LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrado Ponente

SP 2159– 2018
Radicación 50313
(Aprobado Acta No. 189)

Bogotá D.C., junio trece (13) de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el Procurador 7 Judicial de Familia, contra la sentencia del 9 de marzo de 2017 proferida por la Sala Mixta de Asuntos para Adolescentes del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual modificó la sanción impuesta al joven D.D.M.T. en el fallo condenatorio dictado el 6 de diciembre de 2016 por el Juzgado 7 Penal del Circuito de esa especialidad.

HECHOS:

En el mes de enero de 2012, en la calle 181 No. 18 B – 82 de esta ciudad, el procesado D.D.M.T., de 16 años de edad, junto con su progenitor, se trastearon a la residencia de

Marcela Ordóñez y de su hija XXX[1] de 13 años de edad. En febrero de la misma anualidad, aquel accedió de manera violenta a la niña en 5 oportunidades, como consecuencia de lo cual quedó embarazada y el 26 de noviembre de 2012 dio a luz una niña.

ANTECEDENTES PROCESALES:

El 16 de diciembre de 2015 la Fiscalía le imputó a D.D.M.T. el concurso de delitos de acceso carnal violento con circunstancias de agravación punitiva –arts. 205 y 211-4, 5 y 6 del C.P.—, cargo que no fue aceptado. Conviene señalar que el Juzgado 9 Penal para Adolescentes con función de control de garantías, en audiencia celebrada el 3 de noviembre de 2015, se abstuvo de librar la orden de captura solicitada por el ente acusador.

La audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 26 de febrero de 2016 y, tras la celebración de las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado 7 Penal del Circuito para Adolescentes de Bogotá, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2016, lo declaró penalmente responsable del concurso de punibles materia de la acusación y le impuso la sanción de privación de la libertad en centro de atención especializada por el término de 48 meses.

El defensor del menor de edad apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Bogotá lo modificó

[1] No se registra el nombre de la niña en aplicación del numeral 8° del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

a través del fallo recurrido en casación, expedido el 9 de marzo de 2017, en el sentido de fijar como sanción la imposición de reglas de conducta y, consecuentemente, ordenó la libertad del joven, previa suscripción de acta de compromiso.

LA DEMANDA:

Consta de dos cargos, uno principal y el otro subsidiario.

1. Primero. Violación directa de la ley por interpretación errónea del inciso 1 parágrafo del artículo 187 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Dijo el Procurador que la aplicación indebida de la citada norma, conllevó la aplicación indebida del canon 183 y la falta de aplicación de los incisos 3 y 4 del citado artículo 187, pues no es cierto que el cumplimiento de la mayoría de edad del infractor impida imponerle la pena de privación de la libertad. Tampoco es verdad que esa sanción proceda cuando el fallo se emita antes de que el adolescente cumpla los 18 años o cuando ha estado previamente sometido a internamiento preventivo, como equivocadamente se dedujo en la sentencia.

Las normas que el Tribunal dejó de aplicar imponían sancionar al infractor con privación de la libertad, única pena prevista en la ley para los delitos contra la integridad sexual cometidos por adolescentes mayores de 16 años y menores de 18. En consecuencia, el Tribunal violó el principio de legalidad de la pena al sancionar al infractor con la imposición de reglas de conducta.

2. Segundo cargo: Violación directa de la ley por aplicación indebida del inciso 1 parágrafo del artículo 187 de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Por dicha violación también se aplicó indebidamente el artículo 183 y no se aplicaron los incisos 3 y 4 del citado artículo 187. El Tribunal confundió los conceptos de vigencia de la sanción e internamiento preventivo al señalar que cuando está vigente la segunda y el infractor llega a la mayoría de edad, debe cumplir la pena hasta su terminación, pero si alcanza los 18 años sin que le haya sido impuesta la internación preventiva, es improcedente hacerlo en la sentencia.

