política, con la cual se buscaba mostrar la relación directa del mismo

* Este escrito fue producido el cinco de mayo de 2020 y se remitió a la Corte Constitucional con sus dos anexos. Lo suscribieron los profesores Hernán Gonzalo Jiménez, Diego Corredor Beltrán, Carlos Roberto Solórzano Garavito, John E. Zuluaga Taborda, Jackson Valbuena Cure –asistente académico del director– y Fernando Velásquez Velásquez. Finalmente, ese organismo declaró ajustada a la Constitución dicha normativa mediante Sentencia C-255 de 22 de julio de 2020.

con el estado de emergencia en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 215 de la carta fundamental. No obstante, para sorpresa, al revisar la parte resolutive del mismo (donde aparece el articulado propiamente dicho) encontramos que ella no guarda congruencia y, de manera contradictoria e inconstitucional, consagra graves restricciones mediante las cuales se delimitó el campo de aplicación¹; por ello, se establece un sinnúmero de exclusiones² y de limitaciones que no solo minimizan en gran escala el porcentaje de los beneficios sino que se pretende reemplazar al legislador ordinario, modificando y haciendo más gravosa la situación de los privados de la libertad.

De esta manera, así el examen de constitucionalidad logre superar los requisitos formales cuando se ejercita este tipo de controles de constitucionalidad no lo hace con los de índole material, tal y como se infiere de los artículos 215 y 252 de la Constitución Política, Ley 137 de dos de junio de 1994 reglamentaria de los estados de excepción y de los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, entre los cuales se deben mencionar el Pacto de Nueva York de 1966 (Ley 74 de 1968) y el Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972).

Esos presupuestos de índole material, recuérdese, obligan al cumplimiento de diversas exigencias cuando se emite el juicio de constitucionalidad: se debe verificar que exista una relación de causalidad directa y específica entre las medidas que se adoptan y las causas generadoras de la perturbación o amenaza; se ha de establecer, además, que las medidas adoptadas tengan como objetivo central lograr los fines que se invocan mediante la declaratoria del estado de emergencia; también, los considerandos plasmados en la normativa expedida deben explicar –con toda claridad– las razones que justifican la adopción de las medidas y, añádase, si ellas son necesarias e indispensables para lograr los fines perseguidos con dicha declaratoria. De igual forma, se debe comprobar la proporcionalidad entre las medidas que se adoptan y los hechos graves que se pretenden evitar; y, en fin, como en dichos casos se suele suspender la normativa ordinaria imperante, es necesario exponer las razones por las cuales se presenta incompatibilidad entre esas disposiciones y las que se adoptan por vía excepcional³.

¹ Véase, artículo 2.º Decreto.

² Véase, artículo 6.º Decreto.

³ Ilustrativas a este respecto son las Sentencias C-063 de cuatro de febrero de 2003, C-070 de doce de febrero de 2009, C-156 de nueve de marzo de 2011, C-723 de 25 de noviembre de 2015 y C-466 de 19 de julio de 2017, entre otras. En la Sentencia C-252 de 16 de abril de 2010, al aludir a las exigencias de índole material, se dijo: «La declaratoria del estado de emergencia debe fundamentarse sustancialmente en los presupuestos establecidos por el artículo 215 de la Constitución, esto es: i) la ocurrencia de hechos sobrevinientes que perturben o amenacen perturbar el orden económico, social y ecológico, o que constituya grave calamidad pública; ii) la explicación de por qué la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social y ecológico es grave e inminente, o los hechos constituyen una grave calamidad pública; y iii) la indicación de las razones por las cuales la perturbación o amenaza de perturbación grave e inminente de orden económico, social

En efecto, cuando se redactaron las exclusiones vertidas en el artículo 6.º se incluyó una serie de delitos que no están contenidos en la legislación ordinaria e impiden obtener los fines para los cuales esa normativa fue expedida seleccionando, de manera caprichosa e insensata, en cuales casos los privados de la libertad deben correr los riesgos propios del contagio, incluso teniendo la posibilidad de disfrutar de la sustitución de la medida de aseguramiento privativa de la libertad intramural o de la prisión por la domiciliaria acudiendo a lo consagrado en el Código de Procedimiento Penal. En esas condiciones, no hay duda en el sentido de que los fines perseguidos por el Decreto 546 de 2020 –encaminados a combatir la propagación y evitar la muerte de los privados de la libertad– no se cumplirán y la problemática de salubridad y hacinamiento carcelario, mantendrán latente el riesgo en que se encuentran actualmente todos los privados de la libertad frente al COVID-19.

Se olvida, pues, que el derecho a la salud está categorizado como fundamental⁴, lo cual significa que el Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce de este. Sin embargo, vale la pena preguntarse si, de verdad, ¿el Gobierno con la expedición de la normatividad, respetó, protegió y garantizó el derecho fundamental de los privados de la libertad? La respuesta inmediata es NO, porque como ya se dijo, se estima que el número de personas privadas de la libertad que podrán obtener la sustitución anunciada será ínfimo en relación con el guarismo de los reclusos que, incluso, consigna la propia normativa en los considerandos. Desde esta perspectiva, pues, es clara la inconstitucionalidad del texto legal porque no es idóneo para contrarrestar las causas expuestas en su parte motiva y no resiste –ni por asomo– el test de proporcionalidad que debe hacerse en esta materia.

Ahora bien, si bien no existe congruencia entre los considerandos y el articulado del Decreto 546 de 2020, resulta aún más preocupante que ante los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en el sentido de que existe un *estado de cosas inconstitucional que cobija a todo el sistema penitenciario y carcelario*⁵, el Gobierno no haya adoptado las medidas necesarias e idóneas para salvaguardar la integridad y salud de la población privada de la libertad. Por ello, la situación tal y como la menciona el Decreto: «[...] convierte a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de trasmisión significativa de la enfermedad coronavirus COVID-19, lo que puede poner en riesgo el estado de salud de todas las personas que interactúan en dicho entorno».

Así mismo, frente al campo de aplicación –léase, artículo 2.º del Decreto– y las exclusiones –artículo 6.º *ibidem*– consagradas, tampoco es lógica la ponderación realizada sobre los derechos de las personas detenidas en relación con el actual peligro para la sociedad y la

y ecológico, o que constituya grave calamidad pública, no puede ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales».

⁴ Artículo 49 de la Constitución Política; artículo 5.º de la Ley 1751 de 2015, y las Sentencias T-111 de 1993, T-576 de 1994, T-409 de 1995, T-1585 de 2000, y T-310 de 2005.

⁵ Sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 2015, y el Auto 121 de 2018.

víctima, en relación con la no comparecencia y la obstrucción del proceso, debido a que la mayoría de los ciudadanos se encuentra hoy cumpliendo una cuarentena para evitar la propagación y el contagio de COVID-19.

Es por ello que resulta imperativo estudiar la situación de aquellos privados de la libertad en virtud de una medida de aseguramiento, pues, según cifras del INPEC, para el día cuatro de mayo de la anualidad, había 31.266 personas sometidas a esta medida (sin incluir 5.448 con dispositivo electrónico), de un total de 117.613 reclusos⁶. Ahora bien, si tenemos en cuenta que 83.343 personas actualmente privadas de la libertad son condenadas, se concluye lastimosamente la ausencia de excepcionalidad para aplicar una medida preventiva. Es más, sobre los cupos carcelarios el mismo INPEC ha señalado oficialmente que para el año 2020 tiene habilitados 80.763, por lo que sustituir la medida de aseguramiento en la cárcel por el domicilio (o el lugar que asigne el juez) a la gran mayoría de los sujetos que actualmente están bajo esta medida, descongestionaría los centros penitenciarios.

También, es preciso recordar que para la aplicación de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, se deben cumplir requisitos legales y constitucionales. En cuanto a los últimos, señalados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, debe advertirse que debido a la actual situación que enfrentan el país y el mundo –la Pandemia–, la sustitución de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario por el domicilio (u otro lugar) no impide el cumplimiento de tales fines, por cuanto se va a asegurar que el imputado no obstruya el debido ejercicio de la justicia, la integridad de la víctima y la sociedad, y, añádase, se garantiza su comparecencia al proceso. No puede olvidarse, pues, que estas personas no van a gozar del derecho a la libertad, es decir, que ellas siguen cumpliendo con la medida impuesta por el juez competente y, obvio es decirlo, están sujetas a custodia y vigilancia del INPEC, sea en «...*en el lugar de su residencia o EN EL QUE EL JUEZ AUTORIZA*» (subrayas, mayúsculas y negrillas añadidas), como dice el artículo 1.º del Decreto 546 de 2020.

Así las cosas, no se entiende cómo –de manera inconstitucional– se restringió estrictamente el ámbito de aplicación del Decreto reduciendo significativamente el número de beneficiados, por lo cual era necesario favorecer a toda la población privada de la libertad en virtud de una medida preventiva en pro de la salud y el principio de presunción de inocencia⁷, en tratándose de quienes no están aún condenados. Es más, en relación con los condenados las exclusiones y limitantes que señala el Decreto 546 de 2020 tampoco son procedentes, porque la misma normativa prevé la posibilidad de sustituir la prisión domiciliaria para que ella se cumpla, como acaba de citarse, «...*en el lugar de residencia o en el*

⁶ Se anexan en escrito separado las cifras correspondientes que fueran suministradas por el INPEC el día cuatro de mayo de 2020 y que también se pueden consultar, actualizadas, en el siguiente link: <https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos>

⁷ Artículo 29 de la Constitución Política.

que el Juez autorice», con lo cual es perfectamente posible hacerlo en otros lugares distintos a las 132 cárceles hoy existentes, como pueden ser bases o guarniciones militares, centros hospitalarios, centros de reclutamiento, zonas de concentración o de ubicación (como las dispuestas para los reinsertados del movimiento FARC, por los acuerdos de paz), lugares dispuestos al efecto, incluso en otra vivienda distinta a aquella donde la persona tenga su morada, etc. Aquí lo importante, adviértase, es evitar el contagio mediante el distanciamiento social y el aislamiento.

Incluso, más grave aún resulta que en el artículo 6.º se haya establecido un sinfín de exclusiones –a todas luces inconstitucionales–, que generan más barreras para acceder al beneficio, introducen la anarquía y le dan un tratamiento groseramente desigualitario a los sindicados y condenados. Principalmente, llama la atención el amplio catálogo de delitos que fueron excluidos cuando el mismo Código de Procedimiento Penal y la propia Corte Constitucional, han señalado que la gravedad y modalidad de la conducta no son suficientes para la imposición de la medida, es decir, que ese es un criterio auxiliar para tener en cuenta pero no el punto esencial en la discusión sobre el asunto. Así las cosas, no existe una razón válida para exceptuar a un gran número de delitos frente a sujetos cobijados por la presunción de inocencia.

Desde luego, si bien es cierto que el mismo Código de Procedimiento Penal restringe ciertos delitos de la aplicación de la medida de aseguramiento en el domicilio, debe recordarse que la regulación expedida en el marco de la emergencia sanitaria nacional debió ser más flexible y no generalizar la exclusión del beneficio por la presunta comisión de una conducta punible, en una clara manifestación de un derecho penal de autor que va en contravía del mandato constitucional que impone un derecho penal de acto y culpabilista.

Sin duda, no existe ninguna razón desde el punto de vista constitucional para no tener en cuenta a las personas que presuntamente cometieron o fueron condenadas por esas conductas punibles. Por ello, frente a los privados de la libertad, el Gobierno Nacional desconoce los fines de la pena (véase, Constitución Política, artículos 5.º y 12.º y Código Penal, artículos 3.º y 4.º) seleccionando unos delitos en particular, pero sin considerar [...*las condiciones materiales y específicas del acto realizado, el nivel de culpabilidad y las condiciones de peligrosidad actual que represente el detenido*].

De esta manera, la exclusión de figuras punibles que se ha hecho es odiosa, discriminatoria y contraria a la Constitución, y tampoco adopta medidas efectivas y protectoras para la población excluida como en apariencia dijo pretender el Decreto 546 de 2020. Y decimos ello, porque éste solo prevé sitios especiales de reclusión para personas vulnerables excluidas de beneficios, pero no para los demás, lo cual significa que no se tomaron medidas para realizar las apropiaciones presupuestales que permitan habilitar otros centros de reclusión, al menos para permitir el traslado de internos y evitar el hacinamiento.

Estas consideraciones llevan a concluir que las medidas adoptadas son simbólicas, y carentes de utilidad e idoneidad para el propósito perseguido, puesto que el listado de ex-

cepciones es muy amplio e irrazonable, por lo que no atiende a los criterios propios de una política criminal democrática.

El Gobierno Nacional, pues, no realizó un juicio adecuado de proporcionalidad porque si lo hubiera hecho le habría dado preponderancia –en debida forma– al derecho a la salud junto a la presunción de inocencia de que gozan estos sujetos (los que no han sido condenados); por ello, la decisión no habría sido otra que la de sustituir la medida preventiva en establecimiento carcelario por el domicilio o morada de las personas (aunque también ello puede suceder en el lugar que el juez determine, recuérdese) en la mayoría de los casos. Sin embargo, de manera inconstitucional se vulneraron los derechos humanos de los reclusos y se les dio un trato desigualitario en contravía del mandato constitucional (Constitución Política, artículo 13).

Como si lo anterior fuera poco, la inconstitucionalidad de los artículos 2.º y 6.º del Decreto por violación al derecho fundamental a la salud se está materializando en este momento (véase Constitución Política, artículo 49), pues como es de conocimiento público diferentes medios de comunicación nacional e instituciones oficiales han manifestado que ya existen reclusos con COVID-19, por lo que fácilmente el virus se propaga afectando a la población en situación de debilidad manifiesta, dado el estado de cosas inconstitucional existente a raíz del hacinamiento carcelario.

Solo para que la Corte se haga a una idea sobre el asunto, la prensa escrita da cuenta de que el día cuatro de mayo de 2020 en la Cárcel de Villavicencio (que tiene capacidad para albergar 899 internos pero que tiene 1773, con un hacinamiento del 97.2%), existen 508 contagiados –de ellos 41 funcionarios y un contratista– cuando se supone que tres semanas atrás no existía ningún caso; es más, desde allí y gracias a inoportunos traslados, el virus ha llegado a otras cárceles como las de Bogotá e Ibagué⁸.

