

REPÚBLICA DE COLOMBIA
PEREIRA-RISARALDA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA

Pereira, once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ACTA DE APROBACIÓN No 472
SEGUNDA INSTANCIA

Sentenciado:	Michael Stiven Martínez Valencia
Cédula de ciudadanía:	1.088.336.551 de Pereira (Rda.)
Delito:	Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir
Bien jurídico tutelado:	La libertad, integridad y formación sexual
Procedencia:	Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira (Rda.)
Asunto:	Se decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de diciembre 16 de 2022. SE CONFIRMA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos a los cuales se contrae la presente actuación quedaron consignados en el fallo de primera instancia de la siguiente manera:

“El 15 de julio de 2020 entre las 9:00 y 10:00 horas, en la calle 9 No. 20-60, sector Pinares de la ciudad de Pereira, al interior de la Clínica Pinares Médica, cuando la joven SUSANA RODRÍGUEZ CASTIBLANCO era trasladada dentro de la clínica en una camilla por el auxiliar de enfermería -MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA-, hacía el área de rayos X, por cuanto había ingresado a ese centro asistencial por haber sufrido lesiones físicas en un accidente de tránsito, en el momento de su traslado no podía mover las extremidades, ni hablar, dado que aún se encontraba en shock por el evento sufrido; situación que fue aprovechada por el señor MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA cuando se encontraba en el ascensor con ésta, para levantar el buso y el top que tenía puesto y con sus manos

proceder a tocarle los senos, los cuales masajeo y pellizco; para realizar estos actos el señor MARTÍNEZ VALENCIA se quitó los guantes de látex; acción que realizó en tres de los cuatro recorridos que hizo con la paciente dentro de la clínica cuando la llevaba a los diferentes exámenes [...]"

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevó a cabo audiencia preliminar de formulación de imputación -enero 27 de 2021- ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira (Rda.), por medio de la cual; se le imputó al ciudadano **MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA** la conducta de **Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir** -art. 210 inciso 2º C.P.-, cargo que el indiciado no aceptó.

1.3.- La Fiscalía radicó escrito de acusación que por reparto le correspondió al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad, quien avocó el conocimiento de las diligencias¹. La audiencia de formulación de acusación tuvo desarrollo en julio 12 de 2021, posteriormente la audiencia preparatoria, luego de un aplazamiento solicitado por la defensa, se llevó a cabo en marzo 07 de 2022. La audiencia de juicio oral, se instaló en las calendas de septiembre 20 de esa misma anualidad, diligencia en la cual, el delegado de la fiscalía solicitó variar el objeto de la misma con el fin de dar a conocer los términos de un preacuerdo que había celebrado con el señor **MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA** en compañía de su defensor y de la siguiente manera: aceptaba el cargo endilgado, a cambio de modificar la conducta imputada por "**Acoso sexual**", pactándose una **pena de 16 meses de prisión, sin ningún otro beneficio** y realizando indemnización integral de perjuicios.

- El Despacho de conocimiento, en la misma diligencia verificó el preacuerdo con el encartado, quien de manera libre, voluntaria y consciente aceptó los cargos en los términos del mismo.

1.4.- En diciembre 16 de 2022, el Despacho le imparte aprobación al preacuerdo puesto en consideración de la Judicatura celebrado entre fiscalía y procesado, le concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien en los términos de lo previsto en el Art. 447 del C.P.P² y emitió la respectiva sentencia de condena por medio de la cual: (i) condenó al señor **MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA** por el delito de **Acoso sexual** consagrado en el artículo 210A del Código Penal; (ii) se le impuso pena privativa de la libertad de dieciséis (16) meses de prisión, así como la inhabilitación para el ejercicio de derechos y

¹ Auto de abril 27 de 2021

² La defensa solicita en favor de su presentado, le sea concedido el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, o en su defecto, el atenuante intramural de la prisión domiciliaria por padre cabeza de familia con permiso para trabajar.

funciones públicas por el lapso igual a la pena; y (iii) le negó el mecanismo de la sustitución condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

1.5.- El apoderado del antes mencionado estuvo inconforme con la determinación adoptada - solo en cuanto a la negativa de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia con permiso de trabajo y/o la suspensión condicional de la ejecución de la pena- procediéndose a su impugnación, la cual sustentaría por escrito. Dentro del término, el profesional del derecho sustentó el recurso impetrado, motivo por el cual fue concedido en el efecto suspensivo y se dispuso la remisión de los registros ante esta Corporación para desatar la alzada.

2.- DEBATE

2.1.- De los argumentos presentados por el togado se infiere que su solicitud está orientada a que se le conceda a su representado la suspensión condicional de la ejecución la pena, o en su defecto, la prisión domiciliaria con permiso para trabajar, de conformidad con lo siguiente:

Para sustentar su primer pedimento, señala que por la falta de antecedentes de su prohijado, por sus condiciones familiares, sociales, su formación académica, y su esfuerzo en servirle a la comunidad en el campo de la salud, no es necesario el tratamiento penitenciario, máxime, si se tiene en cuenta que la sentencia emitida en su contra no supera los 4 años, lo que hace que sea viable que se le otorgue esa posibilidad. Sumado a ello, se debe tener en cuenta que la víctima fue debidamente indemnizada, situación que motivó a que el representante de víctimas, inclusive, coadyuvara esta solicitud en la audiencia de individualización de pena y sentencia.

Por otra parte, adujo que, de no concedérsele al anterior subrogado penal, debe tenerse en cuenta la calidad de padre cabeza de familia que ostenta su defendido, ya que, a la fecha, es quien vela y responde por el mantenimiento y subsistencia de sus dos abuelos, ambos con más de 70 años, y con las enfermedades propias de la edad, quedando demostrado desde el arraigo allegado al proceso, que es quien está a cargo de su cuidado y protección.

Por último, agrega que es necesario que se le otorgue el permiso para trabajar con el fin de pueda suplir los gastos propios del hogar.

2.2.- Los demás intervinientes guardaron absoluto silencio en su condición de no recurrentes.

3.- Para resolver, **SE CONSIDERA**

3.1.- Competencia

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

3.2.- Problema jurídico planteado

Se contrae básicamente a establecer si la determinación adoptada por la juez de instancia se encuentra ajustada a derecho específicamente en lo concerniente con la negativa de conceder al procesado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o el sustituto de la prisión domiciliaria con permiso para trabajar.

3.3.- Solución a la controversia

Antes de resolver el problema jurídico planteado, debe advertir esta Colegiatura, que dentro de la actuación surtida en el Juzgado de conocimiento, se avizora una irregularidad, que en principio, debería ser considerara insubsanable lo que obligaría a la Sala a retrotraer la actuación a segmentos ya superados; sin embargo, atendiendo la línea jurisprudencial vigente del órgano de cierre en materia penal, en virtud de no atentar contra el principio de la *-non reformatio in pejus-* y lo dispuesto en el artículo 31 constitucional, esta sala de decisión se abstendrá de hacerlo por las razones que se exponen a continuación.

En el presente asunto, se tiene que por hechos ocurridos en julio 15 de 2020, se formuló imputación contra **MICHAEL STIVEN MARTÍNEZ VALENCIA**, como presunto autor del punible de **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR** -art. 210 inciso 2° C.P.-

Luego de surtidas las etapas procesales correspondientes – audiencia de formulación de acusación y audiencia preparatoria, una vez instalada la audiencia de juicio oral, por parte del delegado del ente instructor se solicitó variar el objeto de la diligencia, con el fin de dar a conocer los términos de una negociación a la que había llegado con el ciudadano Martínez Valencia, lo que conllevaría a la terminación anticipada del proceso bajo la modalidad de un preacuerdo.

De la verbalización del preacuerdo, se tiene que el mismo fue aceptado de manera libre, voluntaria y consciente por parte del encartado, ofreciéndose por parte de la Fiscalía tipificar la actuación por él desplegada en el **Artículo 210 A del C.P. -Acoso sexual-**, fijando una pena de prisión de 16 meses. Lo anterior, ya que, en su sentir, los actos desplegados por el señor Martínez Valencia, se enmarcaban dentro de los elementos que conforman la tipificación de este delito.

La funcionaria de primer grado, consideró que el preacuerdo puesto en consideración de su despacho, se encontraba ajustado al principio de legalidad, por lo que decidió impartirle aprobación, condenando al señor Martínez a título de autor, **como responsable del delito de acoso sexual**³, a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión; situación que desde ahora es objeto de reproche por parte esta Sala.

Como es sabido, la figura de las negociaciones preacordadas y su control por parte del juez, como así lo ha referido el órgano de cierre en materia penal⁴, fue prevista con la finalidad de humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto, y lograr la participación del imputado en la definición de su caso. Por tanto, la Fiscalía y el imputado o acusado pueden llegar a transacciones que impliquen la terminación del trámite a voces del artículo 348 CPP.

En cuanto a ese control que debe ejercer el juez, como de tiempo atrás lo ha sostenido esta Corporación⁵, es claro que el funcionario de conocimiento no se debe entrometer de fondo en la imputación y en la acusación, como quiera que hay lugar a respetar la autonomía que la Fiscalía posee en tal sentido por disposición legal y constitucional; sin embargo, **para el tema de los preacuerdos el juez sí está obligado a efectuar un control material en cuanto no basta con analizar si fue libre, voluntario y debidamente asistido, porque existen multiplicidad de factores que se enmarcan dentro del principio de legalidad y que no pueden pasar desapercibidos al momento de su aprobación.** Dígase por caso los principios de congruencia, razonabilidad y proporcionalidad, en consideración a que el juez está en la obligación de verificar que la negociación cumpla con los fines para los cuales fue creada con miras a la autocomposición de los conflictos, incluidos por supuestos los intereses de las víctimas.

Como se recordará, la Corte Constitucional en decisión SU-479/19 precisó las facultades que tiene el funcionario de conocimiento para realizar un control

³ Delito utilizado como ficción legal para obtener una disminución de la pena, como contraprestación por la aceptación temprana de cargos por parte del procesado.

⁴ CSJ STP, 24 sep. 2013, rad. 69.478.

⁵ TSP AP, 23 abr. 2014, Radicación 11001600000020130067503.

material a los preacuerdos que son puestos a su consideración, en claro acatamiento a lo que la Corte Constitucional denominó como “la segunda postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia”, en la cual dijo que **los fiscales no podían disponer de la acción penal a su antojo y que los preacuerdos estaban sometidos al principio de legalidad**. Asimismo, señaló que **los jueces, ante una terminación anticipada del proceso, están obligados a verificar los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para emitir condena, lo que incluye la verificación del estándar previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004**, aun cuando no sea materia de impugnación ni esté ligado a los temas de inconformidad -CSJ SP, 16 de diciembre de 2015, Rad. 38957, reiterada en CSJ SP1961 – 2019-. Esto, debido a que deben asegurarse de que: i) **No haya un cambio de calificación jurídica sin base fáctica, para conceder beneficios desproporcionados**; ii) Los acuerdos se ajusten al marco constitucional y, puntualmente, a los principios que los inspiran; y iii) Que los fiscales se guíen por las directivas emitidas por la Fiscalía General de la Nación.

Dicho lo anterior, debemos recordar también que de acuerdo con las disposiciones de la Ley 906/04 sobre preacuerdos, el fiscal puede optar por alguna de las siguientes alternativas: (i) conceder un descuento de la pena según la etapa en la que se encuentre el proceso; (ii) eliminar un cargo específico; (iii) eliminar una causal de agravación; y (iv) tipificar la conducta de una manera más benévola.

Sin embargo, descendiendo al caso concreto, se observa que ni las facultades con las que cuenta el funcionario judicial para verificar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el ordenamiento jurídico para emitir una sentencia condenatoria ni las disposiciones normativas exigidas para el titular de la acción penal en materia de preacuerdos, fueron tenidas en cuenta en la actuación surtida en primera instancia. Obsérvese, como el delegado fiscal, a la hora de dar a conocer los términos de la negociación, de manera muy placida, luego de dar lectura del contenido del Artículo 210A C.P. -El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años-, **señaló lo siguiente: “(...) la anterior descripción se enmarca dentro de los hechos jurídicamente relevantes, porque en sentir de la fiscalía y de acuerdo a la situación preacordada de responsabilidad, hostigó y acosó sexualmente a la víctima en el momento en que se encontraba convaleciente de salud para efectos de realizar los tocamientos a los que hace referencia estos hechos (...)**⁶

⁶ Archivo 14 expediente digital – Carpeta 01INSTANCIA – link visualización de audiencia record 9:50

La manifestación anterior, llama poderosamente la atención de esta Corporación, porque si en sentir del delegado del ente instructor, los hechos jurídicamente relevantes no se enmarcaban dentro del tipo penal que le fue imputado al señor Martínez Valencia **-Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir -art. 210 inciso 2° C.P.-**, debió ser la audiencia de formulación de la acusación el escenario en el que la Fiscalía, según lo reglado en el inciso 1° del artículo 339 C.P.P., tenía la oportunidad, ***sí era su propósito***, de corregir, aclarar o adicionar el libelo acusatorio para que de esa forma lo fáctico coincidiera con lo jurídico, a fin de evitar una violación del *principio de congruencia* y de esa forma corregir una hipotética actuación irregular. No obstante, eso no sucedió, ya que fue solo hasta la audiencia de juicio oral, en desarrollo de la celebración de un preacuerdo, en donde el delegado fiscal, expuso tal situación.

Por otra parte, también llama la atención de la Sala, que el delegado fiscal, de manera escueta y sin hacer un análisis dogmático de las diferencias entre la conducta de acoso sexual y otros delitos de contenido sexual, como es el acceso carnal o actos sexuales, haya realizado un cambio de la calificación jurídica, sin por lo menos hacer un juicioso análisis de los verbos rectores que conforman cada una de estas conductas, determinando arbitrariamente, que los hechos jurídicamente relevantes, se enmarcaban dentro del delito de acoso sexual⁷, desconociendo inclusive, múltiples pronunciamientos de la alta Corporación que han señalado;

“Debe precisarse aquí, que la conducta se consuma y el daño es producido por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario, que en términos generales genera zozobra, intimidación o afectación psicológica a quien lo padece, para no hablar de la limitación que se produce respecto de la libertad sexual.

Vale decir, el acoso sexual opera ajeno a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca por ocasión de los comportamientos del victimario, en tanto, cabe reiterar, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal fin se emprendan conductas en sí mismas vejatorias que directamente afectan a la persona, razón suficiente para definir que no se trata de un delito de resultado, en lo que al cometido eminentemente sexual respecta.

Sobre el particular, debe la Corte precisar que con la introducción que hizo la Ley 1719 de 2014, del artículo 212 A del C.P., evidente **se advierte que si el comportamiento del agente alcanza los hitos del acto sexual o el acceso carnal, la conducta punible a atribuir no lo es el acoso sexual**, eventualmente alguno de aquellos, siempre y cuando converjan todas las exigencias normativas para ello.”⁸

⁷ Verbos rectores; “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”.

⁸ SP107-2018 Radicado N° 49799 M.P FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS.

De acuerdo a lo anterior, aunado a una revisión minuciosa de los elementos que conforman el delito en mención, se puede señalar que el asedio se refleja en el mal objetivo que resulta de la negativa, en cuanto, el acosador no ofrece salida digna para quien se halla a su merced, situación que, de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes y a los elementos de prueba allegados a la actuación, no se evidencia. Ello si tenemos en cuenta que la víctima, ni siquiera estuvo en condición de resistirse o negarse a los tocamientos del victimario. De acuerdo a sus propias manifestaciones, a causa del accidente de tránsito en el que resultó involucrada, no le era posible mover sus extremidades, ni mucho menos hablar, por lo que resulta valido decir que ni oposición pudo ejercer al respecto, siendo pertinente concluir, que el delito pasible de atribuir al procesado, no es el de acoso sexual, en tanto que las maniobras adelantadas superaron con creces el ámbito de protección del artículo 210A, ello, si se tiene en cuenta que sus actuaciones no se limitaron a simples gestos, palabras, invitaciones lascivas o rozamientos externos, sino que directamente el procesado alzó la prenda superior de la afectada, llegando hasta sus senos, sometiénolos a tocamientos, aprovechándose de la condición en que se encontraba, incursionando así en los actos sexuales abusivos con incapaz de resistir que alude el artículo 210 C.P.

Tal situación nos indica que la calificación jurídica que efectuó el delegado fiscal, de acuerdo a los hechos jurídicamente relevantes, no corresponde con el contexto factual de como en verdad los mismos tuvieron ocurrencia, lo que debió conspirar de manera negativa en contra de la aprobación del preacuerdo, que de manera ligera fue avalado por la juez de instancia.

Respecto a lo anterior el órgano de cierre en materia penal ha referido;

"A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes. (...) En este orden de ideas, a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa..."⁹.

Lo antes expuesto, a juicio de la Sala, implica que no exista ningún tipo de razón valedera que justifique el comportamiento omisivo tanto de la Fiscalía por enrostrar en contra del procesado una calificación jurídica que no corresponde con los hechos jurídicamente relevantes, como de la funcionara falladora que no advirtió esta circunstancia que a todas luces atentaba contra el principio de legalidad, estando por tanto, el preacuerdo presentado,

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 24 de junio de 2.020. Rad. # 52.227. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

destinado al fracaso por no cumplir con los fines consagrados en el artículo 348 C.P.P. entre ellos, el aprestigiamiento de la administración de justicia¹⁰.

Como consecuencia de las notorias y evidentes violaciones del debido proceso en las que las partes incurrieron con lo preacordado, debía la funcionaria de primer grado despachar de forma desfavorable lo pactado, ya que ello, de manera palmaria desconocía el contexto factual de lo acontecido, máxime que de acuerdo a los medios de conocimiento habidos en la actuación, se demostraba la ilicitud respecto del delito que le fue imputado al aquí encartado, es decir, es decir, Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

No obstante lo anterior, se presentó otra irregularidad que no puede pasar por alto esta Sala, y es el hecho que la funcionaria de primer grado, *haya condenado al señor Martínez Valencia por el delito de Acoso sexual*, figura que si bien, como ya dijo en líneas atrás, fue mal utilizada por el delegado de la fiscalía quien de forma inadecuada hizo un cambio en la calificación jurídica, la misma únicamente debió ser utilizada como una ficción legal a efectos de disminuir la pena como contraprestación por la aceptación temprana de cargos por parte del procesado; sin embargo, al parecer la intervención que realizó el delegado del Ministerio Público en la audiencia que se llevó a cabo en septiembre 20 de 2022, resultó de poca relevancia para la falladora, toda vez fue enfático el representante de la sociedad en manifestar que si bien el señor Martínez Valencia aceptó los cargos por el delito de acoso sexual, *en la sentencia debía ser condenado por el delito por el cual se le hizo el llamamiento a juicio*, es decir, Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, inclusive, de manera respetuosa pero reiterativa, solicitó que así quedara plasmado en la respectiva providencia.

Respecto a ese particular asunto, la Sala de Casación Penal, en CSJ SP, 24 jun. 2020, Rad. 52227, sostuvo:

“Primero. **En virtud de un acuerdo no es posible asignarle a los hechos una calificación jurídica que no corresponda**, como, por ejemplo, cuando se pretende darle el carácter de cómplice a quien claramente es autor, o reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica. En este tipo de eventos (i) **la pretensión de las partes consiste en que en la condena se opte por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos**, como sucede en los ejemplos que se acaban de referir; (ii) **en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad**; (iii) **esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio**; y (iv) **además, este tipo de acuerdos pueden desprestigiar**

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de 2ª Instancia del 25 de noviembre de 2015. SP16247-2015. Rad. # 46688. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO.

la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

Segundo. **Existe otra modalidad de acuerdo utilizada con frecuencia en la práctica judicial, consistente en tomar como referencia una calificación jurídica con el único fin de establecer el monto de la pena.**

En esos casos: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) **la alusión a una calificación jurídica que no corresponde, solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–;** (iv) **el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo;** y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales.

Tercero. En el ámbito de los acuerdos tiene plena vigencia el principio de discrecionalidad reglada. Así, además de la obligación de realizar con rigor los juicios de imputación y de acusación y de explicar cuándo una modificación de los cargos corresponde a un beneficio o al ajuste del caso a la estricta legalidad, para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, **para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios**". -negrillas y subrayado excluidos-

Para la Sala, la a-quo desconoció este precedente, ya que en la sentencia emitida en desfavor del señor Michael Stiven Martínez Valencia se le condenó por el delito de Acoso sexual, es decir, por la conducta modificada que debió entenderse que se utilizaba sólo con el fin de establecer el monto de la pena a imponer, *tal como lo advirtió al agente del Ministerio público al momento de la verificación del preacuerdo*, no siendo de recibo la determinación adoptada por la funcionaria de primer grado, cuando por parte de esta Corporación se han emitido múltiples pronunciamientos al respecto, en donde insistentemente se les ha hecho un llamado a los operadores judiciales para que eviten incurrir en actos como estos, que a todas luces va en contravía de Jurisprudencia de aprestigiamiento de la justicia.

De acuerdo a las irregularidades advertidas que a todas luces resultan insubsanables, sería del caso ordenar retrotraer la actuación de instancias ya superadas, si no fuera porque esta Colegiatura es respetuosa de los derechos y garantías de los procesados, pues cabe recordar que la Sala de Casación Penal, entre otras decisiones, ha establecido que, la nulidad en sede de segunda instancia, encuentra límites en los derechos constitucionalmente reconocidos al

procesado, como el de la prohibición de reforma peyorativa al que se refiere el artículo 31 de la Constitución, concretamente se refirió en estos términos¹¹:

“Esta Corporación tiene establecido que la garantía fundamental consagrada en la parte final del artículo 31 de la Constitución Política y desarrollada en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 también puede **desconocerse a través de la declaratoria de nulidad, cuando una decisión de esa naturaleza inexorablemente conduce a desmejorar la situación del acusado que tiene la calidad de apelante único**. En el último de los fallos en cita, se precisó:

De este modo, se sentó como premisa general que la Corte hoy reitera bajo los supuestos de este caso, que cuando el objeto del recurso que propicia la doble instancia está signado por el propósito de mejorar la situación procesal del imputado como único apelante, **carece el superior del más mínimo poder corrector del debido proceso o adecuación de la actuación, al margen de que aduzca advertir flagrantes quebrantos o pretexto defectos en el cálculo dosimétrico de la pena**.

La modificación oficiosa de la sentencia, aún bajo el referido supuesto de enmienda de la actuación, en todos los casos en que involucre directa o indirectamente una alteración peyorativa de la sanción (esto es una más drástica punición o la invalidación de lo actuado con mediato idéntico efecto), está prohibida por el art. 31 superior, pues dicha restricción constitucional no admite excepción alguna”

Lo anterior, resulta válido traerlo a colación para advertir que, pese a la necesidad de enmendar una vulneración del debido proceso por flagrantes vulneraciones a los principios constitucionales, la competencia para actuar de oficio no es absoluta, pues es necesario evaluar la condición en la que se encuentra la parte acusada, en este caso sería, de que el procesado sea sancionado de una manera más severa a los términos propuestos en el preacuerdo que fue puesto en consideración del despacho al momento de instalarse la audiencia de juicio oral. De ahí, la Sala observa una potencial trasgresión de la aludida garantía constitucional de prohibición de reforma peyorativa.

En conclusión, de ninguna manera puede desconocer esta Corporación la situación del procesado a la luz de su situación de apelante único, pues acudir al remedio extremo de la nulidad, sería desmejorar su situación y además atentar contra lo expresamente prohibido por el art. 31 superior.

De todo lo dicho hasta ahora, la Sala debe hacerle un fuerte llamado de atención tanto a la funcionaria de primera instancia como al delegado de la Fiscalía que actuaron en la presente causa -a partir del preacuerdo y su aprobación-, para que en adelante, se abstengan de cometer actos irregulares como los advertidos en este proceso, que no aprestigian en lo absoluto la administración de justicia; por lo anterior, el Tribunal se ve obligado a ordenar la compulsación de copias de la

¹¹ Sentencia CSJ SP14842 – 2015 (reiterada en CSJ STP 21 jul. 2020, Rad. 1282)

presente actuación ante la Comisión Seccional de Disciplina Judicial, para que sea tal Corporación en ejercicio de su competencia, la que determine si con el accionar de los aludidos funcionarios se infringió la normativa disciplinaria, al incurrir presuntamente en faltas a sus deberes funcionales.

Así mismo, debe hacerse un llamado de atención al delegado del Ministerio Público, en cuanto que lo correcto era, en cumplimiento de funciones, haber acudido a la audiencia de decisión de preacuerdo a la que fue convocado por el Juzgado de Conocimiento, en donde probablemente pudo haber controvertido la situación, que de forma acuciosa dejó entrever desde el momento en que se verbalizó el preacuerdo¹², diligencia en la que sí estuvo presente.

Ahora bien, una vez advertidas las irregularidades en que incurrió la funcionaria de primer grado, procederá la Sala a resolver lo que fue motivo de inconformidad por parte del quejoso en su escrito de apelación.

Como ya se dijo, el recurrente no está cuestionando la responsabilidad admitida por vía de la aceptación unilateral de su representado, por el contrario, lo que censura es lo relativo a la no concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y/o la prisión domiciliaria con permiso para trabajar, ya que en su criterio, la falta de antecedentes de su prohijado, sumado a las condiciones familiares, sociales, su formación académica, y su esfuerzo en servirle a la comunidad en el campo de la salud, deben ser consideradas para que no sea necesario el tratamiento penitenciario. Asimismo, considera que de no concedérsele el sustituto deprecado, afectaría los derechos sus abuelos, quienes al ser personas de avanzada edad requieren de su cuidado y protección; por tanto, solicita a esta Sala que le conceda ese beneficio o en su defecto la prisión domiciliaria con permiso de trabajo.

Por último, advierte esta Colegiatura que el recurrente, **junto con sus argumentos de alzada, anexó unos elementos probatorios, que no fueron puestos consideración del a quo al momento de deprecar la solicitud ante esa instancia.**

En ese entendido, debe iniciar esta Sala citando el contenido del artículo 63 C.P, el cual reza;

"Suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se

¹² Tal y como se plasmó a lo largo del proveído, el delegado del ministerio público en la audiencia de verbalización de preacuerdo, solicitó que en el fallo respectivo, el ciudadano Martínez Valencia fuese condenado por el delito por el cual se le hizo llamamiento a juicio, es decir, Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, y no como erradamente quedó en la decisión, en donde se condenó por el delito de Acoso sexual, el cual, solo debía tenerse en cuenta para la disminución de la pena, como contraprestación de la aceptación temprana de cargos.

suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.
2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales **y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000**, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.
3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.

El juez podrá exigir el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad accesorias a esta. En todo caso cuando se trate de lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política se exigirá su cumplimiento” -negritillas de la Sala-.”

Tal norma igualmente debe acompasarse con lo reglado en el art. 68A CPP, que prescribe:

“La suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad no será extensiva a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible.” No se concederán la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; ni habrá lugar a ningún otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tampoco quienes hayan sido condenados por delitos dolosos contra la Administración Pública; delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario; **delitos contra la libertad, integridad y formación sexual**; estafa y abuso de confianza que recaiga sobre los bienes del Estado; captación masiva y habitual de dineros; utilización indebida de información privilegiada; concierto para delinquir agravado; lavado de activos; soborno transnacional; violencia intrafamiliar; hurto calificado; abigeato enunciado en el inciso tercero del artículo 243; extorsión; homicidio agravado contemplado en el numeral 6 del artículo 104; lesiones causadas con agentes químicos, ácidos y/o sustancias similares; violación ilícita de comunicaciones; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; trata de personas; apología al genocidio; lesiones personales por pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro; desplazamiento forzado; tráfico de migrantes; testaferrato; enriquecimiento ilícito de particulares; apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan; receptación; instigación a delinquir; empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos; fabricación, importación, tráfico, posesión o uso de armas químicas, biológicas y nucleares; delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones; espionaje; rebelión; y desplazamiento forzado; usurpación de inmuebles, falsificación de moneda nacional o extranjera; exportación o importación ficticia; evasión fiscal; negativa de reintegro; contrabando agravado; contrabando de hidrocarburos y sus derivados; ayuda e instigación al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales. [...]”.

Por su parte, el artículo 38B del C.P. dispone los requisitos para conceder la prisión domiciliaria, y aunque su numeral segundo contempla una prohibición conforme a los delitos consagrados en el artículo 68A, esa última disposición en su inciso tercero señala: "Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará respecto de la sustitución de la detención preventiva y de la sustitución de la ejecución de la pena en los eventos contemplados en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 314 de la ley 906/04"

El artículo 314 C.P.P. numeral 5º -modificado por el art. 17 de la ley 2292/23-, señala: "La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de la residencia en los siguientes eventos: [...] "5. Cuando la procesada fuere mujer cabeza de familia de hijo menor de edad o que sufre incapacidad permanente; o tenga a un adulto mayor o una persona que no puede valerse por sí misma bajo su cuidado. La persona que haga sus veces podrá acceder a la misma medida. En estos eventos, el juez atenderá especialmente a las necesidades de protección de la unidad familiar y a la garantía de los derechos de las personas que se encuentran bajo su dependencia."

En este punto, debe advertirse, que sería del caso por favorabilidad, aplicar lo dispuesto en la disposición normativa anteriormente referida, si no fuera porque en el presente asunto no se cumplen los presupuestos del artículo 2º de la **Ley 2292/23** -por medio de la cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materias de política criminal y penitenciaria-, por cuanto no estamos en presencia de los delitos contemplados en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 C.P., y no se encuentra probado que el delito por el cual fue sentenciado el señor **MARTINEZ VALENCIA** esté asociado a condiciones de marginalidad.

Ahora, el artículo 1º de la Ley 1232/08, que modificó la Ley 82/93¹³, prescribe: "[...] es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya **sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar**" -resaltado fuera del texto-.

Además, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-338/05, señaló que para considerar que una persona ostenta la categoría de madre cabeza de hogar, es presupuesto indispensable lo siguiente:

"(i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo

¹³ Por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia.

verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar".¹⁴

De similar manera esa Alta Corporación, en sentencia T-003/18, ha indicado que tal condición se acredita cuando la persona:

"(i) tiene la responsabilidad permanente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, (ii) no cuenta con la ayuda de otros miembros de la familia y (iii) su pareja murió, está ausente de manera permanente o abandonó el hogar y se demuestra que esta se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones, o cuando su pareja se encuentre presente pero no asuma la responsabilidad que le corresponde por motivos como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental".

De la información arrojada válidamente a la actuación, se advierte que el señor **MARTÍNEZ VALENCIA** fue sentenciado a la pena de 16 meses de prisión, y la A-quo procedió a negar la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, toda vez que el delito por el que fue condenado¹⁵ se encuentra enlistado en las conductas punibles, a las que de acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del art. 68A del C.P, está prohibida la concesión de beneficio alguno. Sumado a ello, indicó que si bien, el profesional del derecho advirtió la posible calidad de padre cabeza de familia que ostenta el procesado por tener a su cargo el cuidado y protección de sus abuelos, no se arribó al despacho elemento probatorio alguno que respaldara su pedimento.

Como se advirtió en párrafos atrás, junto con el escrito de apelación que fue allegado a esta Corporación para desatar la alzada, se adjuntó por parte del quejoso una historia clínica de la señora Ana Sara Valencia Ramos y una declaración extra proceso rendida por la ciudadana Sandra Patricia Gómez Molano, no siendo de recibo para esta Sala lo pretendido por el actor, que no es otra cosa, que en esta instancia se valoren elementos que no aportó en el estadio procesal permitido.

De acuerdo a lo anterior, es importante precisar que una vez se le impartió aprobación al preacuerdo por parte de la Juez de conocimiento, se dio paso a lo contemplado en el artículo 447 del C.P.P., que a la letra ordena:

"...Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el Juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al Fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable..."

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández; SV, Jaime Araújo Rentería).

¹⁵ Acoso sexual

En ese sentido, hay que manifestar que precisamente ese era el escenario procesal propicio para que la defensa presentara los medios de prueba para sustentar su pedimento, que no allegó en ese momento, pero luego expuso al sustentar su recurso.

En torno al momento probatorio que tiene lugar en el traslado del artículo 447 del C.P.P., la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia expuso lo siguiente:

“...En este punto de la discusión, la Corte no podría avanzar en el análisis del reparo propuesto, sin dejar de denotar el innecesario desbordamiento en el ejercicio de la facultad de ordenación y dirección del proceso por parte de la juez de primera instancia al haberle negado a la defensa la posibilidad de acreditar los supuestos fácticos de la mencionada disposición, pues se observa que así procedió sin percatarse siquiera que cuando el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de individualización de pena y sentencia el juez concederá la palabra tanto al fiscal como la defensa <<para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable>>, quienes, <<si lo consideran conveniente podrán referirse a la probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado>>, **no le niega la posibilidad a las partes para que puedan aducir los elementos probatorios o evidencia física con que cuenten para respaldar sus planteamientos.**

Lo expuesto resulta aún más manifiesto, si se da en considerar que **el ordenamiento procesal no prevé ningún otro escenario para discutir el tema**, a punto tal que incluso faculta al juez para ampliar la información requerida para tomar las determinaciones inherentes a la delicada misión de impartir justicia en el caso concreto, en desarrollo de lo cual <<podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que éste, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición>>.

Denota lo anterior, que ni la sentencia debe ser emitida inmediatamente a la culminación de la intervención de las partes con posterioridad al anuncio del sentido del fallo, ni a éstas les está vedado aportar al juez aquellos elementos de conocimiento que le permitan adoptar una decisión, no solamente acorde al ordenamiento, sino a la realidad que cada caso ofrece, pues la administración de justicia no puede ser considerada como la realización de actos secuenciales y repetitivos, por ende alejados de la naturaleza de la función y la índole de sus destinatarios, sino que va dirigida precisamente a juzgar la conducta de seres humanos que, independientemente de la condición de culpabilidad o de inocencia en que se hallen, o la gravedad o levedad del comportamiento atribuido, merecen toda la consideración y respeto por parte de los dispensadores de justicia...”¹⁶

En igual sentido, en la CSJ SP 16558 del 2 de diciembre de 2015, se dijo lo siguiente:

“...El tema atinente a las posibilidades probatorias de las partes e intervinientes en el decurso de la misma audiencia, fue ampliamente desarrollado en CSJ. SP, may. 16 de 2007, rad. 26716, por cuyos valiosos

¹⁶ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. SP11726 del 3 de septiembre de 2014. Radicación 33.409, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

aportes e incidencia directa para resolver el punto objeto de debate, la Sala se permite reproducir in extenso en lo pertinente:

Pues bien, del texto que viene de transcribirse (el del artículo 447, se aclara), es importante abordar tres temas acerca de la diligencia en cuestión, alusivos al momento de su realización, su objeto y la actividad probatoria que podría llegar a demandar.

En cuanto a la oportunidad procesal, **la ley claramente diferencia dos momentos para el efecto. El primero, luego de que el juez ha anunciado el sentido del fallo condenatorio en el punto culminante del juicio oral, y, el segundo, una vez verifique el allanamiento o acepte el acuerdo celebrado con la Fiscalía, en los términos de los artículos 348 y siguientes de la Ley 906 de 2004.**

En ambos casos se parte de la base de que en contra del sujeto pasivo de la acción penal se dictará sentencia condenatoria, bien porque fue vencido en el juicio oral, anuncio que hace el juez tras sopesar la prueba allegada en dicho acto y los argumentos de cierre de las partes e intervinientes, ora porque aceptó su responsabilidad en los hechos, materializada en el allanamiento o en un acuerdo que celebró con el ente instructor, aprobado por el juzgador luego de verificar, junto con la aceptación voluntaria, libre, espontánea y con cabal asesoría del defensor, que hay un mínimo de prueba a partir del cual inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad (art. 327 Ib.), y que lo pactado discurre por caminos de legalidad.

De allí entonces que la prueba que se tabula en el juicio oral, apunta única y exclusivamente a determinar la responsabilidad o no del acusado en los sucesos por los cuales fue convocado al juicio, mientras que el fundamento probatorio que conlleva a avalar el allanamiento o acuerdo y emitir el subsiguiente fallo condenatorio, radica en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas o informes aportados por la Fiscalía, sin que pueda denominárseles "prueba" en sentido estricto, naturaleza que sólo se adquiere cuando los elementos de conocimiento son aducidos en el debate público -del cual se prescinde en estos casos-, con total respeto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y concentración.

Es por lo anterior que **el legislador ha establecido un espacio procesal diferente para que las partes e intervinientes puedan pronunciarse sobre otros aspectos trascendentales, diferentes a la definición de la ya decantada responsabilidad, que deben ser tenidos en cuenta por el fallador al momento de adoptar su decisión de condena, los cuales tocan con la "probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado" (artículo 447 del Código de Procedimiento Penal), fundada en aspectos del tenor de las "condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable"**.

(...) Ahora bien, en la providencia citada, que es justamente la que trae a colación la delegada del Ministerio Público, se parte de la base de que es posible desplegar una actividad probatoria en sede de la diligencia para la individualización de la pena y sentencia; sin embargo, se aclara seguidamente, dicha actividad debe versar única y exclusivamente en torno a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Ello, desde luego, para que la Fiscalía y la defensa sustenten las pretensiones que a continuación formularán, en lo que respecta a la probable determinación de la pena y la concesión de subrogados.

Lo anterior es apenas obvio, habida cuenta de que hasta el momento solo se han recaudado elementos de juicio que, como se dijo antes, tocan en

forma directa con la responsabilidad y más concretamente, lo que refiere a la estructura de la conducta punible en todas sus aristas. Es decir, se han recopilado y aportado suficientes medios de convicción para sustentar la condena del acusado, dentro de un específico marco de responsabilidad y acorde con una concreta adecuación típica, que no remite apenas al tipo básico sino, como se anotó atrás, a todos los factores consustanciales al mismo que tienen la virtualidad de modificar los extremos punitivos, pero en modo alguno para determinar cuál es la pena que debe aplicarse ni los beneficios sustitutivos a que puede acceder, en ambos eventos, claro está, atendiendo a los criterios que ha establecido el legislador para su definición.

(...) Sin embargo, debe recalcar que la actividad probatoria que así se suscite, es absolutamente informal, por manera que si "prueba" **es, como ya se dijo, sólo la que se practica e incorpora en el juicio oral, los informes a los cuales alude la diligencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se sustentan a través de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas, entrevistas o declaraciones que las partes pueden recolectar en su particular labor investigativa.**

La incorporación de dichos medios de convicción en la diligencia de individualización de la pena y sentencia, está condicionada a los parámetros generales de legalidad, licitud, admisibilidad y pertinencia, los cuales valorará el juez con base en la alegación del solicitante, garantizando en todo momento el derecho de contradicción de la contraparte.

En todo caso, **los elementos de juicio que se ofrecen en la actuación que se analiza, tienen como finalidad específica la demostración de un argumento.** De allí entonces que su práctica e incorporación no está sujeta a las reglas determinadas por el legislador para el juicio oral, pues, se insiste, prima la informalidad y por ello es que el juez, de considerar que no es procedente allegar alguno de ellos, debe rechazarlo de plano.

Y ello no es un asunto exótico o que pueda tomarse violatorio de garantías fundamentales, como quiera que precisamente es este el tipo de práctica demostrativa que se adelanta en las audiencias preliminares -de ninguna forma sometida a los rigores técnicos de la prueba aportada en el juicio oral-, en las que, concretamente, la parte encargada de soportar la pretensión o controvertirla, allega los elementos materiales probatorios, evidencia física o informes que soportan su pretensión, sin que se haga necesario, como ocurre con algunos estrados judiciales, llamar a testigos para someterlos a los interrogatorios, contrainterrogatorios y objeciones propios, se repite, del debate público oral en el cual se determina la responsabilidad penal del acusado..."¹⁷ (Subrayas propias)

De lo anterior, se puede concluir con facilidad que frente al tópico preciso de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y del sustituto de la prisión domiciliaria con permiso para trabajar que hoy se alega, no se allegó elemento alguno de respaldo por parte del recurrente en la citada audiencia, por lo que para la falladora resultaba imposible adoptar una determinación que fuese favorable a los intereses del procesado.

Por último, de la motivación que contiene la sentencia recurrida en el acápite pertinente a la negación del beneficio-derecho, nos enseña que la falladora tuvo en consideración lo atinente al cumplimiento del requisito objetivo

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP 16558 del 2 de diciembre de 2015. Radicación 44840. M.P. José Luis Barceló Camacho.

establecido en el numeral 2 del Artículo 63 del C.P. -Si la persona condenada carece de antecedentes penales **y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000**, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo.- por lo que desde ahora debe advertir esta Sala que la decisión adoptada se encuentra ajustada a derecho, en cuanto los requisitos de orden objetivo y subjetivo que establece el artículo 63 del Código Penal deben estar presentes y concurrir simultáneamente para que pueda otorgarse el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es decir, que **si falta alguno de ellos, no hay lugar a su concesión.**

Podemos asegurar que si bien por parte del defensor se hacen una serie de aseveraciones en pro de su representado, como el hecho de no poseer antecedentes y su esfuerzo en servirle a la comunidad en el campo de la salud, tales afirmaciones no son suficientes para acceder al beneficio que se reclama por cuanto -se itera- **existe expresa prohibición legal para ello**, y en ningún momento el fallador puede apartarse de lo consagrado en nuestro ordenamiento penal, en donde está prohibido conceder ese beneficio para las personas que hayan sido condenadas, entre otro delitos, por los que atentan **contra la libertad, integridad y formación sexual** ¹⁸.

En cuanto a la prisión domiciliaria, pese a que en el actual artículo 38B, el requisito de orden objetivo para acceder a ese sustituto es por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, como ya se indicó, **el punible por el cual fue condenado el ciudadano Martínez Valencia se encuentra en las prohibiciones contenidas en el artículo 68 A del estatuto punitivo**; luego entonces, por expresa prohibición legal tampoco existe la posibilidad de hacerse acreedor a ese beneficio.

En conclusión, la Colegiatura debe indicar que de conformidad con la normativa aludida, el juez no puede conceder, en principio, ningún tipo de beneficio o subrogado penal a quien haya sido condenado por delitos que se encuentren enlistados en la prohibición legal establecida en el inciso 2 del art. 68 A del C.P., lo cual significa que hay lugar *per se* a negar los subrogados y beneficios, entre ellos, por supuesto el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Así las cosas, no existe opción válida alguna de variar la determinación adoptada por la juez de instancia en cuanto a la negación tanto del subrogado como del sustituto que se reclama; en consecuencia, se confirmará la decisión objeto de recurso.

¹⁸ Art. 68A CPP

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de recurso.

Acorde con lo señalado en la parte motiva de la presente decisión, se ordena que por Secretaría se compulsen copias de la presente actuación, con destino al Consejo Seccional de Disciplina Judicial, para que sea tal Corporación en el marco de su competencia, la que determine si tanto la juez como el fiscal que intervinieron en el presente asunto, a partir de la solicitud y aprobación del preacuerdo, pudieron incurrir con su accionar en el quebrantamiento de normas disciplinarias, ante la posible inobservancia de sus deberes funcionales.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda y la Ley 2213 de 2022, no se realizará audiencia de lectura de sentencia, y por ende esta decisión se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, determinación frente a la cual procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALBERTO PAZ ZUÑIGA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9c12434b7f68569f9ae4671eaba7bd5b4fea4ba5177665faa6e50c44fdea52a3**

Documento generado en 11/05/2023 11:50:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>