Para el casacionista, por tratarse de un delito sexual agravado, la única sanción posible era la privación de la libertad del artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia y no la imposición de reglas de conducta del artículo 183, que el Tribunal empleó en forma indebida vulnerando el principio de legalidad de la pena.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

En la audiencia de sustentación oral intervinieron el Ministerio Público, el Fiscal Delegado ante la Corte, el representante de la víctima y el defensor.

1. El Ministerio Público.

Compartió los argumentos expuestos por el Procurador de Familia en la demanda y pidió casar la sentencia en tanto el Tribunal infringió de manera directa la ley por interpretación errónea del parágrafo 1 del artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia y la consecuente aplicación indebida del artículo 183 de dicho estatuto. Solicitó, en consecuencia, se reestablezca la sanción impuesta al infractor en el fallo de primera instancia.

2. La Fiscalía.

Consideró que le asiste razón al demandante porque el juzgador de segunda instancia incurrió en un evidente error de juicio al interpretar de manera equivocada el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, con lo cual transgredió el principio de legalidad de la sanción previsto en los artículos 29 de la Constitución Política y 153 del C.I.A.

De conformidad con el artículo 187 del C.I.A., la sanción privativa de la libertad en centro de atención especializada se aplica a los adolescentes mayores de 16 y menores de 18 años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años.

El inciso tercero de la citada norma prevé que la privación de la libertad en centro de atención especializada se aplica también a los adolescentes mayores de 14 años y menores de

18 hallados responsables de los delitos de homicidio doloso, secuestro o extorsión en todas sus modalidades y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, como ocurrió en este evento. En estos casos, la privación de la libertad tendrá una duración de 2 a 8 años que debe cumplirse en su totalidad, sin lugar a beneficios para redimir penas.

Según el parágrafo de dicha norma, si estando vigente la sanción privativa de la libertad, el adolescente cumpliere la mayoría de edad, continuará cumpliéndola hasta su terminación en centro de atención especializada.

No obstante la claridad de los anteriores preceptos sobre la sanción privativa de la libertad para los adolescentes, el Tribunal consideró de manera equivocada que al infractor no se le podía imponer esa sanción sino la imposición de reglas de conducta del artículo 183, bajo el supuesto de que nunca se le impuso medida de internación preventiva o ésta no estaba vigente para la fecha de la sentencia y que en ese momento ya había cumplido la mayoría de edad.

Por el contrario, en su opinión, al infractor se le debe exigir la ejecución de la sanción penal impuesta hasta su cumplimiento en forma independiente de la edad que tenga al proferirse el fallo, como lo ha señalado la jurisprudencia vigente.

La Fiscalía sugirió casar el fallo impugnado a efectos de que recobre vigencia la sanción impuesta en primera instancia.

3. La representante de víctimas.

Consideró que el sistema penal para adolescentes necesita urgentemente la unificación de la jurisprudencia en torno a la sanción privativa de la libertad en centro de atención especializada en los eventos en que el infractor cumple 18 años y aún no se ha emitido sentencia, pues son muchos los graves delitos que se han sancionado con reglas de conducta, con evidente infracción del principio de legalidad de la pena.

Deben ser acogidos los argumentos del demandante e imponer al infractor la sanción dispuesta en la sentencia de primera instancia, pues no se puede seguir enviando un mensaje equívoco sobre esta medida.

4. El defensor.

Pidió mantener incólume la sentencia de segunda instancia ante la inexistencia de violación del orden jurídico, en cuanto dada la claridad de las reglas de la Ley de Infancia y Adolescencia el Tribunal se atuvo al contenido literal del artículo 187, en aplicación de los principios de interpretación jurídica establecidos en la Ley 153 de 1887. Ello porque el adolescente juzgado no había sido privado de su libertad antes de ser proferida la sentencia y al cumplir la mayoría de edad no se le podía imponer.