Adicional a ello, el doble procedimiento fijado para el otorgamiento de la libertad o el goce de la detención o de la prisión domiciliaria sustitutas poco difiere del ordinario, como si no fuera evidente que con ocasión del estado de emergencia nacional se han debido adoptar trámites especiales y céleres que habilitaran la puesta en escena efectiva de las medidas. Es decir, el Decreto 546 de 2020 no cumplió con el objetivo anunciado en el sentido de que se buscaba crear un procedimiento más expedito para la concesión del beneficio. A manera de ejemplo, se hubiera podido permitir a las autoridades administrativas del INPEC –quienes conocen la situación particular de cada privado de la libertad, y, en concreto, poseen sus hojas de vida e historias clínicas– adelantar los trámites atinentes a las peticiones de libertad para que el respectivo juez pudiera resolver de inmediato y con la documentación necesaria. Y dado que se habla de los jueces, bien habría hecho el Gobierno Nacional –en

⁸ Véase Olga Patricia Rendón M.: «Cárcel de Villavicencio es el mayor foco de contagio». *El Colombiano*, cuatro de mayo de 2020, p. 4.

uso de las facultades que invocó para expedir la normativa– atribuir la competencia para resolver estas peticiones a todos los jueces de la República (incluidos los magistrados de los tribunales y de la Corte Suprema Sala de Casación Penal y Sala Especial de Instrucción) investidos de la potestad juzgadora sin distingo alguno y, así, ayudar a los jueces de ejecución de penas en sus tareas en atención a que sus despachos se encuentran hoy muy congestionadas.

Igualmente, respecto de los casos en los cuales aún no hay sentencia, el fiscal debería estar habilitado para elevar la solicitud directamente ante el juez competente, asegurando de esa manera una sustitución de la medida más expedita. Ahora bien, en relación con los procesos propios de la Ley 600 de 2000 se debió considerar que el fiscal de conocimiento ha debido ser el encargado de ordenar el beneficio, atendiendo a la situación sobreviniente que pone en peligro la vida e integridad de los reclusos para proceder, directamente, y sin control judicial alguno por no ser necesario.

También, añádase otra deficiencia observable en los dos procedimientos previstos en los artículos 7.º y 8.º del Decreto; en efecto, ellos son escritos y por lo mismo engorrosos e innecesarios, sin que las trabas burocráticas que suponen tengan ningún nexo directo con las razones que han motivado la declaratoria de excepcionalidad, al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica del artículo 215 constitucional. Al respecto, bien ha debido acudir al mecanismo de las audiencias virtuales a través de las cuales se puede conocer de varios asuntos y ellos ser resueltos en una sola sesión. Es más, ni siquiera se debería requerir la presencia del interno y su defensor, porque tal trámite se podría llevar a cabo con la sola asistencia de un defensor público nombrado al efecto.

Fuera de lo anterior, honorables magistrados, añádase que en relación con los beneficios otorgados el Decreto 546 de 2020 solo contempló dos herramientas –la detención o prisión domiciliarias *transitorias*, que son institutos por completo nuevos en nuestro ordenamiento–, cuando se debieron habilitar otros subrogados penales u otro tipo de medidas que podían también suplir la privación de la libertad como, por ejemplo, conceder medidas no privativas de la libertad previa la demostración de los requisitos correspondientes exceptuando el factor objetivo de la pena. Es decir, con los dispositivos vertidos en la normativa nada se flexibiliza respecto de las demás hipótesis de detención. Por eso, a título de ejemplo, cabe preguntar ¿por qué solo se beneficia a aquellas madres con hijos menores de tres años y no a otras? ¿Acaso, agréguese, no todos los hijos menores de edad están en un mismo plano y son igualmente protegidos mediante las distintas normas de derecho interno y los tratados internacionales (véase, artículo 314 numeral 5.º del Código de Procedimiento Penal)?

A lo anterior, añádase que tampoco el artículo 5.º –en cuanto impide conceder la sustitución transitoria para quienes estén sometidos en la actualidad a un proceso de extradición, sin importar el delito de que se trate– cumple con las exigencias constitucionales, porque con esa exclusión se desconoce el necesario juicio de conexidad con las causas que moti-

van y justifican la adopción de las medidas extraordinarias. Además, arrasa con el principio de proporcionalidad en sentido amplio⁹ y se lleva de calle el postulado de igualdad previsto en el artículo 13 constitucional.

En fin, otra disposición inconstitucional es la contenida en el párrafo 2.º del artículo 6.º, en cuanto prohíbe la concesión de la medida sustitutiva a las personas condenadas por delitos dolosos dentro de los cinco años anteriores; semejante exclusión, que se suma al largo listado del artículo 6.º, es también contraria a la carta fundamental porque desconoce principios de rango constitucional tan caros al derecho penal liberal como los del acto y de culpabilidad (artículo 29 de la Constitución Política; artículos 6.º, 9.º y 12.º del Código Penal).

Así las cosas, honorables magistrados, con lo aquí expresado, nos sumamos al clamor de 144 juristas (87 de ellos nacionales y 54 internacionales provenientes de diez países distintos), encabezados por Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Perfecto Andrés Ibáñez, Boaventura de Sousa Santos, John Vervale, etc., quienes mediante un muy difundido Manifiesto fechado el día 21 de abril de 2020, le pidieron al Gobierno Nacional, «[...] *derogar todas las barreras que impiden el acceso efectivo a la reclusión domiciliaria y se garanticen de forma real y efectiva la salud y la vida tanto de la población carcelaria como de los trabajadores del sector penitenciario*».

Es más, en atención a la manifiesta urgencia del asunto –lo que debería llevar a la Corte a darle un tratamiento especial a este trámite de control de constitucionalidad–, ellos mismos demandaron que [...] *se adopten protocolos y medidas urgentes, reales y serias, concertados con todas las partes involucradas (en especial reclusos y personal penitenciario) encaminados a introducir herramientas que –de verdad– sirvan para garantizar la vida de quienes deban permanecer en reclusión, incluidos todos sus custodios*»¹⁰.

Petición

Así las cosas, en atención a que el juicio de constitucionalidad que ha de emitirse no supera los requisitos materiales que la Corte Constitucional ha decantado a lo largo de los años mediante abundante jurisprudencia, le solicitamos a los señores magistrados que *declaren inconstitucionales –en su totalidad– los textos de los artículos 2.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º del Decreto 546 de 2020*, porque ellos desconocen principios tan caros a la carta fundamental (a la vez límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado) como son los de dignidad de la persona humana, igualdad, proporcionalidad, acto, culpabilidad, libertad y presunción

⁹ Sobre los alcances de este axioma, véanse las siguientes Sentencias: C-022 de 23 de enero de 1996, C-673 de 28 de junio de 2001, C-370 de catorce de mayo de 2002, C-392 de 22 de mayo de 2002, C-939 de 31 de octubre de 2002 y C-365 de 16 de mayo de 2012, entre otras.

¹⁰ Se allega con este escrito copia del citado Manifiesto –que además fue suscrito por algunos de nosotros– para que forme parte del debate de constitucionalidad respectivo.

de inocencia, etc., todos ellos integrados al programa penal de la Constitución del cual también forman parte los pactos mundiales de derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico, como que están integrados al bloque de constitucionalidad.

ANEXO N.º 1

Estadísticas suministradas por el INPEC el día cuatro de mayo de 2020

CAPACIDAD SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO

El sistema penitenciario y carcelario del país, que cuenta con 132 establecimientos de reclusión del orden nacional a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, con capacidad de 80.928 cupos, pero 4 de mayo albergan 117.613¹ personas privadas de la libertad, a continuación se relaciona la información:

	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
CONDENADOS	77.576	5.559	83.135
SINDICADOS	31.694	2.574	34.268
EN ACTUALIZACIÓN ²	191	19	210
POBLACIÓN	109.461	8.152	117.613

Fuente: Tableros estadísticos Población intramural INPEC 4/05/2020

1.1 Población Privada De La Libertad Intramuros, por Rango de Edad

Rangos Edades	Hombres	Mujeres	Total
18 - 24	14.902	1.095	15.997
25 - 29	23.579	1.616	25.195
30 - 34	19.880	1.368	21.248
35 - 39	16.274	1.296	17.570
40 - 44	11.711	981	12.692
45 - 49	8.042	713	8.755
50 - 54	5.745	465	6.210
55 - 59	4.131	321	4.452
60 - 64	2.540	204	2.744
65 - 69	1.481	72	1.553
70 o Mayor	1.247	38	1.285
Total	109.532	8.169	117.701

Fuente: Tableros estadísticos PPL intramuros por rango de edad INPEC 4/05/2020

¹ INPEC. Tableros estadísticos del INPECA. Fecha 04/05/2020 http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec

² PPL flotante (que se encuentra en un ERON al cual no pertenece a solicitud del juez por arraigo procesal o por cita médica).

1.2 Años en Prisión Intramuros

Rango Años	Hombres	Mujeres	Total
0 – 05	24.920	2.818	27.738
06-10	20.113	1.486	21.599
11-15	10.370	461	10.831
16 – 20	10.642	377	11.019
21 – 25	4.039	136	4.175
26 – 30	2.391	99	2.490
31 – 35	1.912	86	1.998
Mayor a 36	3.375	118	3.493
Total	77.762	5.581	83.343

Fuente: Tableros estadísticos Años en prisión intramuros INPEC 4/05/2020

1.3 Población Privada de la Libertad en Domiciliaria

INFORMACIÓN DOMICILIARIA			
	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
DETENCIÓN	25.835	5.431	31.266
PRISIÓN	27.156	4.796	31.952
CONTROL	420	105	525
VIGILANCIA	4.781	708	5.489
POB.	58.192	11.040	69.232

Fuente: Tableros estadísticos PPL en domiciliaria INPEC 4/05/2020

1.4 Población Privada de la Libertad en Domiciliaria con Dispositivo Electrónico

INFORMACIÓN DOMICILIARIA CON DISPOSITIVO			
	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
CONTROL RF	59	16	75
CONTROL GPS	34	10	44
VIGILANCIA RF	2.984	317	3.301
VIGILANCIA GPS	1.657	371	2.028
POB.	4.734	714	5.448

Fuente: Tableros estadísticos PPL en domiciliaria con dispositivo electrónico INPEC 4/05/2020

POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD EN URIS O ESTACIONES DE POLICÍA

Esta información fue sustraída de un reporte sobre las personas que se encuentran en las Unidades de Reacción Inmediata, y Estaciones de Policía a fecha 1.º de abril 2020

PERSONAL PRIVADO DE LA LIBERTAD EN ESTACIONES DE POLICIA					
CANTIDAD DE SALAS	CAPACIDAD DE LAS SALAS	TOTAL DE PERSONAS EN LAS SALAS	CONDICIÓN		HACINAMIENTO
			N.º CONDENADOS	N.º SINDICADOS	
1173	4869	9371	779	8592	92,46%

fuente Policia Nacional

PERSONAL PRIVADO DE LA LIBERTAD EN URI					
CANTIDAD DE SALAS	CAPACIDAD DE LAS SALAS	TOTAL DE PERSONAS EN LAS SALAS	CONDICIÓN		HACINAMIENTO
			N.º CONDENADOS	N.º SINDICADOS	
91	1373	703	61	642	-48,80%

fuente Policia Nacional

ANEXO N.º 2 MANIFIESTO*

Rumbo a un genocidio carcelario

Manifiesto en contra del Decreto 546 de 2020 y en pro de la mejora real de las condiciones de privación de la libertad para los reclusos y el personal penitenciario afectados por el Coronavirus.

Quienes suscribimos esta declaración, en nuestra condición de docentes e investigadores en los ámbitos del derecho penal, la criminología y la política criminal en diversas instituciones de educación superior del país, de estudiosos independientes o de profesionales vinculados con el servicio de la Justicia, pero, sobre todo, como seres humanos,

* Este escrito, publicado el 21 de abril de 2020, fue confeccionado y suscrito por un grupo de académicos, jueces y abogados nacionales entre los cuales se encontraba el Editor de la Revista y se adhirió a él figuras muy relevantes de la discusión jurídico penal planetaria, como los profesores Luigi Ferrajoli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Perfecto Andrés Ibáñez, Boaventura de Sousa Santos, José Hurtado Pozo, John Vervaele, Juan Luis Gómez Colomer, etc.; en total 57 extranjeros y 89 nacionales.

Manifestamos:

Primero: Que es necesario expresar nuestro repudio a la actitud indolente del Gobierno Nacional y la Fiscalía General de la Nación frente a la población carcelaria y a los trabajadores vinculados al sector penitenciario del país, hoy gravemente afectados como consecuencia de la pandemia del coronavirus COVID-19 que azota a toda la humanidad.

Segundo: Que nos indigna la pantomima y el sórdido espectáculo que esos entes han montado frente a esta situación de riesgo excepcional, exhibiendo una supuesta preocupación por las personas privadas de la libertad pero demostrando, con todos sus actos, absoluta indiferencia para con la suerte que puedan correr la vida, la salud y la dignidad de esta población. Una mirada al Decreto 546 del 2020, a través del cual se prometía resolver la crisis de salud pública que comienza a azotar los centros carcelarios y penitenciarios, demuestra su total inutilidad e ineficacia.

Tercero: Que el texto referido describe con suficientes razones la gravedad de las circunstancias que determinan la emergencia carcelaria y enumera los derechos humanos que se encuentran amenazados. Además, él detalla las condiciones de reclusión que no pueden ser más alarmantes, cuando advierte que el confinamiento y el hacinamiento «convierten a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de transmisión significativa del coronavirus COVID-19, que puede poner en riesgo la salud y la vida de todas las personas que interactúan en dicho entorno», debido a la absoluta imposibilidad de implantar –en las actuales condiciones– las medidas esenciales para prevención del contagio en la mayoría de los casos.

Cuarto: Que en ese contexto las circunstancias que ameritan la sustitución de la pena y la detención –que es también sustancialmente una pena anticipada– intramurales, por la privación de la libertad en el domicilio, están plenamente justificadas –enfermedades preexistentes, discapacidades, y mujeres en embarazo o de parto reciente–; y, además que el número de las personas reclusas no puede sobrepasar conforme al espacio disponible en donde están privados de la libertad, al número que recomiendan en espacios cerrados las medidas sanitarias, por cuanto corresponden a los casos de **riesgo real de muerte** en el evento de contraer Coronavirus, según la opinión calificada y reiterada de la Organización Mundial de la Salud, los informes institucionales y los múltiples estudios científicos sobre la pandemia.

Quinto: Que después de todo este discurso, es inaceptable que el Decreto termine por vincular tantas excepciones para acceder a la reclusión domiciliaria, que lo hacen inútil e ineficaz para el propósito que lo informa. Además, todas ellas discriminatorias, populistas y, por ende, ilegítimas. De esta forma, se da la apariencia de que el gobierno se ocupó del conflicto, que tuvo sensibilidad respecto del mismo, que salvaguardó los derechos humanos en riesgo y dio una solución salomónica, esto es, justa, necesaria, proporcional y hu-

mana, cuando en realidad todo es una grosera mentira inscrita en lo que se conoce como el uso simbólico del Derecho.

Sexto: Que todas esas barreras impuestas a la medida extramural son ilegítimas, porque los derechos a la vida y a la salud no puedan ser afectados ni puestos en peligro por el Estado, porque ni la pena ni la detención preventiva autorizan su limitación y, mucho menos, su sacrificio. Por tanto, omitir su debida protección es una extralimitación al ejercicio de la privación de la libertad, aniquilando con ello la legalidad, la humanidad y la proporcionalidad, que son sus requisitos constitucionales de legitimidad, máxime si con ello se profundiza el gravísimo estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas ya declarado –en forma reiterada– por la Corte Constitucional.

Séptimo: Que, así las cosas, obligar a cualquier persona a encarar el peligro para la vida, real y cierto, en las condiciones actuales, significa someterla a situaciones equiparables a una pena de muerte. Se produciría, pues, un verdadero genocidio carcelario como lo advirtió estos días el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni; y, también, se confirmaría la admonición del jurista italiano Luigi Ferrajoli, cuando expresa que los castigos, por irrogar dolores excesivos y despóticos, conllevan muchas más injusticias que los delitos cometidos.

Exigimos:

Primero: Que, en desarrollo de las precisas facultades constitucionales previstas en el artículo 215 se modifique –a la mayor brevedad– el Decreto 546 de 2020 para derogar todas las barreras que impiden el acceso efectivo a la reclusión domiciliaria y se garanticen de forma real y efectiva la salud y la vida tanto de la población carcelaria como de los trabajadores del sector penitenciario.

Segundo: Que, en uso de esas mismas potestades constitucionales, se adopten protocolos y medidas urgentes, reales y serias, concertados con todas las partes involucradas (en especial reclusos y personal penitenciario) encaminados a introducir herramientas que –de verdad– sirvan para garantizar la vida de quienes deban permanecer en reclusión, incluidos todos sus custodios.

Tercero: Que toda la sociedad civil y los medios de comunicación social, en especial organismos como la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las universidades, las iglesias y todos los organismos nacionales e internacionales encargados de velar por el respeto y la preservación de los derechos humanos, se pronuncien en frente a esta tragedia que embarga a las prisiones colombianas y acompañen nuestros respetuosos pedimentos.

IV
Jurisprudencia

Un error de prohibición sin error*

*Carlos Roberto Solórzano Garavito***

*Fernando Velásquez Velásquez****

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con dos aclaraciones de voto, reconoce la existencia de un error de prohibición directo invencible en un caso en el cual un joven de 18 años fue procesado y condenado por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, a una pena de catorce años; según ese organismo, el yerro fue inevitable y el mismo, dado que el derecho colombiano acoge la teoría estricta de la culpabilidad en esa materia, hace excusable la conducta típica y antijurídica desplegada.

I. El texto de la Sentencia

ASUNTO

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de C.C.C.P., contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 2017 por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó el fallo absolutorio dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5.º Penal del Circuito de esa ciudad y, en su lugar, lo condenó a catorce (14) años de prisión como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años.

* El proveído inserto se corresponde con la Sentencia SP921-2020, fechada el seis de mayo de 2020, expedida dentro del radicado 50889 con ponencia del magistrado Gerson Chaverra Castro y contó con dos aclaraciones de voto.

** Doctor en Derecho de la Universidad de Santo Tomás; profesor de Derecho Procesal Penal, Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: car-solorzano1@gmail.com

*** Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

HECHOS

C.C.C.P. y la joven M. del M.M.S, quienes vivían en Manizales, en junio de 2009 se hicieron novios, época para la cual ella tenía 13 años y 7 meses de edad. Durante su noviazgo, sostuvieron trato sexual en la casa de su señora madre, que en algunas ocasiones consistió en simples tocamientos y en otras el acceso carnal, actos que se repitieron antes de que la menor cumpliera los 14 años de edad.

ANTECEDENTES

El 3 de septiembre de 2013 en audiencia preliminar ante la Juez 6.^a Penal Municipal de Manizales con función de control de garantías, la Fiscalía formuló imputación a C.C.C.P. por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 208 del Código Penal), frente a la cual manifestó que no se allanaba.

El día 28 del mes y año citados, la Fiscalía radicó escrito de acusación por el concurso heterogéneo de delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años y el 7 de marzo de 2014 ante el Juez 5.^o Penal del Circuito de esa ciudad, la verbalizó.

El 16 de diciembre de 2014, el Juez en correspondencia con el anuncio del sentido del fallo absolvió al acusado «al existir duda de la responsabilidad criminal».

Por estar en desacuerdo con el *a quo*, la Fiscalía impugnó la sentencia; el Tribunal Superior de Manizales al decidir la apelación la revocó y condenó a C.C.C.P. por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años. Dispuso en consecuencia su captura, la cual hasta el momento no se ha materializado.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Al amparo de la causal 3.^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la demanda se postulan dos (2) cargos por violación indirecta de la norma de derecho sustancial por errores de hecho.

1. Falso juicio de identidad (Principal).

En la introducción del cargo, el recurrente reproduce las reflexiones del *a quo* acerca de la inexistencia o ínfima lesividad del bien jurídico tutelado, y las del *ad quem* sobre la presunción de derecho consagrada en el tipo penal que hace antijurídico el trato sexual de la menor con el acusado.

A continuación, presenta la evolución legislativa y jurisprudencial del principio de antijuridicidad, para concluir que en los delitos de peligro abstracto como son los de los actos sexuales abusivos, no puede presumirse *iuris et de iure* la antijuridicidad material.

En el desarrollo del reproche, señala que el testimonio y peritazgo de Ricardo Sarmiento García, médico del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses, fueron distorsionados; si el Tribunal no hubiera incurrido en dicho error, habría concluido en la inexistencia de lesividad del bien jurídico y confirmado el fallo absolutorio.

2. Falsos juicios de identidad (Subsidiarios).

Empieza por abordar el error de prohibición, después los alegatos del Ministerio Público, y por último, lo dicho por los jueces de instancia.

El impugnante expresa que el Tribunal a partir de la versión del acusado, negó su existencia y lo acusa de confundirlo con el de tipo.

Agrega que las declaraciones de la víctima M. del M.M.S, de M.A.C.G. y de C.C.C.P. fueron objeto de cercenamiento. Para su demostración reproduce las partes de la sentencia en las cuales el Tribunal las analiza y otorga valor probatorio.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El recurrente.

Luego de aludir a los fines de la casación y señalar que en la demanda propone una única censura al amparo de la causal 3.^a del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, en la cual postula dos cargos por falsos juicios de identidad, el casacionista acusa al Tribunal de dejar de aplicar los artículos 11 y 32.11 del Código Penal, relativos a la antijuridicidad material y al error de prohibición.

En el primero por ausencia de antijuridicidad material, expresa que la conducta típica es contraria de derecho, pero no toda conducta típica y contraria a derecho es antijurídica. Añade que los juzgadores asumieron posiciones antagónicas en relación con la antijuridicidad material en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; mientras *a quo* sostiene su inexistencia, el *ad quem* dijo lo contrario.

Manifiesta que el reparo conceptualiza la antijuridicidad y respaldado en jurisprudencia de la Sala, especialmente el fallo del 2 de julio de 2009, rad. 29117, no comprende por qué el acceso carnal abusivo siendo delito de peligro abstracto contempla una presunción *juris et de jure*, la cual resulta incompatible con el mandato del artículo 11 del Código Penal.

Culpa al Tribunal de ignorar los aspectos relevantes expuestos por el médico Sarmiento García, que robustecían la tesis de la antijuridicidad material, y acudir a la presunción de derecho admisible en vigencia del Decreto 100 de 1980, sin tener en cuenta el principio de lesividad ínsito en el precepto legal. Dicho desconocimiento infirió grave daño al acusado que solo puede ser reparado con el pronunciamiento que reclama de la Corte.

Para el demandante, el *ad quem* en orden a negar el error de prohibición asevera que el acusado era conocedor de la conducta reprochable, por ser un adulto y no un niño.

A raíz de tal aserción, como la sentencia concluye que el implicado conoce después la ilicitud de su comportamiento y la prueba no muestra que ese conocimiento sea anterior, el error alegado se estructura, razón por la cual pide casar el fallo del Tribunal y dejar en firme la absolución proferida en primera instancia, pues el inculpado no merece ser sujeto de pena.

2. Los no recurrentes.

2.1 La Fiscalía.

El Fiscal Delegado cita tres antecedentes, en los cuales la Sala sostiene que en la realización de los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, aun cuando el sujeto pasivo dé su aquiescencia, el legislador presume su incapacidad para disponer de su sexualidad. Expresa que tal presunción es de carácter absoluto y no admite prueba en contrario, ya que el menor de catorce años debe estar libre de interferencias en materia sexual y por eso prohíbe las relaciones sexuales. Prohibición que para la ley se traduce en el deber de abstención y de indemnidad e intangibilidad de su sexualidad.

Por esta razón, no le es dado al recurrente entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual que la ley establece a favor de los menores, con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo en razón a su conocimiento y experiencias anteriores. Ni tampoco es posible que invoque razones de política criminal, con el fin de establecer que la edad es referente del legislador para suponer la inmadurez psicológica, porque ella no se ajusta a la realidad social o para promover un cambio legislativo.

Estima que el Tribunal acogió el criterio jurisprudencial, sin que pueda afirmarse la inexistencia de menoscabo del bien jurídico o de un daño ínfimo, mientras la joven en virtud de la presunción estaba en incapacidad de afrontar el trato sexual con el endilgado. El consentimiento no es válido para sustentar la ausencia de antijuridicidad material, razón por la cual el cargo no está llamado a prosperar. En relación con el segundo reparo, el Fiscal Delegado señala que en el fallo de segunda instancia el juzgador omitió aspectos de los testimonios de M.A.C.G. y del acusado, los cuales son determinantes para probar que C.C.C.P. actuó bajo un error de prohibición, al obrar bajo la convicción social de estar haciendo lo correcto, a pesar de la oposición de la madre a la relación afectiva de su hija con aquél.

Así las cosas, en el intelecto del inculpado no existió la idea de incursionar en un acto socialmente reprochable, luego la sanción penal está fundada en trazos de responsabilidad objetiva.

Para el Delegado, el padre del acusado no encontró razones para advertir a su hijo sobre la edad de su novia, lo cual, en caso contrario surgía la necesidad de prevenirlo acerca de que su conducta incursionaba en terrenos penales, y aunque parezca nimio es relevante, porque lo revelado por el procesado en su declaración es que la relación con la menor se caracterizó por el afecto y manifestaciones de amor comunes en los novios, sin constituir afrenta al bien jurídico, afirmación que tiene sustento en sus condiciones personales referenciadas por el Tribunal.

En este punto, la Fiscalía Delegada considera erróneo el razonamiento del *ad quem*, toda vez que de esas condiciones y del desenvolvimiento en la sociedad, se sigue la imposibilidad del endilgado de actualizar la conciencia de la antijuridicidad de los comportamientos atribuidos.

Por eso, el fallador de segundo grado frente a la falta de capacidad de la menor para disponer de su libertad y formación sexuales, debió reconocer que C.C.C.P. era sano de mente, inteligente, cursaba último año de secundaria, con acceso a los medios de comunicación e informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo plena información que lo ubica en un plano de imputabilidad evidente; sin embargo, las mismas no indican inexorablemente que hubiera tenido la posibilidad de actualizar la conciencia del injusto, porque no basta deducirlo sino que tal circunstancia depende de las condiciones reales que le hubiera permitido crear dicho conocimiento.

A pesar de que el inculcado superaba por muy poco los 18 años de edad apenas estaba terminando su bachillerato y vivía al cuidado y supervisión de sus padres, según lo revelado por la prueba testimonial en el juicio oral, no había tenido un desenvolvimiento social amplio como tampoco en el ámbito laboral y mucho menos desarrollado su sexualidad. Con fundamento en sus respuestas, la Fiscalía juzga pertinente afirmar que la comprensión del inculcado sobre el respeto de la sexualidad de otro, estaba representado en sustraerse a la violencia para obtener la satisfacción sexual.

Agrega que Marco Antonio Correa afirmó que su hijo cursaba último año y su entorno estaba caracterizado por el trato con menores a él, apenas comenzaba a forjar sus relaciones interpersonales y su primera relación íntima la tuvo con la ofendida. Dice que una máxima de la experiencia enseña que las personas que avanzan a la ciudadanía no comprenden las reglas de derecho penal y, por tanto, cuando cumplen la mayoría de edad les resulta exigible actuar conforme al ordenamiento jurídico.

Advierte que en casos como este, donde la socialización es deficiente, jóvenes de las características del implicado se ocupan de cosas de la sociedad de consumo y muy poco de aquellas que tienen que ver con la legislación penal vigente. Aclara que haber optado el acusado por estudiar la carrera de derecho, no implica que en el momento del hecho tuviera conciencia de la antijuridicidad o de las consecuencias que le podría acarrear las

relaciones sexuales con una menor de catorce años, toda vez que desde la fecha de los hechos a hoy han transcurrido cerca de diez años.

En tales condiciones, la Fiscalía Delegada pide reconocer el error de prohibición, por no estar probado que C.C.C.P. hubiera actualizado el conocimiento de la antijuridicidad.

2.2 Ministerio Público.

La Delegada para la Casación Penal expresa que el bien jurídico tutelado en el artículo 208 del Código Penal, es el de la libertad sexual entendida como la facultad y el derecho de la persona humana a elegir, rechazar, aceptar y determinarse en su actividad sexual. El legislador al establecer el límite de edad en él, presume que los menores de 14 años no tienen la capacidad para decidir libremente y en ese orden considera un abuso el trato sexual.

En este asunto, afirma que el bien jurídico se vulneró en la medida que la menor tenía 13 años y algunos meses más, es decir, carecía de facultad para decidir en el terreno de la sexualidad, razón por la cual el cargo primero no está llamado a prosperar.

En cuanto al segundo reproche, observa que el Tribunal al valorar las condiciones personales de la víctima, y el contenido y alcance demostrativo de lo dicho por el padre y su hijo, alude al conocimiento que tenía la pareja de la ilicitud de su actividad sexual, evidenciado en la menor al negarla ante su progenitora; además la progenitora del procesado fue quien encendió las alarmas al llamar la atención de la mamá de la joven para que tuviera cuidado con el comportamiento de ésta, cuando salía del apartamento y la dejaba sola.

Y contrario a lo reclamado por el libelista, la representante del Ministerio Público advierte que el Tribunal admitió el contenido de los medios demostrativos y dando alcance a los criterios de valoración con sujeción al principio de libertad probatoria, para la asunción del conocimiento que lo llevara más allá de la duda razonable, consultó la prueba encontrando particulares condiciones expuestas en el juicio por el endilgado, para concluir que no se hallaba en situaciones que le impidieran comprender la ilicitud, como se desprende de su formación y comportamiento antecedentes y posteriores al hecho.

Pide casar oficiosamente la sentencia, al no existir prueba de los actos configurativos de la conducta descrita en el artículo 209 del Código Penal, la cual tampoco fue objeto de censura.

Adicionalmente considera que habiendo sido el trato sexual producto de una relación amorosa, en la que no hubo ninguna circunstancia que influyera negativamente en la conducta de la menor, esto es, coacción, violencia o intimidación por parte de C.C.C.P., no existió el dolo y, por tanto, solicita absolverlo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

CONSIDERACIONES

Con sustento en la causal 3.^a del artículo 181 de la ley 906 de 2004, el impugnante presenta una única censura compuesta de dos cargos, ambos por errores de hecho por falso juicio de identidad.

1. Falso juicio de identidad.

El demandante aduce que si el Tribunal no hubiera tergiversado el testimonio y dictamen de Ricardo Sarmiento García, médico psiquiatra adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, habría tenido que darle la razón al *a quo* cuando afirmó que no existió vulneración del bien jurídico protegido, o si la hubo «el daño es notoriamente ínfimo», en el entendido que el comportamiento de C.C.C.P. no «significó real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal».

Para llegar a esta conclusión, el casacionista parte de la confrontación de los fallos de instancia en los que los jueces asumen disímil posición, en relación con la existencia o no de una presunción *iuris et de iure* en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, acogiendo la del *a quo* que la niega y, en consecuencia, entiende permisible con sustento en el principio de lesividad que en este caso no hubo lesión al bien jurídico o cuando más fue «ínfima».

En el esfuerzo por enseñar que la tesis del de primera instancia es la correcta, con apoyo en doctrina advierte que la antijuridicidad material consagrada en el artículo 4 del Código Penal, convirtió los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, para enseguida reproducir en extenso el fallo de la Sala del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064, relacionado con dicha clase de delitos, y citar otras¹.

Manifiesta que el rastreo jurisprudencial, evidencia que en materia de delitos sexuales, en especial los descritos en el capítulo II del Título IV del Código Penal bajo la denominación «De los Actos Sexuales Abusivos», por tratarse de conductas de peligro abstracto o presunto admiten prueba en contrario, con el objeto de establecer si la conducta puso o no en riesgo real y efectivo el bien jurídico protegido por la norma penal, luego el Tribunal se equivoca al sostener la existencia de la presunción *iuris et de iure*.

¹ CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117; 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 mayo 2009, rad. 31362; 25 mayo 2010, rad. 28773, referidas respectivamente a los delitos de injuria por vías de hecho (descartó que se configurara el de actos sexuales con menor de catorce años; aclarada el 5 de noviembre de 2008, rad. 30305), porte de estupefacientes (reconoce la ausencia de antijuridicidad material), defraudación a los derechos patrimoniales de autor (principio de lesividad y significancia del daño); y, falsedad en documento privado (afirma la lesión del bien jurídico).

Añade que los procesos de socialización de hoy son distintos a los de la década del 80, en la que se criminalizó el acceso carnal abusivo con menor de catorce años, sin que pueda pasar desapercibido el papel que juega la televisión e internet que permiten el acceso a páginas pornográficas. Esto, sin duda, incide en la formación de los menores y adolescentes, conduciendo a la iniciación sexual de hombres y mujeres a edad más temprana, sin que sea extraño que la relación sentimental vaya acompañada de trato sexual. Esta «nueva mentalidad femenina» no es ajena a M del M.M.S.

Como prueba del cambio cita el testimonio y peritazgo del médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García, en los cuales se dice que la menor «ya estaba cognitivamente en condiciones mentales suficientes para sostener, como ella lo dijo, su primera relación sexual» e «igualmente estaba en condiciones físicas para sostener esas relaciones sexuales, a pesar de tener menos de 14 años»; aspectos que el Tribunal al ignorar le impidieron concluir que la conducta de C.C.C.P., carecía de potencialidad «para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela».

El casacionista al afirmar que la Corte progresivamente ha abandonado la presunción de derecho en materia de delitos sexuales y acogido la de hecho que admite prueba en contrario, hace una lectura equivocada de las decisiones citadas en el reparo, en especial de aquella que consideró como injuria por vías de hecho el comportamiento denunciado al concluir que «no hubo un acto de connotación sexual que de alguna manera afecte siquiera la formación sexual de la ofendida, ni la integridad, ni la libertad sexuales»².

En efecto, la primera alude a un problema de variación de la calificación jurídica. Las otras³, enfatizan la vigencia del principio de antijuridicidad material a partir de lo previsto en el artículo 4.º del Código Penal, o su ausencia en casos de insignificancia o de falta de lesividad del bien jurídico, sin que en ninguna se asuma que la validez del consentimiento en los actos sexuales abusivos admita prueba en contrario.

De otro lado, desde el Código Penal del 36 que consideraba violación carnal el acceso carnal con menor de catorce años⁴, el legislador siempre ha presumido *iuris et de iure* la

² CSJ SP, 2 jul. 2008, rad. 29117.

³ CSJ SP, 18 nov. 2008, rad. 29183; 13 mayo 2009, rad. 31362; y, 25 mayo 2010, rad. 28773.

⁴ Art. 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión. A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

inmadurez de juicio del sujeto pasivo para prestar el consentimiento y su falta de desarrollo para realizar tal acto. La Corte en sentencia del 12 de diciembre de 1967, sostuvo que:

«Si la víctima del acceso carnal es menor de catorce años (varón o mujer), se tiene también violencia carnal, pues esa persona no puede aceptar legítimamente el acto sexual, porque carece de madurez necesaria para ello...

La presunción establecida en el inc. 2.º del artículo 316 del C.P. es de derecho, no admite prueba en contrario. Basta, por tanto, para que pueda hablarse de violencia carnal, que se haya cumplido el coito con persona menor de catorce años de edad, aunque no haya existido la menor violencia».

A partir del Decreto 100 de 1980, los delitos contra la libertad sexual y el pudor sexuales, fueron clasificados no a partir del resultado sino de la modalidad de ejecución de la conducta: violencia, engaño y abuso.

Respecto de esta última categoría, se dijo que «Cuando una persona se aprovecha de la inmadurez, de las condiciones de inferioridad psíquica, o de la inconsciencia de otra, no está ejerciendo violencia ni engaño. Simplemente está usando mal, esto es abusando de su relativa superioridad, natural o accidental»⁵. Con fundamento en ello, consideró al acceso carnal con menor de catorce años como acto abusivo, sin eliminar la presunción de derecho sobre la invalidez del consentimiento.

Ahora bien, al examinar la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del citado decreto, cuya descripción típica es idéntica a la de los artículos 208 y 209 del actual Código Penal, la Corte Constitucional fue clara en señalar que la libertad del menor para disponer de su sexualidad no es plena, por falta de conciencia acerca de sus actos y de sus consecuencias. Así lo reconoció cuando dijo, que:

«al tenor del artículo 5.º de la Constitución, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Uno de ellos es el indicado en el artículo 12 ibídem, según el cual nadie será sometido a tratos degradantes. Los actos sexuales y el acceso carnal no lo son para una persona mayor, enteramente dueña de su comportamiento, mientras los lleve a cabo en forma voluntaria y libre; pero sí lo son, y en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores; su libertad —aquí alegada erróneamente por el actor— no es plena, pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan.

Y agregó, que:

⁵ Acta Nro. 75, Comisión de 1974; Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, p. 50.

«la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto-control propios de la persona mayor»⁶.

En dicha oportunidad, para salvar la contradicción entre las normas penales y civiles, dada la capacidad de la mujer menor de catorce años y mayor de doce para contraer matrimonio y el concepto de familia del artículo 42 de la Carta Política, la Corte Constitucional dijo que había una causa de justificación aun cuando el legislador no la hubiera previsto para las relaciones sexuales de quienes previamente habían contraído nupcias o establecido una familia por vínculos naturales.

La Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código Penal de 1980, también sostuvo que se presume de derecho la incapacidad del menor para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad y la invalidez de su consentimiento en aras de la supuesta ausencia de antijuridicidad cuando lo ha prestado. Así advirtió, que:

«Esta presunción, contrario a lo expuesto por el *ad quem*, es de carácter absoluto: *iuris et de iure*, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor Italiano, y la indemnidad e intangibilidad sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea.

Significa esto, que al juzgador no le es dado entrar a discutir la presunción de incapacidad para decidir y actuar libremente en materia sexual, que la ley establece en pro de los menores de 14 años con el propósito de protegerlos en su sexualidad, pretextando idoneidad del sujeto para hacerlo, en razón a sus conocimientos o experiencias anteriores en materia sexual, ni apuntalar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica, al hecho de haber el menor prestado su consentimiento.»⁷.

Tesis que ha mantenido invariable en vigencia de la Ley 599 de 2000, que en su artículo 208 reprodujo el 304 del citado Decreto 100 de 1980, cuyo bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales es lesionado, no obstante, el menor haya consentido el acceso carnal, por considerarlo inmaduro para asumir sus consecuencias. Consideró, que:

⁶ CC C-194/94.

⁷ CSJ SP, 26 sep. 2000, rad. 13466. Véase también, SP, 4 feb. 2003, rad. 17168.

«En atención a la edad de la víctima, el legislador presume de derecho –lo que implica que no se admita prueba en contrario– que ésta se halla en circunstancias de inferioridad, en un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo un adulto no encuentra resistencia alguna a su actuar.

El abuso se cargaría al autor, por obrar sobre una persona menor de 14 años de edad, que no está en condiciones de asumir responsablemente el acto sexual. Nada interesaría, para estos fines, que la misma hubiera asentido el hecho, porque para tomar esas decisiones la ley la tiene como inmadura por la edad»⁸.

De lo expuesto, se concluye sin dubitación que contrario a lo afirmado por el demandante, la Sala reconoce que en el tipo penal del artículo 208 existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario, razón por la cual, el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento.

Lo anterior, porque lo que presume el legislador es la falta de capacidad del menor para comprender «el significado social y fisiológico del acto», o mejor aún, las consecuencias que se derivan de él, al considerar que no está preparado para asumir o enfrentar los eventuales resultados que se derivan del trato sexual.

En este sentido, para la estructuración del tipo penal es indiferente que el menor tenga noción y conocimiento de qué es y en qué consiste la sexualidad. La inmadurez que niega validez a su consentimiento, está vinculada con la falta de capacidad para afrontar el alcance y consecuencias que pueda generar en su vida el trato sexual antes de los catorce años de edad, *verbi gratia*, la condición de madre o padre, la crianza del recién nacido, su manutención, etc.

De ahí que carezca de toda relevancia que el Tribunal no hubiera apreciado que M. del M.M.S sabía y comprendía en qué consiste el acceso carnal, según lo dicho por el psiquiatra en su testimonio o lo concluido en el peritazgo, toda vez que la presunción *iuris et de iure* no admite prueba en contrario.

El cargo no prospera.

2. Falso juicio de identidad.

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

En la introducción del cargo, reproduce el auto proferido por la Sala el 13 de noviembre de 2003, rad. 41011, el cual se refiere a dicha modalidad de error, los alegatos del

⁸ CSJ SP, 11 dic. 2003, rad. 18585. Además, SP. 1, nov. 2017, rad. 49845.

Ministerio Público, lo expresado por los falladores de instancia sobre dicha temática, para concluir que el *a quo* acertó al decidir que el implicado actuó al amparo de la excluyente de responsabilidad penal.

Reprocha al Tribunal no haber reconocido la inmadurez del inculpado a partir de sus condiciones personales; exigir para la estructuración de la disculpante la demostración de que aquél era un lego en la materia; y, confundir el error de tipo con el de prohibición.

Translitera lo declarado en la audiencia de juzgamiento por la víctima M. del M.M.S, M.A.C.G., padre del acusado, y C.C.C.P., quien renunciara al derecho constitucional de guardar silencio, testimonios que, según la censura, el Tribunal cercenó.

La conclusión del *ad quem*, según la cual, el intento de suicidio de la menor obedeció al conocimiento de la posible imposición de una pena de prisión a su novio, tergiversa la declaración de M. del M.M.S. Del mismo modo ignora partes de la versión de M.A.C.G., a partir de las cuales era pertinente inferir, que éste tampoco se representó que la relación de su hijo con la menor podía constituir delito.

Advierte el impugnante, que de las manifestaciones del implicado se desprende que sus padres nunca le advirtieron las consecuencias penales que le traería su relación sentimental con la menor, acusando al Tribunal de dejar de valorar las condiciones personales y la inexperiencia en lides sexuales de aquél.

En tales circunstancias, la mutilación llevó a fijar un alcance distinto a las pruebas mencionadas e impidió al *ad quem* reconocer el error sobre la ilicitud de la conducta, «basado en la interpretación errónea que hizo el joven» de la norma que consagra el ilícito.

Para el demandante la relación sentimental producto del amor entre los jóvenes y consentida por ambos, es «razón suficiente para que el joven procesado, no pudiera dimensionar la ilicitud de su comportamiento, pues en su psiquis no se representó la idea de que sostener una relación sexual con una menor de 14 años –bajo los presupuestos que se ha hecho mención–, era considerada una conducta contraria al derecho». Además, por ser la primera relación tampoco «fue consciente de la ilicitud de su comportamiento antes de la comisión de la conducta típica».

En orden a mostrar la trascendencia del vicio en el fallo, se ocupa de los temas del derecho penal y la responsabilidad subjetiva, de la culpabilidad como juicio de reproche personal al autor y su función legitimadora de la pena, del error de prohibición y sus modalidades.

Con sustento en su exposición teórica, el demandante concluye que la conducta de C.C.C.P. configura el error de prohibición bajo la especie del error de subsunción, al considerar que la prueba muestra i) «que nunca se le advirtió a C.C.C.P. de la ilicitud de su comportamiento por parte de la familia»; ii) que «la relación de noviazgo era una relación de cariño y amor entre el procesado y la víctima»; y, iii) su inmadurez.

Finalmente, para el casacionista resulta admisible que el endilgado tuviera capacidad y conciencia para conocer que «una conducta ejecutada contra una persona, cuando medie un acto de violencia, es reprochable por el ordenamiento jurídico»; sin embargo, le fue imposible comprender la ilicitud de su obrar porque la relación sexual fue fruto del amor y no de la violencia.

El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la «culpabilidad estricta»⁹, para la cual la invencibilidad del error excluye la culpabilidad, mientras su vencibilidad reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida.

«Para que el mismo tenga relevancia jurídica, es decir, excluya al sujeto de responsabilidad penal, debe ser invencible, pues, si fuere superable, deberá responder por el delito ejecutado de manera atenuada, como lo prevé el numeral 11 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000»¹⁰.

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

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

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

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

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

Bajo los presupuestos anteriores, el casacionista tiene razón. Con independencia de la confusión del juez *a quo* al absolver al acusado bajo la hipótesis de la vencibilidad del

⁹ CSJ SP, 13 jul. 2005, rad. 20929; 19 mayo 2008, rad. 28984.

¹⁰ CSJ SP, 15 jul. 2009 rad. 31780.

error de prohibición, la cual por el contrario lo obligaba a imponer la mitad de la pena con estricta sujeción a lo previsto en el numeral 11 del artículo 32, y a la referencia indistinta al error de tipo, la prueba enseña que C.C.C.P. no tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, razón por la cual el *ad quem* yerra al revocar el fallo absolutorio para condenarlo.

El Tribunal niega la existencia del error por considerar al «acusado sano de mente, inteligente, en último año de estudios secundarios, con acceso a los medios de comunicación y la informática, habiendo recibido como se hace en todo establecimiento educativo, plena y suficiente formación a este nivel, lo ubican en un plano de imputabilidad evidente, con capacidad de raciocinio para elegir entre lo lícito y lo ilícito».

Y con «suficiente cognición para fijarse mentalmente que su comportamiento era contra derecho, en tanto incursionaba al apartamento de su novia siempre en soledad, nunca quiso darle la cara a la suegra para formalizar su relación, porque conocía que esa minoría de edad se convertía en una infranqueable barrera para repetir los accesos, en las condiciones que la misma joven narró, sin poder consentirlo jurídicamente»¹¹.

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

En este sentido, que el consentimiento del menor de 14 años carezca de eficacia jurídica, haciendo en principio punible el acceso carnal tenido con él, no implica que su autor sea culpable. La presunción de derecho establecida a su favor y no en perjuicio del autor, no impide que éste aduzca haber obrado bajo un error invencible de prohibición, cuyo reconocimiento excluye la responsabilidad penal.

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

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

¹¹ Folio 19, sentencia de segunda instancia.

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

Inicialmente, resulta pertinente señalar que M. del M.M.S fue la primera novia del acusado. Que éste a pesar de sus dieciocho años, no había iniciado su vida sexual al igual que ella. Así mismo que el inculpado fue educado y formado en un hogar humilde, compartido con sus abuelos y bajo los principios católicos, según lo manifestado por su progenitor. Igualmente que llevaba una «vida muy normal», salía «con mis compañeros y amigos del barrio» y tenía amigas desde los «13 años», como cualquiera otro estudiante o muchacho de su edad.

En el juicio oral, C.C.C.P. insistió en que no sabía que fuera «delito amar». Para él las relaciones sexuales surgidas del amor siempre son lícitas. Este estado afectivo, a su juicio, hace permisible el consentimiento de la menor, al cual la ley le niega eficacia jurídica, bajo la creencia que no siendo el trato sexual producto de la violencia o del engaño, tampoco es abusivo.

Por eso mismo añadió, que nunca pensó sacar provecho del noviazgo con la joven y menos buscó su perversión. Luego, el objeto de controversia se centra en determinar si el juicio del inculpado, de acuerdo con el cual, el trato sexual producto de la relación amorosa es lícito o no. En este sentido, para él, es punible únicamente el que no está sustentado en el afecto, porque en estas condiciones su anuencia carece de eficacia.

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

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

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

para acceder al conocimiento y la información, explica la consagración legal de la disculpante de la responsabilidad penal.

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

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

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

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

Además, la condición de estudiante no excluye el error y su invencibilidad, toda vez que la posibilidad de actualizar el conocimiento depende de la situación personal del autor en el caso concreto y no necesariamente de su grado de instrucción.

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

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

Los anteriores hechos relevantes en la configuración del error, a los cuales la sentencia les otorga otro alcance a partir de la prueba cuestionada, muestran que el estudiante, por

causas razonables, no tuvo la oportunidad de actualizar el conocimiento potencial del injusto por el cual fue condenado en segunda instancia.

En este sentido, el error no es controvertido por el relato de la menor al psiquiatra forense, según el cual, «ella (mi mamá) me dijo que me iba a llevar a hacer una cosa pa' saber si yo era virgen o no y yo estaba muy estresada porque si se daban cuenta lo metían a la cárcel»¹². En él, M. del M.M.S revela las posibles consecuencias penales para su novio, en razón de su edad.

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

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

Finalmente, la aseveración del tribunal, conforme con la cual «pese a su edad –menor–, sí era consciente de las consecuencias del acto desplegado sobre ella por parte de su enamorado, al punto que trató de quitarse la vida por un posible encerramiento carcelario», revela el comportamiento asumido por M. del M.M.S y no el del novio, olvidando que el error se predica de él y no de la joven.

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

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

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

¹² Folio 37 del Cdno. 1. Dicho dictamen es prueba, y fue introducido en el juicio oral por el médico psiquiatra Ricardo Sarmiento García.

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

En consecuencia, la Sala casa la sentencia y, en su lugar, deja en firme el fallo proferido en primera instancia, mediante el cual se absuelve al implicado de los delitos imputados en la acusación. Por consiguiente, se dispondrá la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de las República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

Casar el fallo del 17 de mayo de 2017 proferido por el Tribunal Superior de Manizales, de acuerdo con el cargo segundo de la demanda y en su reemplazo dejar en firme el dictado el 13 de noviembre de 2014 por el Juzgado 5.º Penal del Circuito de esa ciudad que absolvió a C.C.C.P.

En consecuencia, se dispone la cancelación de las órdenes de captura emitidas contra el procesado por razón de esta actuación. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Primera Aclaración de voto¹³

1.- La decisión de casar la sentencia condenatoria de segunda instancia de manera que cobrara vigencia la absolutoria de primer grado, cumple el ideal de justicia material o verdaderamente eficaz que, desde el preámbulo y los principios fundantes del Estado, garantiza nuestra Constitución a todos los habitantes del territorio, todavía más si se atiende a la condición personal de los protagonistas de los hechos materia de juzgamiento: el procesado escasamente mayor de edad y su novia con quien mantenía relaciones sexuales, a pocos meses de tener habilitación legal para consentirlas y practicarlas; aspecto adicional [carecer de capacidad de consentimiento sexual por ser menor de 14 años] que concita disertación sobre su legitimidad y razonabilidad de cara a la función política que cumple la tipicidad como instrumento de limitación al ejercicio del poder punitivo del Estado, que propende por desbrozarlo de expresiones de intolerable irracionalidad, lo que, en palabras de Zaffaroni, implica que «la construcción de la tipicidad objetiva no debe perseguir solo la función de establecer el pragma típico sino también la de excluir su tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad del poder

¹³ El autor de este texto es el magistrado José Francisco Acuña Vizcaya.

punitivo, ya que de no existir la conflictividad como carácter de pragma típico no sería tolerable ningún ejercicio del poder punitivo»¹⁴.

Lo anterior simplemente pensando en que legislaciones y culturas diferentes reconocen el derecho a la sexualidad de las personas desde una edad inferior a la establecida en nuestro ordenamiento.

2.- Dicho lo anterior, consideró que la vía para la absolución no era propiamente el error de prohibición [valga decirlo tampoco el error de tipo], al cual arriba la sentencia sobre la base de que «el sentenciado, estudiante de último grado, proveniente de un hogar humilde, inexperto en su vida sexual, al practicarlas con su novia menor de 14 años, entendía que el trato sexual fundado en el afecto otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja; creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad, error invencible que inhibe su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, de adicional talante insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad».

Se afirma, entonces, que esas circunstancias le impidieron al sentenciado actualizar el conocimiento potencial del injusto, lo cual no parece suficiente si para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad, dice el artículo 32.11-2 del Código Penal, basta que la persona haya tenido la oportunidad [posibilidad], en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, entendimiento del que considero estaba asistido el sentenciado, a pesar de que la providencia, sin razón que lo justifique, le atribuye condiciones cognitivas inferiores a la de su joven novia, en cuanto se afirma que ella sí entendía que por su edad la relación sexual con CCCP, «podía llevarlo a la cárcel»; además, porque ese conocimiento simplemente es el del profano, al que los estudiosos le asignan la denominación de conocimiento paralelo en la esfera del lego.

Admitiendo que el aludido error circundó la esfera de conocimiento del sentenciado, debe también considerarse, según sus condiciones personales, familiares y el grado de instrucción, junto con la preocupación que el noviazgo generó en su progenitora, y la angustia que asaltaba a su novia adolescente de que lo llevaran a la cárcel, que tal error sería vencible, de manera que igual tendría que responder, aunque de manera atenuada.

3.- Como arriba anticipe, tampoco considero viable en esta especie como alternativa jurídica el error de tipo, siendo que el acusado no expresó ni la defensa alegó, que hubiere errado sobre el conocimiento de los concretos elementos integrantes del tipo penal analizado, esto es, que: i) accedía carnalmente, ii) a una persona menor de 14 años; componentes de los que no se predica duda o ignorancia por parte del sentenciado en la actuación.

¹⁴ Esta cita, que no tiene pie de página en el texto original, aparece en Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 483 [Nota de los comentaristas].

4.- Estamos, en suma, ante una conducta típica y antijurídica, conocida y querida por CCCP.

5.- Se verifica, según lo anterior, que se realizaron en este caso los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal, sin que ello signifique, además, que la conducta del sentenciado pueda calificarse como culpable. La reacción punitiva exige avanzar un análisis de la persona que en ese injusto se le ha atribuido la condición de autor; examen que corresponde al juicio de reproche, a partir del cual el juez decide la procedencia de la pena y, de ser así, la cuantía de esta, en términos de razonabilidad y proporcionalidad. Juicio que, entonces, no puede quedar reducido a la fórmula de la procedencia del castigo sobre la base de que libremente optó por cometer el delito cuando podía evitarlo, pues debe examinarse la persona misma y las circunstancias que lo definen como ser cultural, pues allí, en ese ámbito que le es propio, es donde adquiere y forja el conocimiento que desarrolla su juicio crítico. De ahí que algunos autores señalen que la pena derivará de la responsabilidad en un estadio en el que el juez valore todas las circunstancias del autor, en orden a decidir conforme a criterios preventivos sobre la imposición de la pena, y que otros agreguen que el reproche no se dirige a un ser abstracto dotado de libre albedrío, sino a un ser humano concreto inmerso en una sociedad desigual y discriminatoria en la que el reproche debe alcanzar por igual al Estado, titular de un poder punitivo que de preferencia enfila contra los grupos sociales más vulnerables.

6.- El juicio de reproche, cabe insistir, comprende un elemento valorativo que implica considerar las circunstancias concretas de la persona con el fin de establecer su responsabilidad, valorarlo como ser real que es, integrante de un específico ambiente socio cultural en el que interactúa y comparte con otros individuos. En la literatura especializada se enfatiza que el juez al examinar al individuo frente a su conducta punible para establecer responsabilidad, debe examinar las circunstancias que dicen relación con sus oportunidades de acceso a bienes naturales y sociales, es decir, valorarlo no solo en posesión de bienes, sino también en carencia de los mismos, bajo el dato cierto que no existe igual distribución de bienes en la sociedad y tampoco los individuos que la integran son iguales ni puede exigírseles a todos similar responsabilidad por vulneración de la norma en que incurran¹⁵.

7.- En ese orden de ideas, lo que se pretende es que el Estado, no en forma general, sino en cada caso, respecto de cada individuo, pueda legítimamente exigir responsabilidad en la conducta delictiva desarrollada por esa persona, pues lo que se mide en este juicio, en últimas, es la capacidad del Estado para exigirle responsabilidad al individuo, si puede hacerlo en el caso concreto en consideración a la responsabilidad social que le asiste. Frente

¹⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Teoría del sujeto responsable – Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad.

a un desposeído que, por ejemplo, hurta alimentos, el fracaso del Estado en la distribución de bienes y garantías de bienestar indicará que su responsabilidad es mayor, y menor o nula la de la persona que bajo esas condiciones determinó su actuar en contra de la norma.

8.- La expectativa de un juicio de tal naturaleza no es ni mucho menos novedosa ni anhelo exclusivo de juristas y filósofos del derecho en su labor de explicar por qué y para qué el Estado puede acudir a la sanción penal como medio defensivo de la sociedad. En su prólogo de *Los Miserables* (1862) Víctor Hugo ya sentenciaba como: «las faltas de las mujeres, de los hijos, de los criados, de los débiles, de los pobres y de los ignorantes, son las faltas de los maridos, de los padres, de los amos, de los fuertes, de los ricos, de los sabios [...] Si un alma sumida en las tinieblas comete un pecado, el culpado no es en realidad el que peca, sino el que no disipa las tinieblas»¹⁶ *.

9.- En el caso aquí analizado, partiendo de las condiciones personales, familiares y sociales del sentenciado, consignadas por la Corte en la sentencia, las cuales descubren una persona sin experiencia sexual y débil conocimiento en la materia, que a parte de sus familiares compartía con otros adolescentes de igual o inferior edad, con quienes, sin duda, habría de surgir ese impulso vital; el reproche que se pretenda por su comportamiento resulta improcedente, pues cómo podría el Estado exigirle que obrara de manera diferente, imponiéndole, tal vez, que contuviera sus sentimientos, o que los dirigiera hacia otra persona. No, el Estado no puede penetrar esas esferas de la personalidad, del sentenciado ni de la persona con quien vivía esa relación afectuosa, la cual los movía, como marca la experiencia, a descubrir y compartir en intimidad.

Desde otra perspectiva, resulta imposible cerrar los ojos ante el vértigo, la precocidad y, sobre todo, la autonomía de vida de los adolescentes de hoy, ante quienes el Estado, a falta de cumplimiento en el otorgamiento o satisfacción de bienes (especialmente los referidos a educación, salud, recreación, más y mejor capacitación, etc.), no puede responder con escuetas y frías sanciones punitivas.

En síntesis, a CCCP no podía exigírsele el no hacer contenido en el tipo penal del artículo 208 del Código Penal, razón por la cual la decisión de absolverlo es inobjetable.

¹⁶ * Consultada la edición original del libro se aprecia que él no contiene ningún «prólogo» y que la cita tampoco aparece en su breve «prefacio»; sin embargo, sí está consignada en el capítulo I: «Les fautes des femmes, des enfants, des serviteurs, des faibles, des indigents et des ignorants sont la faute des maris, des pères, des maîtres, des forts, des riches et des savants»; y, luego, se añade «Cette âme est pleine d'ombre, le péché s'y commet. Le coupable n'est pas celui qui fait le péché, mais celui qui fait l'ombre» (Cfr. Hugo, 1862, pp. 10-11, 40-41) [Nota de los comentaristas].

10.- Desde otro punto de análisis, si se admitiera que su conocimiento pudo ser actualizado, por otras circunstancias, ello no obsta para predicar que su obrar fue inculpable, pues, adicional al conocimiento del hacer y su ilicitud, se requiere motivación para comportarse conforme a derecho en la toma de decisión, aspecto que se echa de menos al examinar y valorar las circunstancias en que actuó el sentenciado consignadas en la sentencia.

Al respecto, adviértase que cuando el Estado considera tipificar una conducta, debe adecuar los medios para que los ciudadanos se motiven por ella, uno de esos medios es el derecho penal, motivando negativamente al conminar con el castigo si se toma el camino contrario, pero esa motivación la armoniza positivamente creando condiciones para que se actúe conforme a derecho, mediante políticas sociales y económicas que favorezcan dicho contexto motivacional. En el caso analizado no se vislumbran esas condiciones de motivación, lo que rompe el vínculo entre la culpabilidad y la pena, circunstancia que la hace innecesaria como injusta.

11.- Sobre ese escenario estimo que el presente asunto ofrecía también la posibilidad de resolverlo desde la óptica de la punibilidad, pues aun de admitirse que el sentenciado obró con culpabilidad –y, por ende, que su comportamiento fue también típico y anti-jurídico– las características particulares del caso examinado suscitan la cuestión de cuan necesaria se advierte la respuesta sancionatoria del Estado.

Al margen de que la punibilidad constituya o no una categoría basilar en la comprensión de la teoría del delito (sobre lo cual existe amplia discusión académica y mínimo consenso), no puede soslayarse que el ordenamiento penal expresamente prevé que «la imposición (y no solo la dosificación) de la pena... responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad»¹⁷, como también que «el funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política»¹⁸.

En armonía con esas previsiones, se ha sostenido en un sector de la doctrina especializada que «la ilicitud y la culpabilidad, en su condición de elementos estructurales del delito, no siempre justifican por sí solos la imposición de una pena»¹⁹, y por ello que «el juez penal, al momento de determinar la sanción que se va a imponer, podrá abstenerse de

¹⁷ Art. 3.º del Código Penal.

¹⁸ Art. 7.º *ibidem*.

¹⁹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Estudio Jurídico dogmático sobre las llamadas Condiciones Objetivas de Punibilidad». Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990. Referenciado por RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. «Punibilidad y Responsabilidad Criminal». En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso

ello pese a estar ante una conducta típica, antijurídica y culpable, cuando de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, esta no aparezca como necesaria. Solo de esta manera será posible avanzar en el camino propuesto por Ferrajoli –el cual compartimos–, en el entendido de aceptar la pena como un mal necesario que debe ser reducida en la mayor medida posible»²⁰.

Cabe preguntarse entonces, de acuerdo con las premisas que anteceden, bajo qué criterios resultaría justificada la irrogación de una pena a CCCP, incluso de aceptarse que su comportamiento fue culpable, y hasta dónde puede y debe el Juez considerar esa circunstancia como presupuesto para la imposición de la sanción, a efectos de evitar adjudicaciones injustas respecto de conductas que, aunque formalmente se subsumen en la descripción abstracta de un delito, no conllevan en realidad, por las circunstancias concretas y específicas en que sucedieron, «un perjuicio insoportable para la coexistencia social»²¹ que amerite la represión estatal.

En los términos expuestos dejo consignada mi aclaración de voto.

Segunda Aclaración de voto²²

La absolución no ha debido proferirse por error de prohibición invencible, este supuesto no tiene sustento probatorio en el proceso, la conducta es materialmente antijurídica. La absolución debió proferirse por ausencia de dolo valorado, esto es, no haberse tenido conciencia de la antijuricidad, al inculcado no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia una conducta diferente.

De otra parte, debo señalar que debió excluirse la ilegalidad de la valoración médica que la madre hizo practicar a su hija, en este caso la víctima, sin que esta diera su consentimiento en procedimiento vinculado con su derecho a la intimidad.

Estas son las razones por las cuales aclaro el voto.

(XVI) 1995, pp. 361–370. Se corrigió el nombre del autor, citado de segunda mano [N. del Editor].

²⁰ COTE BARCO, Gustavo Emilio. «La necesidad de la pena. Reflexiones a partir de los artículos 3.º y 4.º del Código Penal Colombiano». En *Vniversitas* (114), pp. 191–226.

²¹ ROXIN, Claus, «Iniciación al derecho penal de hoy». Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla (1981), p. 30.

²² * El autor de esta breve pieza es el magistrado Eugenio Fernández Carlier.

II. Comentario

Introducción

La distinción entre error de tipo y error de prohibición es de muy vieja data en la doctrina penal sobre todo en la de origen alemán y, en lo que hace a la jurisprudencia, se debe recordar que ella cobró carta de naturaleza cuando el 18 de marzo de 1952 el Tribunal Supremo Federal pronunció una famosa sentencia en la cual le brindó plena acogida (Jescheck, 1981, I, p. 412; Roxin, I, 1997, pp. 459 y ss.); a partir de ese momento ese distingo se consolidó en el derecho penal germano y en los de su misma órbita cultural (Jescheck-Weigend, pp. 328 y ss.). Incluso, el debate entre nosotros data de casi cinco décadas aunque el primer estudio sistemático sobre el asunto aparece un poco más tarde (Londoño, 1982, pp. 24 y ss.) seguido de un intenso debate que ya había jalonado la doctrina de entonces (sobre ello, Velásquez, 1982, p. 897; Velásquez, 1983, pp. 295 y ss.; Velásquez, 1984, pp. 187 y ss.). Por eso, cuando se aborda un caso como el que motiva este comentario es de suponer que las bases conceptuales sobre las que se edifica el debate están claras y, en consecuencia, se trata solo de retomar las mismas.

Sin embargo, cuando se examinan las providencias de primera y de segunda instancias y la emitida por Sala de Casación Penal que aparece transcrita más arriba con sus dos aclaraciones de voto, parece que las cosas no son tan nítidas como a primera vista pareciera y no solo en lo atinente a problemáticas como la del error de prohibición, la imputación objetiva, la sistemática del delito, etc., sino sobre los fines de la pena y del derecho penal que es el asunto medular a tener en cuenta cuando se estudian casos como el que motiva esta reflexión. A continuación, se hace un resumen de los diversos planteos formulados por los intervinientes que se ocuparon del caso y, luego, se abordan los mismos, desde un ángulo crítico y se proponen otras vías para enfrentar el debate.

El caso en examen y la valoración jurídica de los juzgadores

Los hechos objeto de estudio son sencillos: hace once años un joven de casi 19 años y una chica de trece años y siete meses de edad se hicieron novios y, en la casa de esta última, tuvieron trato sexual consentido consistente en tocamientos y accesos carnales que se repitieron hasta que aquella llegó a los catorce años de edad, entre los días nueve de julio y el cinco de agosto de 2009, e incluso después.

La Fiscalía²³

En un comienzo, el ente acusador le imputó al procesado el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años al tenor del artículo 208 del entonces texto vigente y, luego —el 28 de noviembre de 2013—, lo acusó por un «concurso heterogéneo de delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años».

El Juzgado Penal del Circuito²⁴

El 16 de diciembre de 2014, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales que conoció del caso —en atención a que ya había anunciado en precedencia el sentido del fallo— absolvió al acusado «al existir duda de la responsabilidad criminal». En ese proveído se plantean diversas tesis:

En efecto, el primer intento de solución al caso aparece cuando el juzgador rescata los postulados constitucionales a luz de los cuales plantea que no es justo condenar al procesado; por eso, reivindica los límites a la potestad punitiva del Estado, para el caso los principios de dignidad de la persona humana, del acto, de lesividad y de culpabilidad, como el punto de partida para apuntalar la ausencia de condena (absolución a partir de los principios).

²³ Representada por la fiscal Claudia Leonor Restrepo Marín.

²⁴ Despacho a cargo del juez Héctor Fernando Alzate Vélez.

Es más, se atreve a afirmar que la presunción de derecho plasmada en el art. 208 del Código Penal no es una camisa de fuerza para el juzgador y que ella se debe desechar cuando propicia soluciones injustas (Sent. 16/12/2014, fls. 16 y ss.).

Y algo que es relevante: en esta misma providencia se afirma que «no es factible imponer sanción a CCCP, por razones de justicia, por tornarse en desproporcionada la misma como lo anunció la defensa», con lo cual se echan las bases para apuntalar las tesis que luego desarrolla una de las aclaraciones de voto a la Sentencia de la Sala de Casación Penal, como se dijo.

Pero es esa «brújula constitucional» la que, en segundo lugar, le permite al juzgador –de la mano de la defensa del inculcado– plantear una segunda forma de abordar el asunto cuando afirma que el comportamiento del procesado no afectó de manera sensible el bien jurídico y esa afectación apenas sí puede ser calificada como mínima: «[...] la vulneración al bien jurídico protegido no existió, y si de alguna manera ello se puede elucubrar como lo argumenta la Fiscalía, el daño es notoriamente ínfimo» (Sent. 16/12/2014, fls. 18).

Aquí, pues, a partir de la doctrina española citada se ensaya una tesis adicional para apuntalar la absolucón. Desde luego, en relación con el bien jurídico se debe hacer la siguiente precisión: a pesar de que casi todas las piezas procesales hablan de un solo interés objeto de protección la verdad es que el legislador en el Título IV protege tres bienes jurídicos distintos; allí se habla de «la libertad, integridad y formación sexuales»; tan es así que el calificativo de «sexuales» se refiere a cada uno de los tres componentes de la estructura lingüística. Por ello, la Sentencia de segunda instancia habla con toda propiedad de «los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales regulados por los artículos 208 y 209 imputados» (Sent. 17/5/2017, fl. 8). Y es a partir de estos tres bienes jurídicos –que comportan dimensiones diversas del tratamiento jurídico penal de la sexualidad– que se estructuran los diversos tipos penales plasmados a lo largo del articulado, cada uno de los cuales hace hincapié en uno o en varios de ellos; es que, para poner un

ejemplo, no es lo mismo la afrenta a la libertad de disponibilidad de la sexualidad que se presenta en conductas como las de violación (artículo 205), que el daño a la formación y a la integridad sexuales que se produce cuando se abusa de un menor o se le explota en los casos de las conductas vertidas en los artículos 213 y siguientes.

Y luego, de la mano de lo sostenido por la procuraduría delegada –que, al parecer, es la responsable de apuntalar la tesis del error de prohibición que también patrocina la defensa–, entra en escena el planteamiento que, a manera de tercera vía para la solución del caso, se pasea por todo el expediente, cuando se afirma que «saltaba al rompe la inconciencia de la antijuridicidad de la conducta». De allí que la sentencia haga esfuerzos para apuntalar esta tesis en las voces de autores como Bacigalupo, Saborit y Galán-Castellanos, aunque en las transcripciones del texto de este último se observen diversas confusiones conceptuales entre el juicio de exigibilidad de otra conducta y el juicio sobre el potencial conocimiento de la antijuridicidad, que son cosas bien distintas.

Naturalmente, el indebido manejo de las categorías dogmáticas es el responsable de que el fallador de primera instancia –tras plantear como vencible el posible error de prohibición, cuya naturaleza tampoco precisa– pretenda que en estos casos se excluye la responsabilidad porque no hay tipo culposo. Aquí, a no dudarlo, se olvida el tenor claro de la ley cuando en el N.º 11 del art. 32 afirma que, en los casos de error de prohibición directo, «si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad».

Desde luego, son esas mismas imprecisiones dogmáticas las que muestran otra gran incoherencia cuando en el acápite de la sentencia que se denomina «responsabilidad penal» se motiva la absolución no con base en una de las tres figuras esbozadas (por los principios, por ausencia de afectación al bien jurídico y por error de prohibición) sino «al existir *duda* de la responsabilidad criminal» (se subraya) del inculpado. En otras palabras: todo el razonamiento (véase el aparte III, A) del proveído denominado «Fundamentación Jurídica» se tejió en torno a tres posibles causales de exclusión de la responsabilidad pe-

nal y, al final (Literal B, del mismo apartado), se termina por invocar la «duda probatoria» que en ningún momento es mencionada a lo largo del proveído.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Manizales²⁵

Como la Fiscalía impugnó la sentencia absolutoria, la Sala de Decisión –mediante sentencia del 17 de mayo de 2017– la revocó y, en su lugar, condenó a CCCP por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con el de actos sexuales con menor de catorce años, y le impuso una sanción de catorce años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Por ello, se afirma:

[...] debe recordarse que si bien la pareja sostenía, al amparo de la negación de sus padres, una relación amorosa, de noviazgo, durante la cual se produjeron los recurrentes ayuntamientos lujuriosos, esa situación para nada desvanece la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento, toda vez que el bien jurídico protegido por el tipo penal era la libertad sexual, entendida como la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual... (Sent. 17/5/2017, fl. 11).

Es más, se desecharon las tesis de la primera instancia con argumentos como estos:

[...] el señor Juez de primer estanco en su tesis desatendió la presunción de derecho que contiene la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, yerro que lo condujo a predicar una posible ausencia de antijuridicidad material, incluso, un error de prohibición, bajo una mezcla híbrida de conceptos que se antojan descontextualizados de la realidad táctica, ambiguos y carentes de respaldo, pues, como se anotó en precedencia, el querer del legislador al elevar en comportamiento delictivo el acceso carnal abusivo con menor, partió de la premisa que un menor de 14 años carece de poder de autodeterminación respecto de su sexualidad, vale decir, no cuenta con capacidad para decidir de manera libre en ese campo, es por ello que al juzgador no se le permite entrar a cuestionar dicha presunción (Sent. 17/5/2017, fls. 12-13).

²⁵ Conformada por los magistrados Antonio Toro Ruiz, Gloria Ligia Castaño Duque y Denny Marina Garzón Orduña.

Incluso, se dice que la afectación al bien jurídico no fue leve como dice la primera instancia:

[...] así, debe observarse que ese bien jurídico fue lacerado de manera evidente, no en grado banal o ínfimo como se acuñó en la sentencia, como si se tratase de una bagatela, en tanto la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años (Sent. 17/5/2017, fl. 14).

Por ello, desechó los planteamientos del *A quo* en esta materia por considerarlos «una mezcla híbrida de conceptos que se antojan descontextualizados de la realidad fáctica, ambiguos y carentes de respaldo» (Sent. 17/5/2017, fl. 13). Y, al descartar el posible error de prohibición, señala al referirse al comportamiento del procesado:

[...] conocía lo reprochable de sus actos, la ilicitud de su comportamiento y la responsabilidad penal que le generaba aprovecharse de la permanente condición solitaria de su enamorada, volviéndola objetivo fácil de su apetencia lujuriosa, no tan madura, como de algún modo quiso mostrarlo el señor Juez de conocimiento, pues a sus dieciocho/diecinueve años de edad, cursando onceavo grado de bachiller, miembro activo de una sociedad, de un grupo estudiantil vivaz, locuaz, le permitían a CCCP entender, como a un hombre de mediana cultura, atendiendo su status social, su modo de vivir, su entorno, respecto a la prohibición de sostener coitos con una menor de catorce años, edad que sabía de antemano porque quiso esconderla acreciéndola frente a su progenitora para darle visos de aceptación, ubicándose dentro del dolo directo de su conducta, destinatario de la sanción penal atribuible a este tipo de comportamientos (Sent. 17/5/2017, fls. 17-18).

Y añade que:

CCCP, a sus diecinueve años de edad, aspirante en ese entonces a iniciar sus estudios en derecho, era perfectamente consciente de la ilicitud o antijuridicidad de su comportamiento. Esos decires como que si la relación fue producto de una voluntariedad consensuada, del amor, sin ninguna violencia, esto es, sin dimensionar las consecuencias de sus actos, no pueden potenciar la exoneración de responsabilidad así porque sí. No... acá no se trata de un error vencible o invencible, sino tajantemente de un dolo directo con sus consabidas consecuencias (Sent. 17/5/2017, fl. 21-22).

Por eso, pues, dice sobre la tesis del error de prohibición que «[...] para la Sala menos se hallan ratificados sus insoslayables presupuestos dogmáticos como para enlazar una causal de ausencia de responsabilidad» (Sent. 17/5/2017, fl. 18), porque el acusado «era perfectamente consciente de la ilicitud o antijuridicidad de su comportamiento» (Sent. 17/5/2017, fl. 21).

Así las cosas, esta pieza procesal –después de descartar cualquier causa exculpatoria de la responsabilidad: llámese ausencia de antijuridicidad por el aspecto material o denomínenselo error de prohibición– se limita a acoger los planteos de la Fiscalía y condena al mínimo de la pena imposible con un incremento de dos años en atención al concurso delictual; por eso, sus reflexiones no van más allá de la máxima romana según la cual *dura lex sed lex* acorde con la cual debe condenar, porque según la Sala de Decisión «[...] la prueba que obra en el expediente, no cuantitativa, sino cualitativamente conduce con grado de certeza a evidenciar la autoría del ilícito» (Sent. 17/5/2017, fl. 9).

La demanda de casación

La sentencia de segunda instancia fue impugnada por el defensor del procesado²⁶ mediante escrito de 233 páginas fechado el 25 de julio de 2017, en el cual se atacó esa providencia con base en dos cargos que, advierte de entrada, son contradictorios:

Un primer cargo lo formulé por error de hecho por falso juicio de identidad, lo cual dio lugar a la indebida aplicación de los artículos 208 y 31 del C. Penal que definen el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso, y a la falta de aplicación del artículo 11 de ese mismo ordenamiento represor, que consagra el principio de antijuridicidad material. Un segundo cargo también lo formularé por errores de hecho por falso juicio de identidad que dieron cabida a la estructuración de tres (3) falsos juicios de

²⁶ A cargo del profesional del Derecho Juan Manuel Ríos Castaño.

identidad, dos (2) por mutilación o cercenamiento y uno (1) por distorsión, vicios de juicio condujeron la indebida aplicación de los artículos 208 y 31 del C. Penal que definen el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso, y a la falta de aplicación del artículo 32 numeral 11, norma que consagra el error de prohibición (Ríos-Castaño, 2017, fls. 19 y 20).

De ello se infiere, entonces, que son dos las problemáticas que se propusieron a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: de un lado, la ausencia de antijuridicidad material que, de haberse reconocido, tornaría la conducta típica en jurídica, porque –se adujo– en momento alguno se produjo una «real y verdadera puesta en peligro del bien jurídico protegido con la norma penal» (Ríos-Castaño, 2017, fls. 75 y 76); y, del otro, la posible presencia de un error de prohibición en su modalidad de «subsunción» o de «interpretación» (Ríos-Castaño, 2017, fl. 212) porque el procesado CCCP se encontraba «claramente» ante la «imposibilidad...de actualizar su conocimiento, pues de la relación amorosa que sostenía con su enamorada no podía arribar a la conclusión de que su actuar era contrario a derecho» (Ríos-Castaño, 2017, fl. 227).

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

A su turno, la citada corporación decidió «casar el fallo emitido por el juzgador de segunda instancia «de acuerdo con el cargo segundo de la demanda» (fl. 35) y, en reemplazo de aquél, «dejar en firme» el emitido por el juzgador de primera instancia. Así las cosas, sin mayores reflexiones se desechó el cargo primero con el argumento de que, como el tipo penal vertido en el artículo 208 prevé una presunción de derecho ella no admite prueba en contrario, razón por la cual «el bien jurídico tutelado se vulnera efectivamente cuando se accede carnalmente al menor de catorce años aún con su consentimiento» (fl. 21).

Eso sí, se acogió el cargo segundo de la demanda y se afirmó que el acusado incurrió en un error de prohibición invencible, con argumentos como este:

[...] el trato sexual fundado en el afecto, otorgaba eficacia al consentimiento de su pareja. Creía que producto del amor, su asentimiento tenía validez jurídica sin importar la edad. Error invencible disculpante de su responsabilidad por el hecho típico y antijurídico, e insuperable dadas las condiciones en que mantuvo trato sexual con la menor, sin que su intención estuviera orientada a abusar de ella por su edad (fl. 34).

Igualmente, señala que

El Código Penal al prever en el numeral 11 del artículo 32 el error de prohibición, acoge en su solución la teoría de la culpabilidad estricta, para lo cual la invencibilidad del error excluye la culpabilidad, mientras su vencibilidad reprocha el comportamiento a título de culpabilidad disminuida (fl. 25).

Las dos aclaraciones de voto

Como se infiere de ambas piezas las dos coinciden con la sentencia en el sentido de que se debía casar, aunque difieren en el camino para hacerlo. En efecto, la aclaración del magistrado Acuña Vizcaya reivindica la justicia material como ideal para solucionar el caso, pero desecha la tesis del error de prohibición y afirma que, de configurarse, apenas sí sería vencible con lo cual la responsabilidad sería atenuada; incluso descarta también un posible error de tipo, para el caso sobre el consentimiento máxime que nadie lo invocó. Por ello, entiende que la conducta es típica, antijurídica y culpable y opta por resolver el caso a partir de la categoría de la punibilidad y, más concretamente, en atención a la necesidad de pena que no estima procedente en el caso concreto.

A su turno, la muy breve pieza que suscribe el magistrado Fernández Carlier también rechaza la absolucón por la vía del error de prohibición y presenta una peculiar tesis según la cual en el caso no existió dolo.

Análisis jurídico del caso

A no dudarlo, los hechos que motivan esta reflexión son de gran interés y se prestan para un muy importante debate no solo desde la perspectiva dogmática sino desde el ángulo de la política criminal; desgraciadamente, los aportes de los diversos sujetos procesales intervinientes no son siempre los más afortunados y la discusión no se condujo por los mejores senderos, porque –como se dijo más arriba– pese a que la discusión data de varias décadas esos aportes no han sido tenidos en cuenta para resolver el caso. Desde luego, debe quedar claro de una vez, todo el debate va a girar en torno a las tesis que pergeñó el juzgador de primera instancia cuando (de la mano de la defensa) desechó los planteamientos de la Fiscalía para la cual «la ley es la ley» y ella debía aplicarse.

Dicho esto es evidente que, en cualquier caso, la sentencia cumple con los cometidos propios de la justicia material en la medida en que la solución adoptada es jurídicamente correcta; no obstante, estimamos que el camino a través del cual se llega a ella no es el mejor en la medida en que el asunto no se resuelve por la vía del error de prohibición –que en este caso no procede– y menos con la fundamentación dogmática esbozada en la providencia que hoy es materia de análisis.

Sobre el error de prohibición

Las teorías sobre el mismo

En atención a la ubicación brindada al conocimiento de la antijuridicidad, sea que se le entienda como componente del dolo concebido como forma de culpabilidad (o junto a él como elemento independiente, como predica un sector doctrinario minoritario), o bien como elemento de la culpabilidad normativamente entendida, independientemente del dolo situado en el tipo penal, se puede hablar de la teoría del dolo o a la teoría de la culpabilidad en sus distintas variantes: estricta o limitada (Welzel, 1970, p. 224 y ss.; Velásquez, 2020a, pp. 538-539).

Para las teorías del dolo –con su punto de partida causalista– en su variante estricta todas las formas de error, sean de tipo o de prohibición, excluyen el dolo y, por ende, la culpabilidad (no obstante, para algún sector doctrinario, el conocimiento de la antijuridicidad se concibe como elemento independiente del dolo), si son invencibles o inevitables; en cambio, cuando son vencibles o evitables, el injusto realizado se le atribuye al agente a título de culpa, sea que la ley haya previsto dicha «forma de culpabilidad» expresamente, sea que se acuda a una cláusula general de imprudencia o culpa de derecho. Los vacíos y contradicciones de dicho planteamiento llevaron a acuñar la versión limitada, de conformidad con la cual –para evitar las lagunas de punibilidad y salvar el escollo de la «cláusula general de imprudencia» o «culpa de derecho» prevista en algunas legislaciones– se afirma que basta con el mero conocimiento potencial de la antijuridicidad y se introducen la «enemistad con el derecho» o la «ceguera jurídica» como criterios para medir la evitabilidad del error, que, como es de suponer, deben determinarse a partir de pautas más generales como «el sano sentimiento del pueblo alemán», que sitúan la discusión en un terreno irracional e insostenible.

En lo atinente a las teorías de la culpabilidad, según las cuales este elemento de la teoría del delito se concibe en forma normativa, y el conocimiento de la antijuridicidad es su núcleo central, se puede decir lo siguiente: para una versión estricta cuando se presente un error de prohibición invencible o inevitable se excluye la culpabilidad, mientras que si este es vencible o evitable puede, aunque no se debe, aminorarse la pena imponible para el hecho doloso; ello es consecuencia de la consideración de que la conciencia de la antijuridicidad se debe concebir de manera potencial y, en todo caso, el agente actúa con dolo de tipo. Desde luego, el carácter estricto de esta formulación permite hacerle diversas censuras, pues en caso de vencibilidad, deja a la potestad del juzgador la atenuación de la pena, lo que no se compagina con el principio de culpabilidad; y, en tratándose de algunas hipótesis de error vencible sobre las causales de justificación (error de tipo permisivo), parece exagerado castigar al agente como si hubiese actuado dolosamente.

Estas objeciones dieron lugar al surgimiento de otras fórmulas alternativas, entre las cuales aparece la versión limitada que, como su nombre lo indica, busca ponerle límites a la susodicha construcción y hacerla más manejable políticamente, a cuyo efecto se opta por tratar el error de tipo permisivo de la misma manera que el error de tipo, mientras que el llamado «error de permisión» es sometido a las reglas del error de prohibición normal.

Así las cosas, si se observa el tenor literal del art. 32 N.º 10 y N.º 11 es claro que en ellos se acoge la teoría limitada de la culpabilidad (Velásquez, 2020a, p. 543). De allí que sea a todas luces equivocado afirmar, como lo hace la Sala, que la teoría acogida en materia del error de prohibición es la estricta (folio 25), para lo cual cita en su apoyo otras decisiones de la misma corporación que incurrían en igual yerro (Sent. 13/7/2005, Rad.: 20929, CSJ; A. 19/5/2008, Rad.: 28984).

Las clases de error de prohibición

El error de prohibición (del que, como ya se expuso, podrá predicarse venibilidad o invencibilidad, evitabilidad o inevitabilidad, según el caso) se clasifica en directo o abstracto, e indirecto o concreto. Error directo es el que se presenta cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma por lícita la acción; ello puede suceder si se presenta una de las siguientes tres situaciones:

En primer lugar, cuando el agente no conoce la norma prohibitiva. Estos son los típicos casos de *ignorantia legis*, por lo que se les conoce como error sobre la existencia de una prohibición. En segundo lugar, puede suceder que el autor conozca la norma prohibitiva, pero la considere no vigente, e incurra en un error en cuanto a su validez; a estos eventos se les denomina, por ello, como error sobre la validez de la norma. Y, para terminar, en tercer lugar, puede acaecer que el autor interprete equivocadamente la norma y la repunte no aplicable; para referirse a estas hipótesis, la doctrina habla del error de interpretación o error de subsunción.

En segunda instancia, debe estudiarse el error indirecto, o sea, el que recae sobre una causa de justificación del hecho, que a su vez puede ser de tres clases: en primer lugar, puede acontecer que el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante, al suponer la presencia de una causal de exclusión de la antijuridicidad no prevista por el ordenamiento jurídico; a estos eventos se les denomina error sobre la existencia de una justificante. En segundo lugar, puede pasar que el agente yerre sobre los límites de una justificante y desborde las exigencias legales para que –en el caso concreto– concorra una excluyente de la antijuridicidad, lo que se traduce en una situación de exceso motivada por un error; estos son los casos de error sobre los límites de una justificante que, en unión del error sobre la existencia, conforman el error de permisión.

Y, junto a las dos anteriores variedades, aparece una tercera forma denominada error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho, que se presenta cuando el agente supone la presencia de los requisitos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida, cuando en realidad ello no sucede; son los casos de «justificantes» putativa; es este el error de tipo permisivo, tratado por la teoría limitada de la culpabilidad –que por esta vía hace concesiones a la teoría de los elementos negativos del tipo– como error de tipo escudada en sus similitudes con aquel (Jescheck & Weigend, 2002, pp. 490 y ss.; Velásquez, 2020a, pp. 540-542).

Estos distingos que son claves se echan de menos en la providencia y, sobre todo, cuando ella habla del error directo o abstracto de prohibición que lo entiende así:

[...] se estructura cuando el autor obra en la creencia equivocada de que su comportamiento no constituye delito, porque ignora la existencia de la prohibición o supone que la norma no rige, es inaplicable por ser contraria a la Constitución Política, o ha sido derogada.

Con esa exposición, obvio es decirlo, no se tiene en cuenta el error de interpretación o de subsunción que era el llamado a considerar si es que pretendía ver en el caso la configuración de esa causal de exclusión de la responsabili-

dad penal y sobre el cual, recuérdese, apuntaló el casacionista todo su alegato al citar, incluso, a importantes autores (Ríos-Castaño, 2017, fls. 209 y 210; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, p. 734; Roxin, 1997, p. 872). En otras palabras, de forma antitécnica la sentencia define de forma equivocada el error de prohibición directo y, además, ni siquiera menciona el error de interpretación o también llamado de subsunción (Welzel, 1970, p. 242); incluso, olvidó una transcripción muy importante que hizo el casacionista al hablar de esta modalidad error; obsérvese lo que se dice al respecto:

[...] el sujeto interpreta equivocadamente un elemento típico de modo que llega a la conclusión de que no se realizará mediante su conducta (...) un error de subsunción no es necesariamente un error de prohibición. Sin embargo sí lo es la mayoría de las veces, porque se produce principalmente en supuestos de conceptos normativos complicados, en los que la interpretación decide sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta (Roxin, 1997, p. 872).

En otras palabras: el yerro interpretativo puede recaer sobre un elemento normativo del tipo o puede versar sobre la prohibición o el mandato mismos. Y esas incongruencias e impropiedades son las que hacen tambalear la argumentación esgrimida por la Sala cuando habla del «error de prohibición».

Así las cosas, miradas las diversas piezas procesales que hemos podido examinar se debe concluir que, por ninguna parte, se configura la causal excluyente de culpabilidad invocada y mucho menos con un carácter invencible como osa afirmar la sentencia. No se trata, pues, de un caso en el que opere el error de prohibición en atención a que el joven no tenía la capacidad para actualizar el conocimiento del injusto, como se desprende de la providencia la cual, incluso, estima que la novia menor de catorce años tenía mayores posibilidades de comprender el carácter ilícito del acto al punto de que buscó quitarse la vida. En ese sentido coincidimos con el magistrado Acuña Vizcaya cuando afirma que no se trata de un caso que se puede resolver por la vía del error de prohibición.

La aclaración de voto de Acuña Vizcaya

Esta pieza procesal, cuyas bases se deben indagar en los argumentos contenidos en la Sentencia de primera instancia cuando el juez Alzate Vélez planteó como alternativa para enfrentar el caso los postulados de la Constitución («...los principios muestran que no es factible imponer sanción a CCCP»: Sent. 16/12/2014, fl. 17), es digna de resaltarse porque ella no solo aparece muy bien orientada desde la perspectiva de los principios inspiradores de la política criminal sino que plantea una reflexión enmarcable dentro la teoría de los fines de la pena y del derecho penal; una discusión muy importante y actual, pese a que data de varios milenios y las formulaciones han sido las más dispares a lo largo de la historia (Ferrajoli, 1995, p. 253) que debería ser fomentada a diario no solo por los académicos sino por quienes administran justicia penal y/o abogan por ella.

Por eso, justo es decirlo, hace hincapié en la justicia material que apun-tala en la Constitución no solo en su Preámbulo sino en los principios fundantes del Estado; y, en consecuencia, reivindica el principio de necesidad de pena y con él el axioma de proporcionalidad porque en casos como el examinado no se evidencia –a cuyo efecto cita la obra de Roxin (1981, p. 30) – *«un perjuicio insoportable para la coexistencia social»* que amerite la represión estatal. En fin, pues, el mérito de esta pieza procesal es que invita a un debate de suyo necesario y necesitado de continua alimentación para evitar que la tarea de administrar justicia penal se vuelva mecánica, aburrida e injusta.

La aclaración de voto de Fernández Carlier

Por otra parte, esta pieza al señalar que «la absolución debió proferirse por ausencia de dolo valorado, esto es, no haberse tenido conciencia de la anti-juridicidad» porque «al inculpatado no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia una conducta diferente», denota una confusión en conceptos que son distintos y no es viable entremezclar dogmáticamente.

En efecto, cuando se afirma que la absolució debió proferirse por ausencia de dolo valorado, parecería ubicarse el debate en el contexto de las trasnochadas corrientes causalistas –a cuya luz la concepción psicológica entendía la culpabilidad como un nexo psicológico entre el autor y la conducta mientras que la concepción psicológica normativa lo hacía con base en un nexo psicológico y el juicio de reproche– para las cuales el dolo como componente de la culpabilidad tenía tres elementos: el cognoscitivo, volitivo y la conciencia de la antijuridicidad. Esas concepciones, recuérdese, no son de recibo bajo la égida del actual estatuto penal que entiende al dolo como un componente subjetivo tanto de la acción como del tipo (véase, art. 22 C. P.) y que, como lo explicaría el finalismo, es neutro en la medida en que la conciencia de la antijuridicidad no hace parte del mismo sino de la culpabilidad.

Pero, adicionalmente, al indicar que el inculpatado no tenía conciencia de la antijuridicidad porque no le era exigible conforme a las reglas culturales de formación y vivencia –expresión que pareciera ser un pálido recuerdo de la concepción de las normas de cultura– (Mayer, 2000) una conducta diferente, confunde la conciencia de la antijuridicidad con la exigibilidad de otro comportamiento, categorías por demás bien diferentes. La primera, esto es, la conciencia de la antijuridicidad, implica que se tenga conciencia de que el comportamiento está prohibido por la ley, y, en términos del Código Penal, la exigencia de que el autor tenga por lo menos un potencial conocimiento de la antijuridicidad al momento de actuar. Ahora bien, la expresión comprensión que emana del verbo «comprender», esto es, percibir el significado de algo, es no solo conocerlo sino también aprehenderlo. Por ello, se dice «comprender implica, pues, conocer y también internalizar, porque la internalización requiere conocimiento previo» (Zaffaroni, 1982, p. 82; Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002, pp. 667-680; Velásquez, 2009, p. 832); de ahí que, justamente en la mayoría de los casos, cuando una persona realiza un injusto no alcanza a comprender la antijuridicidad de su hecho, pues un conocimiento efectivo de ella casi nunca se da por lo que, para efectos legales, al legislador le basta con que el agente tenga al menos la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su actuar (Velásquez, 2009, p. 832).

En fin, la exigibilidad de un comportamiento distinto implica que a la persona le era exigible comportarse de una forma distinta por encontrarse el autor en una situación determinada; por ello, el estado de necesidad exculpante, la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable, son supuestos de inexigibilidad de una conducta según los requerimientos del derecho porque el autor se encuentra en una situación de incapacidad de determinación.

Otras posibilidades de solución

Si se hace un balance de las diversas posturas esgrimidas por los diversos intervinientes se tiene que los mismos propusieron múltiples formas de abordar el asunto, yendo desde quienes (para el caso la Fiscalía y el Tribunal de segunda instancia) afirman que se ha producido una conducta típica, antijurídica y culpable de acceso carnal abusivo que, incluso, se hace concursar con actos sexuales abusivos (artículo 209, que preferimos llamar como bis) (Velásquez, 2020b, p. 252), hasta las de quienes entendieron que se debía absolver por ausencia de dolo (Procuraduría Delegada ante la Corte y Fernández Carlier con una postura muy confusa), falta de antijuridicidad (defensa, Juzgado de primera instancia), error de prohibición (defensa, Sala de Casación Penal) y no necesidad de pena (aclaración de voto de Acuña Vizcaya). Sin embargo, la conducta de CCCP bien se pudo evaluar de otra manera.

En efecto, si se parte de un concepto jurídico-penal de conducta para el cual las notas de la misma son la causalidad, la finalidad y la relevancia social, como lo hace uno de los comentaristas en su obra (Velásquez, 2020, pp. 314 y ss.), bien se podría decir que la conducta realizada por el agente no es relevante para el derecho penal porque ella se inscribe en el marco de lo socialmente aceptado en el medio cultural en el cual se comporta el agente; se trata, pues, de un actuar socialmente aceptado que se lleva a cabo en el contexto de los valores sociales hoy predominantes sin que –en casos como el examinado– se afecte para nada la convivencia. Al respecto, recuérdese como la dogmática finalista por boca de su creador había afirmado desde los años treinta del siglo pasado que «quedan por fuera del concepto de injusto

todas aquellas acciones que se presentan en el marco del orden históricamente constituido» (Welzel, 1939, pp. 491 y ss.), esto es, socialmente adecuadas y que no pueden ser típicas (Welzel, 1964, pp. 54 y ss.); con ello, se acuñó la idea de la adecuación social que tanto va a incidir en la dogmática penal posterior (Cancio, 1993, pp. 169 y ss.) y que, en palabras de un gran expositor latinoamericano, conforman la llamada «tipicidad conglobante» categoría que complementa el estudio de la «tipicidad legal» y que, recuérdese, muy bien menciona la Aclaración de voto del magistrado Acuña Vizcaya:

Será función de este segundo paso de la tipicidad penal, operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que solo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad (Zaffaroni, 1981, p. 237).

Así las cosas, sin necesidad de avanzar hasta la tipicidad o la antijuridicidad (como en los planteos acabados de citar) el caso se podría resolver desde el juicio de conducta para afirmar que la misma se excluye y que, por ende, no hay lugar a pensar en emitir siquiera un juicio de tipicidad. De no ser así, las cárceles deberían estar llenas de jóvenes que han tenido relaciones sexuales en las mismas condiciones del aquí inculcado y que hoy, en el contexto de la organización social existente, son perfectamente normales máxime si se trata de relaciones de noviazgo toleradas en el ámbito familiar. De esta forma, disposiciones como las contenidas en los arts. 208 y ss., no se pueden entender como si se hubiesen concebido aisladas en el tiempo en una cápsula o urna de cristal, sino que ellas deben reflejar la realidad social y han de entenderse siempre desde la perspectiva de los bienes jurídicos tutelados. Muy bien, recuerda la Aclaración de Voto suscrita por el magistrado Acuña Vizcaya que con ello se busca

[...] que el Estado, no en forma general, sino en cada caso, respecto de cada individuo, pueda legítimamente exigir responsabilidad en la conducta delictiva desarrollada por esa persona, pues *lo que se mide en este juicio, en últimas, es la capacidad del Estado para exigirle responsabilidad al individuo, si puede hacerlo en el caso concreto en consideración a la responsabilidad social que le asiste.*

Es más, esa misma pieza procesal asevera que «resulta imposible cerrar los ojos ante el vértigo, la precocidad y, sobre todo, la autonomía de vida de los adolescentes de hoy».

Ahora bien, más allá de ese punto de partida –si no se acoge esa formulación de la conducta desde la perspectiva del derecho penal– tampoco habría imputación objetiva, instituto éste que se examina en sede del juicio de tipicidad como elemento del aspecto objetivo u objetivado del tipo como lo entiende la actual doctrina (Roxin, 1997) y el propio derecho positivo (Gálvez-Argote, 2001, pp. 87 y ss.; Velásquez, 2020, pp. 365 y ss.); en efecto, el Código Penal, al reproducir la norma constitucional contenida en el art. 29, reitera que *acto e imputación* son los dos pilares sobre los que se asienta la construcción del delito (C.P. art. 6.º, inc. 1.º) y, de la mano de esta, también dispone que «para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable» (C.P. art. 9.º, inc. 1.º); así mismo, exige la «imputación jurídica del resultado», al referirse a la causalidad (inc. 2.º).

Así las cosas, una vez verificada la causalidad se trata de precisar un conjunto de reglas construidas sobre valoraciones jurídicas, en virtud de las cuales se puede demostrar que el resultado puede serle atribuido al agente, cuando la producción de un peligro o riesgo prohibido tiene lugar en el ámbito de protección de la norma, lo que implicaba hacer un examen de la conducta en tres niveles: a) *si la conducta ha creado un riesgo jurídico penalmente relevante para el bien jurídico* (carácter disvalioso del comportamiento realizado por el agente); b) *si ese riesgo se ha concretado en el resultado* (la conducta realizada por el sujeto es constitutiva de tentativa o de hecho consumado); y, c) *si el resultado queda cobijado dentro del ámbito de protección de la norma* (interpretación de los tipos penales discutidos, con base en consideraciones político criminales), lo que luego denominaría como el «alcance del tipo» para evitar confusiones (Anarte-Borrillo, 2002, pp. 203 y ss.). En relación con el primer nivel, pues, que es el importante para el caso en estudio, se debe verificar si la conducta supone un riesgo típicamente relevante lo cual implica dos exigencias: por una parte, que el comportamiento suponga un peligro para el bien jurídico (la aportación del riesgo) y, por otra, que ese riesgo por no estar

tolerado, merezca la atención del derecho penal (el riesgo permitido) (Roxin, 1997, pp. 342 y ss.).

De esta forma, el análisis propuesto conduciría sin hesitación alguna a afirmar que el sujeto activo no creó ningún riesgo o peligro para los bienes jurídicos objeto de tutela: la libertad, la integridad y la formación sexuales; por ello, pues, la conducta sería atípica. Esta es, sin duda, la solución más técnica y que mejor se acompasa con el debate de los últimos años en esta materia. Por ello, entonces, negamos la configuración en el caso concreto de un error de prohibición que, dicho con todo respeto, solo existió en la mente de la defensa del inculcado y en la de los jueces de la Corte Suprema. Por eso, entiéndase, hablamos de un error de prohibición sin error.

Referencias

- Auto (2008, mayo 19). Recurso de apelación. [Radicado 20929]. Magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Anarte-Borrillo, E. (2002). *Causalidad e imputación objetiva en Derecho Penal. Estructura, relaciones y perspectivas*. Huelva: Universidad de Huelva.
- Cancio-Meliá, M. (1993). La teoría de la adecuación social de Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Fasc. II, 169-202.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Gálvez-Argote, C. A. (2001). Acción e imputación en el nuevo Código Penal colombiano. *Estudios sobre los nuevos códigos penales* (pp. 87-104). Bogotá: Universidad de Salamanca-Corte Suprema de Justicia.
- Hugo, V. (1862). *Les Misérables*, I. Paris: Pagnerre Libraire-Éditeur.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General* [5.ª ed. trad. De M. Olmedo-Cardenete]. Granada: Pomares.
- Jescheck, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 2 t. [2.ª ed., trad. y adiciones de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde]. Barcelona: Editorial Bosch.
- Londoño, H. L. (1982). *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá: Editorial Temis.
- Mayer, M. E. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura* [trad. de J. L. Guzmán Dálbora]. Buenos Aires: Hammurabi.

- Ríos-Castaño, J. M. (2017, julio 25). Demanda de casación. [Radicado: 170013104005-2013-00154 00].
- Roxin, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy* [trad. introducción y notas de F. Muñoz-Conde y D. M. Luzón-Peña]. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General* [trad. de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo & J. V. De Remesal]. Madrid: Civitas.
- Sentencia (2005, julio 13). Recurso de casación. [Radicado 20929]. Magistrado ponente: Herman Galán Castellanos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal [Colombia].
- Sentencia (2014, diciembre 16). Recurso de apelación [17-001-31-04-005-2013-00154-00]. Magistrado ponente: Juzgado Quinto Penal del Circuito [Colombia].
- Sentencia (2017, mayo 17). Segunda instancia. [Radicado 2009-00409-01]. Magistrado ponente: Antonio Toro Ruiz. Tribunal Superior de Manizales [Colombia].
- Velásquez, F. (1982). El error en la moderna teoría del delito. Comentarios al nuevo Código Penal colombiano (Hernando León Londoño Berrio). *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 15, 895-901.
- Velásquez, F. (1983). ¿El inciso final del artículo 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición? *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 19, 295-312.
- Velásquez, F. (1984). La problemática del error en la doctrina y la jurisprudencia actuales (a propósito de una providencia de la Corte). *Revista Nuevo Foro Penal* N.º 24, 187-208.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal, Parte General* [4.ª ed.]. Medellín: Comlibros.
- Velásquez, F. (2020a). *Fundamentos de Derecho Penal, Parte General* [3.ª ed.]. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.
- Velásquez, F. (2010b). *Código Penal Colombiano*. Bogotá: Tirant lo Blanch.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* N.º 58, 491-566.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo Sistema del Derecho penal* [trad. de J. Cerezo-Mir]. Barcelona: Ariel.
- Welzel, H. (1970). *Derecho Penal Alemán* [11.ª ed., trad. de J. Bustos-Ramírez y S. Yáñez-Pérez]. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. III. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. IV. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal, Parte General* [2.ª ed.]. Buenos Aires: Ediar.