Las reglas de conducta aplicadas al infractor, además, no comportan impunidad porque en la justicia penal para

adolescentes no prevalece la privación de la libertad sino la educación y resocialización de la persona.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En atención a que los cargos propuestos por el Ministerio Público se orientan a la misma finalidad, esto es, a revocar las medidas de conducta dispuestas por el Tribunal para, en su lugar, confirmar la sanción establecida en el fallo de primera instancia consistente en privar al acusado de la libertad en centro de atención especializada por el término de 48 meses, procede la Sala a analizarlos conjuntamente, como sigue.

1. Luego de declarar responsable al procesado por el concurso de delitos objeto de acusación, la Juez 7 Penal del Circuito para Adolescentes señaló que debía aplicarse el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 que reformó el artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, en el cual se establece que los mayores de 14 y menores de 18 años responsables de delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual deben ser sancionados con privación de la libertad entre 2 y 8 años. Acto seguido realizó la correspondiente tasación teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la proporcionalidad e idoneidad de la sanción, la edad del infractor, que no aceptó los cargos y es su primer ingreso al sistema.

2. Por su parte, el Tribunal de Bogotá en el fallo de segunda instancia transcribió los artículos 177, 179 y 187

(modificado por el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011) del Código de Infancia y Adolescencia, así como la Regla 18 de Beijing y señaló:

> "*Cierto es que para sustentar su decisión, la juez tuvo en cuenta la naturaleza del caso y la gravedad de los hechos, la problemática del adolescente y sus necesidades, por lo tanto, si bien los hechos fueron cometidos siendo menor de edad, no procedía la sanción de privación de la libertad, sino cualquiera otra medida como imponer reglas de conducta o servicios a la comunidad, pues debe tenerse en cuenta que al joven nunca se le impuso medida de internamiento preventivo, aunado al hecho que el mismo para la fecha de imposición de la medida de privación de la libertad, había cumplido 21 años de edad, por ello no le era aplicable el artículo 187 del C.I.A.*".

> "*Sumado a lo anterior debe adicionarse que el parágrafo 1 del citado artículo dice: 'Si estando vigente la sanción de privación de libertad el adolescente cumpliere dieciocho años de edad continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada* (...) *por consiguiente, de acuerdo con lo anotado, el joven al momento de la sentencia estaba en libertad, tenía la mayoría de edad y al no estar vigente la sanción de privación de la libertad, para la Sala procede otra medida diferente a la privativa de libertad*".

Conforme a lo expuesto, el Tribunal revocó la privación de libertad y dispuso que al infractor le debían ser impuestas reglas de conducta por 24 meses.

3. Esta Sala sobre el particular ha señalado[2] que si en virtud del principio de legalidad de la pena sólo pueden imponerse al menor las sanciones definidas en la ley, la privación de la libertad en centro de atención especializada procede exclusivamente en los eventos señalados en el artículo 90 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 187 del Código de Infancia y Adolescencia, es decir, cuando el delito por el cual se ha declarado la responsabilidad penal tenga prevista pena mínima de 6 o más años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 años y menor de 18 años de edad; o cuando, siendo mayor de 14 años y menor de 18, se le ha declarado responsable de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual, sin perjuicio de que una vez cumplida parte de la sanción sea sustituida en función de las circunstancias y necesidades del adolescente, en los términos del inciso 6° del artículo 187 del referido estatuto.

4. Aunque se advierte que conforme a los citados precedentes judiciales el asunto se encuentra dilucidado por la Corte, de manera que en este caso sería procedente casar el fallo de segundo grado en el sentido de revocar las medidas de conducta dispuestas por el Tribunal para, en su lugar,

---

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

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

4.1. En efecto, el artículo 161 del Código de Infancia y Adolescencia establece que "*la privación de la libertad sólo procede para las personas que al momento de cometer el hecho hayan cumplido catorce (14) y sean menores de dieciocho (18) años*", como ocurre en este caso, pues el procesado nació el 13 de noviembre de 1995, es decir, cuando ocurrieron los hechos en febrero de 2012 tenía 16 años y para el 6 de diciembre de 2016, fecha en la cual se profirió el fallo condenatorio de primera instancia tenía 21.

El artículo 187, modificado por el 90 de la Ley 1453 de 2011, dispone que la sanción de privación de libertad se aplicará a "*los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de* (...) *delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual*", caso en el cual "*tendrá una duración desde dos (2) hasta ocho (8) años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas*".

No obstante, en la exposición de motivos del proyecto de ley 164 de 2010 Senado, que finalmente dio lugar a la Ley 1453 de 2011 se expresó con claridad:

> *"En Colombia se consagra un régimen penal de semiimputabilidad para los menores entre los 14 y los 18 años que no ha sido efectivo, pues sufre de defectos estructurales que favorecen la impunidad y no consagran mecanismos específicos que le permitan al menor infractor tener una reintegración adecuada, lo cual implica además que el menor no tiene la oportunidad de educarse a través del sistema, sino que simplemente se le priva de la libertad y luego sale a la sociedad con un grado aún menor de reintegración y en muchos casos con mayor conocimiento de la delincuencia gracias al contacto con otros infractores, tal como señala la teoría de la asociación diferencial.*
>
> *"El objetivo de estas medidas no es de ningún modo restringir los derechos de los menores, sino por el contrario, mejorar el procedimiento de determinación de las consecuencias jurídicas, evitar la impunidad y dotar a los menores de la oportunidad de reintegrarse a la sociedad".*

Por su parte, el inciso 2 del artículo 140 del Código de Infancia y Adolescencia señala:

> *"En caso de conflicto entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las*

autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como por los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema".

A su vez, el artículo 141 del mismo ordenamiento establece que en el Sistema de Responsabilidad para Adolescentes se aplicarán los principios y definiciones consagrados en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en dicha ley, texto similar a la parte final del inciso 1 del artículo 44 de la Carta Política.

No en vano la Defensoría del Pueblo ha concluido[3]:

"*Aunque formalmente se ha señalado que el núcleo de la intervención del SRPA es la justicia restaurativa, en la práctica se evidencia la aplicación de un modelo de justicia retributiva, característico de la aplicación de la justicia penal: i) No se aplican medidas pedagógicas, sino castigos frente a la responsabilidad del adolescente; (ii) Se pretende que la amenaza de este castigo sea utilizada como mecanismo para disuadir del crimen a otros adolescentes o para evitar reincidencias* (...); *y (vi) Se aísla al adolescente de la comunidad de la que hace parte y en la que se produjo el daño que está llamado a reparar*".

[3] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe sobre violaciones de los derechos humanos de adolescentes privados de la libertad. Bogotá, marzo de 2015.

4.2. El artículo 6 de la Ley 1098 de 2006 señala que además de las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, las que integran "*en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente*".

En el literal b) del artículo 37 de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se dispone que "*Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*".

El numeral 1 del artículo 40 de la misma legislación señala como obligación de los Estados Partes tratar a los niños declarados culpables de haber infringido las leyes "*de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*".

Y el numeral 4 de tal norma indica que respecto de menores infractores "*Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*".

4.3. En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1985, denominadas *Reglas de Beijing*, se expone en su Regla 17 que "*la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad*" y que "*Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible*".

En la Regla 18 se establecen como medidas alternativas a la privación de libertad para menores: "*Ordenes en materia de atención, orientación y supervisión; libertad vigilada; Ordenes de prestación de servicios a la comunidad; sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; Ordenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; Ordenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo*

y en actividades análogas; Ordenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos; y Otras órdenes pertinentes".

En la Regla 19 se manifiesta que "*El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible*".

4.4. Conforme a lo anterior, concluye la Corte:

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

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

(iii) Según las *Reglas de Beijing* la respuesta al delito cometido por niños y adolescentes debe ponderar "*las circunstancias y necesidades del menor, así como a las*

necesidades de la sociedad", la restricción a su libertad impone un "*cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible*", además de que se dispone un conjunto de medidas alternativas a la privación de libertad para menores y se reitera lo dicho en otros instrumentos internacionales en el sentido de que la reclusión "*se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible*".

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

Desde luego, no se trata de que si en el curso de la actuación se impuso medida cautelar de privación de la

libertad al procesado, en el fallo deba continuarse con la misma, sino de apreciar en cada caso concreto si en verdad es necesario como "*último recurso*" imponer la sanción de reclusión en centro de atención especializada.

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

En tal cometido, se observa que el artículo 177 del Código de Infancia y Adolescencia establece que a los adolescentes declarados penalmente responsables les son aplicables las sanciones de amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de la libertad en centro de atención especializada, las cuales son definidas y desarrolladas en los artículos 182 a 187, indicando en cada caso en qué eventos se imponen y cuál es el tiempo máximo de duración.

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

cargos y el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez y de las sanciones.

Es pertinente señalar que según lo ha precisado la Sala[4], de conformidad con el artículo 178 del Código de la Infancia y la Adolescencia, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, "*tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa*" en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes y corresponde al juez en cada caso específico ponderar las circunstancias individuales del adolescente y sus necesidades especiales, con facultad para modificar las medidas impuestas a partir de un diagnóstico favorable sobre el particular.

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

Procede el internamiento preventivo tratándose de delitos que el legislador dentro de su libertad de configuración normativa considera graves, caso en el cual corresponde a la Fiscalía solicitar se decrete tal medida

[4] CSJ SP, 22 may. 2013. Rad. 35431.

cautelar como reacción frente a la conducta motivo del proceso, en cuanto se parte de la necesidad de ingresar al infractor al tratamiento propio del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes, conjugado con diversas medidas que no únicamente son de competencia de las autoridades judiciales sino de otras, entre ellas, el Gobierno Nacional, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las alcaldías, desde luego, en el entendido que el tratamiento no queda circunscrito a la efectiva reclusión intramural.

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

Si la Fiscalía en este proceso no solicitó la referida medida de internamiento preventivo, ahora se rompería el principio de coherencia que debe gobernar el trámite si se dispusiera tardíamente la privación de libertad en establecimiento especializado, caso en el cual corresponde al juez efectuar un diagnóstico sobre tal aspecto, valorando que

por voluntad del legislador corresponde al "*último recurso*" en el marco del sistema, junto con otras medidas.

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

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

Definido lo anterior se considera que en este caso la imposición de reglas de conducta tales como observar buena conducta familiar y social, no involucrarse en la comisión de nuevos actos delictivos, abstenerse de consumir sustancias psicoactivas y dedicarse a actividades educativas o laborales

regulares ordenadas por el Tribunal, orientadas de conformidad con el artículo 183 del Código de Infancia y Adolescencia a "*regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación*", resultan consonantes con las normas nacionales e internacionales sobre el particular y prevalecen sobre la privación de la libertad dispuesta por el juez de primer grado, pues además de que el estrecho contacto por cerca de 4 años con otros infractores podría exponer al acusado a más posibilidades de daño que asegurar su "*reintegración adecuada*" a la sociedad, es necesario que asuma su rol como padre de la niña nacida como consecuencia de las conductas investigadas.

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

En suma, las circunstancias personales, familiares y sociales del procesado permiten deducir que en su caso no es aconsejable la privación de libertad en centro de atención especializada, sino la imposición de reglas de conducta a fin de brindarle la oportunidad de que ahora, años después de

cuando ocurrieron los hechos, pueda recomponer su vida y no recluírsele, medida esta última que como ya dijo, únicamente tendría un carácter retributivo o vindicativo.

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

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

Por lo expuesto, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

IMPEDIDO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria