



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

**EYDER PATIÑO CABRERA**  
**Magistrado Ponente**

**SP1500-2020**

**Radicación n.º 54332**

(Aprobado Acta n.º 125)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020).

**MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Derrotada la ponencia original, la Corte resuelve el recurso de casación interpuesto por el Procurador Judicial 89 Penal II de Cúcuta, contra la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, que confirmó parcialmente el fallo proferido el 7 de junio de igual año por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad contra **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, por cuyo medio la condenó por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador,

en la cual se revocó la negativa del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, para, en su lugar, concederlo.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Los primeros se circunscriben a que **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, representante legal de la sociedad contribuyente *Josep Jeans EU*, dentro del término legal fijado por el Gobierno Nacional, no consignó la suma recaudada de \$25.108.000, más intereses moratorios, correspondientes a la declaración de impuesto sobre las ventas, de los períodos 2, 3, 4 y 5 de 2008.

2. Previa vinculación a la actuación, de **GÓMEZ VALBUENA**, en calidad de persona ausente, el 14 de abril de 2015, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cúcuta, la fiscalía le formuló imputación como autora del delito de omisión del agente retenedor o recaudador<sup>1</sup>.

3. El ente acusador radicó el escrito de acusación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma urbe, despacho ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación<sup>2</sup>, preparatoria<sup>3</sup> y de juicio oral<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. folio 62 del cuaderno original 1

<sup>2</sup> El 21 de julio de 2015. Cfr. folio 76, *ibidem*.

<sup>3</sup> Noviembre 6 de 2015. Cfr. folio 84, *ibidem*.

<sup>4</sup> Sesiones de agosto 18 de 2016 y 3 de octubre de 2017. Cfr. folios 116 y 165, *ibidem*.

4. La sentencia se dictó el 7 de junio de 2018, providencia por cuyo medio **GÓMEZ VALBUENA** fue condenada a las penas de 48 meses de prisión, \$50.216.000 de multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad. No se le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria<sup>5</sup>.

5. Apelada dicha decisión por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, el 25 de septiembre siguiente<sup>6</sup> la confirmó en cuanto a la declaratoria de responsabilidad atribuida a **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, pero la revocó en el sentido de conceder el subrogado.

6. Inconforme, parcialmente, con esa decisión, el representante del Ministerio Público interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación y allegó, en tiempo, la demanda correspondiente<sup>7</sup>, que la Corte admitió mediante auto del 21 de junio de 2019<sup>8</sup>.

7. La audiencia de sustentación oral se llevó a cabo el 23 de julio siguiente<sup>9</sup> y el proyecto presentado a consideración de la Sala por el Magistrado Ponente fue derrotado por la mayoría; razón por la que el expediente pasó al despacho del siguiente magistrado en turno, asunto del que hoy se ocupa la Corte.

---

<sup>5</sup> Cfr. folios 215 a 222, *ibidem*.

<sup>6</sup> Cfr. folios 15 a 23 del cuaderno original 2.

<sup>7</sup> Cfr. folios 29 a 37, *ibidem*.

<sup>8</sup> Cfr. folio 5 del cuaderno de la Corte.

<sup>9</sup> Cfr. folios 16 y 17, *ibidem*.

## LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el libelista acusa la violación directa de la ley sustancial, por «*indebida aplicación*» del artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 y exclusión del canon 63 original del Código Penal.

Destacó que el delito por el que se condenó a **GÓMEZ VALBUENA** es uno de aquellos insertos en la categoría de punibles contra la administración pública.

A su juicio, el Tribunal planteó un problema de favorabilidad que no existe, habida cuenta que la norma emitida con posterioridad a los hechos y aplicada retroactivamente al asunto juzgado no ostenta beneficio alguno para la sentenciada.

En esencia, reprochó que el *ad quem* desatendiera el precepto 29 de la Ley 1709, que indica que el delito por el que se procede está excluido de cualquier beneficio o subrogado, y otorgara la suspensión de la ejecución de la pena, que jurídicamente resulta inviable.

Solicitó a la Corte casar la sentencia confutada, «*inaplicar*» la mencionada disposición y, en su lugar, valerse del original artículo 63 de la Ley 599 de 2000, vigente para la época de los acontecimientos, y denegar, en consecuencia, el subrogado penal otorgado por el juez colegiado.

## AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

### 1. Ministerio Público

Reafirmó el cargo propuesto y adujo que, en el caso concreto, el *ad quem* incurrió en el yerro de emplear normas de la Ley 1709 de 2014 y del artículo 63 del estatuto punitivo, a la manera de una *lex tertia*, lo que condujo a la aplicación errónea de la norma, pues, no era dable conceder el subrogado de la suspensión de la ejecución de la pena, al existir una prohibición en el canon 68A *ibidem* para el punible por el que se condenó, por tratarse de uno de aquellos que atentan contra la administración pública.

Con apoyo en cita jurisprudencial (CSJ SP16839–2016, 16, nov. 2016, rad. 44298), consideró que no están dados los requisitos objetivos y subjetivos para la concesión del mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, razón por la que solicita se case la sentencia del juez corporativo y se deje incólume la de primer grado.

### 2. La Fiscalía

Manifestó que el error en el que incurrió el juez colegiado se evidencia a partir de una «interpretación *exegética*» de la norma, toda vez que la disposición procesal que rige el asunto es el anterior artículo 63 del Código Penal, esto es, sin la modificación efectuada por la Ley 1709 de 2014.

En su sentir, no existe un criterio de favorabilidad, concepto al que aludió el *ad quem* para aplicar una parte del precepto actual y desatender la prohibición contenida en el mismo.

Indicó que el juez plural pareció entender que debía acudirse a una *«interpretación histórica»* de la Ley 1709 de 2014, al reflexionar que no todos los delitos contra la administración pública están contenidos en el artículo 68A como prohibición, situación distinta a lo que la norma indica.

Así, concluyó que debía casarse la sentencia, sin embargo, *consideró importante revisar la posibilidad de aplicación* de la disposición en cita, en razón al principio de proporcionalidad de la pena.

### **3. La defensa**

Una vez mencionó las finalidades de la casación y el propósito del recurso que, según la demanda, *«propende por el derecho a la igualdad (...), con el fin de evitar que fallos como el impugnado terminen por conceder beneficios que legalmente a otros ciudadanos le han sido negados»*, explicó que el beneficio concedido en la segunda instancia a su representada, en nada atenta contra el derecho a la igualdad, pues no se afectaron derechos fundamentales que deban ser resarcidos.

Puntualizó que, al existir una norma posterior favorable a la procesada (artículo 29 de la Ley 1709 de 2014), que

posibilitó la concesión del subrogado por el solo factor objetivo, la sentencia del juez plural, en su sentir, es acertada, al estar acorde con los postulados del Estado social y democrático de derecho, en el que la privación de la libertad opera como *ultima ratio*. Por lo mismo, consideró que la demanda hizo una interpretación restrictiva de derechos.

Añadió que el *ad quem* sustentó su decisión en atención al principio de integración contenido en el artículo 2 del Código Penal, al aludir a normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referentes a la favorabilidad.

Solicitó, en consecuencia, mantener aquella determinación, conforme al principio de interpretación *pro homine* o *pro persona* (cita la sentencia de la Corte Constitucional CC C-438-2013), el cual impone a los jueces que, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación, de forma más amplia, del derecho fundamental, en este caso, el de la libertad de la sentenciada.

## **CONSIDERACIONES**

**1. Cuestión preliminar. Legitimación e interés jurídico del Ministerio Público. Intervención de las partes e intervinientes en la audiencia de individualización de la pena (artículo 447 de la Ley 906 de 2004)**

1.1. De tiempo atrás, la Corte se ha ocupado de distinguir entre los conceptos de legitimidad procesal para acudir a la sede extraordinaria, e interés jurídico para controvertir la sentencia de segunda instancia.

Así, frente al primer aspecto, se tiene que, constituye presupuesto esencial para acceder al recurso de casación que, el demandante esté facultado por la ley para recurrir, es decir, que posea legitimación dentro del proceso.

En ese sentido, de acuerdo con el artículo 182 de la Ley 906 de 2004, «[e]stán legitimados para recurrir en casación los intervinientes que tengan interés, quienes podrán hacerlo directamente si fueren abogados en ejercicio», lo que significa que, el libelista debe ser una de las partes o intervinientes reconocidas en el Libro I, Título IV *ejusdem*, esto es, la Fiscalía General de la Nación, la defensa –contractual o asignada por el Sistema Nacional de Defensoría Pública–, el imputado, si es profesional del derecho y el representante de las víctimas, así como el Ministerio Público, al tenor del canon 109 *ibidem* (cfr. CSJ AP 9 sep. 2008, rad. 31171).

Por su parte, el interés jurídico para recurrir supone que la decisión objeto de ataque haya causado un perjuicio real y material al sujeto procesal, y se soporta en la demostración del efectivo ejercicio de los principios de contradicción y doble instancia, de manera que se le exige al demandante que haya apelado el fallo de primer grado; que sus reparos cumplan el principio de unidad temática, lo que se traduce en el deber de coherencia entre los motivos que



dieron origen a la alzada y los que se exponen a la Corte como fundamento de la censura; que la situación de quien no impugnó se hubiere agravado en el supuesto del grado jurisdiccional de consulta y; que si se trata del acusado sometido a la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos o preacuerdo, el reproche únicamente verse sobre la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la lesión de garantías fundamentales.

Recuérdese, al respecto, que, el ejercicio de los recursos, como instrumento eficiente para garantizar el derecho de defensa en su componente de contradicción, demanda que el sujeto que lo promueve tenga interés jurídico en discutir la decisión objeto de censura, lo cual dependerá del agravio o perjuicio que aquella le hubiere generado. En efecto, solo la parte o interviniente que ha sufrido un daño con la providencia judicial, porque le ha sido adversa en todo o en parte a sus intereses o pretensiones, tiene derecho a impugnar.

Concretamente, en cuanto al Ministerio Público se refiere, es evidente su legitimación procesal para acceder al recurso de casación, pues así lo autoriza el mencionado artículo 182 de la Ley 906 de 2004 y, en términos generales, el artículo 277.7 de la Constitución Política, al establecer que le corresponde «*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, **cuando sea necesario** en defensa del orden jurídico, del patrimonio*

*público, o de los derechos y garantías fundamentales», y lo ratifica el canon 109 de la Ley 906 de 2004.*

Así, en sentencia CSJ SP2364-2018, rad. 45.098, se recordó que *«la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses netamente superiores»,* de acuerdo con el numeral 7° del artículo 277 de la Carta Política, y que está habilitado para ejercer diversas competencias generales y específicas, con las que se pueden materializar las atribuciones constitucionales previstas en las normas mencionadas.

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

Ahora, en la oportunidad mencionada, acorde con el artículo 111 del Código de Procedimiento, esta Corporación aseveró que:

*(...) las funciones que la Ley 906 de 2004 le asignó al Ministerio Público responden, unas, a su condición de garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales y, otras, a su gestión como representante de la sociedad. Y aunque su actividad es más contemplativa en este modelo de enjuiciamiento, asumiendo un rol marcadamente pasivo, en todo caso debe ser vigilante. Por eso, su intervención «siempre estará presidida por la vigencia de los bienes jurídicos cuya guarda se le encomendó, lo cual explica que su participación no alcance la plenitud de la calidad de parte, razón por la cual el código expresamente autoriza su presencia para convalidar o legitimar los actos que afectan las garantías fundamentales; faculta su intervención frente a la disposición y el*

*ejercicio de la acción penal; permite su participación activa en la realización de las audiencias; le concede cierta participación en la dinámica probatoria; le encomienda de manera especial y específica la protección de los intervinientes procesales; le otorga capacidad de injerencia en lo relacionado con la privación de la libertad; le encarga la protección de la legalidad de las decisiones judiciales; y, lo erige como garante de la imparcialidad, de la independencia judicial y del juez natural; para lo cual dispone frente a esos cometidos constitucionales de las acciones y recursos previstos en el ordenamiento.*

Por igual, la Corte Constitucional ha destacado el carácter de interviniente “especial y discreto” del Ministerio Público -sentencia CC T-293-2013, reiterada en CSJ SP2364-2018 rad. 45.098-, lo que garantiza que el ejercicio de las competencias dentro del proceso penal se realice respetando las prerrogativas procesales constitucionales, horizonte dentro del cual se ha reconocido su participación principal y no accidental, lo que le permite controvertir e impugnar las decisiones que se encuentren en pugna con la legalidad y los derechos fundamentales.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento de tales facultades, de manera invariable la Corte ha restringido dicho interés para oponerse a la estrategia defensiva, a que, en las alegaciones finales, expresamente, hubiere deprecado condena respecto del delito endilgado y, ejercido oportunamente la alzada, salvo que se acredite que, de manera arbitraria se le impidió hacerlo, si el Tribunal introduce una modificación desfavorable a los intereses del impugnante, o si lo criticado es un vicio sustancial que contraiga la declaración de nulidad. (CSJ AP, 03 Jul. 2013, rad. 41054).

Esta prédica, también es consistente con la reiterada por la Sala para el tratamiento de la apelación y el recurso extraordinario de casación por parte del Ministerio Público, respecto de asuntos relacionados con la pena, la suspensión condicional de la ejecución de la misma y la prisión domiciliaria, postura que se contrae a que, el delegado de la Procuraduría está obligado a expresar su punto de vista al momento de la audiencia de individualización de pena, de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, pues de marginarse de dar tal debate, se ha dicho, quedaría inhabilitado para acudir al recurso extraordinario y oponerse a la posterior decisión del Tribunal, al resolver la alzada de la defensa. (CSJ AP3676-2018, CSJ rad. 52681; AP950-2019, rad. 52495).

1.2. Sin embargo, la adaptación evolutiva de la hermenéutica, demanda una reconsideración de tal línea de pensamiento, para significar que, si bien el Ministerio Público, como cualquier otro sujeto procesal, está impelido a promover el recurso de apelación cuando se encuentre en desacuerdo con las razones del fallo de primera instancia, a efecto de poder acceder al recurso de casación, no es indispensable que intervenga, para expresar su criterio, en torno a los mencionados tópicos, en sede de la audiencia del canon 447 -tampoco las otras partes e intervinientes-, pues, nótese que, al tenor de dicha norma, no es imperativo que las partes: fiscalía y defensa se pronuncien obligatoriamente sobre la *«probable determinación de la pena aplicable y la concesión de algún subrogado»*, en tanto, la norma apenas

expresa que ellos pueden hacerlo siempre que lo estimen «*conveniente*».

En ese orden, no podría exigirse a ninguna de las partes o intervinientes, entre ellos al Ministerio Público, que, de manera inexorable, discurren en la audiencia convocada para tal fin, frente a aquellos aspectos, que involucran la aplicación del principio de legalidad de las penas y las formas de cumplimiento de la misma, de imperioso acatamiento por parte de los juzgadores al momento de tasar las sanciones y disponer su manera de ejecución.

De este modo, el interés para recurrir en sede de casación, se insiste, está atado a los deberes de apelar la sentencia adversa a los intereses del sujeto procesal, respetar el eje temático propuesto en la apelación y limitar el disenso a la dosificación punitiva, los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y la lesión de garantías fundamentales si el proceso terminó por allanamiento a cargos o preacuerdo.

1.3. Descendiendo al asunto en cuestión, se observa que, si bien el Procurador Delegado solo se hizo presente en la actuación para la formulación de acusación, no así en las audiencias preparatoria y de juicio oral y, mucho menos, en la de individualización de la pena, oportunidad esta que, en principio, hubiera sido la propicia para alegar acerca del monto de la sanción y de los subrogados y sustitutos respectivos, es manifiesto que, el interés jurídico del Procurador para impugnar lo resuelto al respecto,

verdaderamente, surgió en el momento en que el Tribunal le concedió al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión esta no compartida por aquél.

Nótese que, antes de ese hito procesal, el representante de la sociedad no estaba necesariamente obligado a pronunciarse sobre ese aspecto, en tanto bien podía confiar en que los juzgadores acatarían el principio de legalidad y decidirían conforme al mismo.

Y es que, frente al fallo de primer nivel ninguna discrepancia tendría que haber mostrado el Delegado, por cuanto, a su juicio, el juzgador se atuvo a las normas que regulan el tema en examen; mientras tanto, fue la sentencia de segunda instancia la que introdujo, por petición de la defensa, modificaciones en favor de la procesada, no compartidas por el Procurador, reformas que habilitaron el interés del funcionario para controvertir el presunto yerro judicial, en sede de casación, pese a no haber asistido a la audiencia de individualización de la pena, se insiste.

En efecto, el representante del Ministerio Público promovió el recurso extraordinario con la pretensión de que se restableciera la legalidad de la decisión y de proteger los intereses de la sociedad, una vez se activó, por razón de la que consideró una afrenta al sistema normativo penal, su inconformidad con lo resuelto. En ese escenario, la Corte es del criterio que este interviniente estaba perfectamente legitimado y tenía interés jurídico para rebatir la decisión del *ad quem*, a través del recurso extraordinario de casación.

## 2. El problema jurídico fundamental

Se circunscribe a establecer si el Tribunal incurrió en aplicación indebida del artículo 63, modificado por el 29 de la Ley 1709 de 2014 y en exclusión evidente del canon 63 original del Código Penal, al conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena a **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, pese a que fue condenada por el punible de omisión del agente retenedor o recaudador, delito doloso contra la administración pública, respecto del cual operaría la prohibición expresa del precepto 68A *ibidem* para el reconocimiento de beneficios y subrogados penales.

## 3. De la suspensión condicional de la ejecución de la pena

El texto original del artículo 63 del Código Penal establecía que la ejecución de la pena privativa de la libertad fijada en la sentencia podría suspenderse por un período de 2 a 5 años, bajo la **conurrencia** de dos requisitos, a saber: uno objetivo, referido a que la pena de prisión impuesta no excediera de 3 años y, otro subjetivo, relacionado con los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado y la valoración de la modalidad y gravedad de la conducta punible para inferir si es necesario o no la ejecución de la sanción.

A la luz de dicha disposición -vigente para la época de la ilicitud aquí juzgada: omisión del agente retenedor o

recaudador-, basta revisar la pena atribuida a la procesada, para establecer, como también lo hicieron las instancias, que no se cumple con el presupuesto de orden objetivo, toda vez que ella se fijó en 4 años.

De manera que, con la inobservancia del primer requisito, innecesario resultaba proseguir con el análisis de la exigencia subjetiva, por cuanto la norma instituye, como imperativo, que **concurran** los dos requisitos ya mencionados.

Ahora bien, el Tribunal, apelando al «*principio de favorabilidad*», acudió al artículo 63 con la modificación introducida por el precepto 29 de la Ley 1709 de 2014<sup>10</sup>, para autorizar, en el caso concreto, la concesión del subrogado en cuestión, a partir del siguiente razonamiento<sup>11</sup>:

*[e]ncuentra esta Sala un yerro en el fallo de instancia cuando el A–quo no concede la suspensión condicional [de la] ejecución de la pena fundamentando su decisión en la norma vigente para la fecha de la ocurrencia de los hechos, desconociendo que con la aplicación de la norma vigente hoy se cumple con los presupuestos legales contemplados en el artículo 63 ibidem, resultando evidentemente m[á]s favorable esta última a la procesada.*

*Lo anterior, por cuanto esa misma norma contempla que “2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales **y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo***

---

<sup>10</sup> Ley 599 de 2000, artículo 63: «La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran 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[...]

*Cfr.* Página 7 del fallo de segundo grado, folio 21, C.O. n.º 2.

<sup>11</sup> *Cfr.* Página 7 del fallo de segundo grado, folio 21, C.O. n.º 2.



**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”, así las cosas, en razón a que no se demostró que GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA tuviese antecedentes penales, y que el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, lo que se debe observar para la concesión del beneficio, es que se cumpla el requisito de que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años, lo cual se da en este asunto en el que se condenó a la pena de 48 meses de prisión, o lo que es lo mismo 48 mes (sic), sin exceder ese límite de tiempo, lo cual hace procedente el mismo y así se concederá en esta instancia, para lo cual la sentenciada deberá suscribir la diligencia de compromiso con el lleno de las obligaciones reguladas en el artículo ibidem, previas advertencias del artículo 66 ejusdem, fijándole un periodo de prueba de cuatro (4) años. (Negrillas no originales)

La Corte debe resaltar que, aunque el fallador de primera instancia no examinó si la reforma legislativa favorecía a la enjuiciada, como sí lo hizo el de segundo nivel –lo cual no admite reparo alguno–, en últimas, lo reprochable es el resultado al que arribó, producto de inadvertir que, no obstante que, bajo el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, se cumple el presupuesto de orden objetivo, en tanto la pena de prisión impuesta no supera los 4 años, el delito por el que se procede, en este caso, sí está incluido en el inciso 2° del artículo 68A del Código Penal, en el que se mencionan los «delitos dolosos contra la Administración Pública», vale decir, los descritos en el Capítulo I, Título XV, Libro Segundo del Estatuto Punitivo, en el cual se encuentra tipificado el injusto de omisión del agente retenedor o recaudador (canon 402).

Así las cosas, ni en vigencia del artículo 63 original del Código Penal, ni acudiendo a las modificaciones que, de este,

realizó la Ley 1709 de 2014, es viable la concesión del subrogado de suspensión de la ejecución de la pena en el caso objeto de estudio.

De esa manera, razón le asiste al casacionista al censurar lo decidido por el fallador colegiado, pues, aunque se encuentra satisfecho el requisito objetivo, por cuanto **GÓMEZ VALBUENA** no fue condenada a una pena de prisión que excediera los 4 años, era indispensable definir si el injusto por el que se emitió condena se encuentra contemplado en el catálogo de tipos penales enlistados en el artículo 68A, donde se encuentran los delitos dolosos contra la administración pública, entre los cuales está el punible mencionado.

Por último, reitérese la pacífica postura de la Sala en el sentido de que no es dable, ante el cumplimiento parcial de los requisitos previstos en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 (tanto los descritos en su texto original, como los novedosos a partir de la reforma de 2014), pretender establecer una suerte de tercera ley *-lex tertia-*, compuesta por los apartes que le favorecen a la procesada, obviando los que le resultan adversos, en tanto, cualquier mixtura normativa que ensaye hacerse conduce a la suplantación del legislador, desnaturaliza el instituto jurídico de la suspensión de la ejecución de la pena, desdice de su finalidad y vulnera palmariamente el principio de legalidad (*Cfr.* entre muchas otras, CSJ AP782-2014, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP2998-2014, 12 mar. 2014, rad. 42623; CSJ AP1684-2014, 2 abr. 2014, rad. 43209; CSJ AP4465-2015, 5 ago. 2015, rad. 45584; CSJ SP16558-2015, 2 dic. 2015, rad.

44840; CSJ SP15273-2016, 24 oct. 2016, rad. 46892; CSJ SP15528-2016, 26 oct. 2016, rad. 40383; CSJ SP16839-2016, 16 nov. 2016, rad. 44298; CSJ AP8309-2016, 30 nov. 2016, rad. 48616; CSJ SP13755-2017, 30 ago. 2017, rad. 50174; CSJ SP969-2018, 4 abr. 2018, rad. 46784; CSJ AP3649-2018, 29 ago. 2018, rad. 52021; CSJ AP5599-2018, 5 dic. 2018, rad. 53899 y CSJ AP2510-2019, 26 jun. 2019, rad. 54305).

#### **4. La casación oficiosa. Sobre la prisión domiciliaria**

Igual conclusión a la recién señalada para la suspensión condicional de la ejecución de la pena opera en relación con la prisión domiciliaria negada a **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, con fundamento en la Ley 1709 de 2014, habida cuenta que, si bien su artículo 23<sup>12</sup> elevó a 8 años (de pena mínima prevista en la ley) el requisito objetivo para su concesión, el cual se cumple en este caso -en la medida que la omisión del agente retenedor o recaudador tiene pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años-, tanto dicha disposición legal en su numeral 2º, como el precepto 32 de la misma ley, prohibió el otorgamiento de ese sustituto cuando se trata de delitos dolosos contra la administración pública.

Ahora bien, conforme al texto del canon 38 del Código Penal, vigente para la época de ocurrencia de los hechos

---

<sup>12</sup> Adicionó al Código Penal el artículo 38B.

juzgados<sup>13</sup>, éste último sustituto habrá de ser concedido oficiosamente por la Corte, como pasa a verse:

El fundamento del fallador de primera instancia para negar la prisión domiciliaria, fue del siguiente tenor<sup>14</sup>:

*Ahora, a efecto de establecer si se hace acreedora del mecanismo sustitutivo de la pena de prisión intramural por la domiciliaria, se analizar[á] lo preceptuado en el artículo 38 del [C]ódigo [P]enal que para la época se encontraba vigente y en el cual se indica:*

***“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión.***

*La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que [concurran los siguientes presupuestos:]*

*1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.*

*2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.*

*3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: [...]*”

*Al observar los requisitos que enlista la norma, se observa que no cumple con lo descrito en el numeral 1°, pues la pena supera los 5 años de prisión y al entrar al análisis del numeral 2°, sobre el arraigo familiar, social y sobre todo que no evadirá el cumplimiento de la pena, se tiene que el 14 de abril de 2015 se declaró persona ausente a la procesada de marras, lo que infiere que no cumplirá la pena impuesta dentro del presente caso y que nos lleva a colegir que es merecedora de que la pena la cumpla en el centro de reclusión que disponga el INPEC y bajo la coordinación del respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad,*

<sup>13</sup> Con las modificaciones introducidas por la Ley 1142 de 2007.

<sup>14</sup> Cfr. Páginas 11 y 12 del fallo de segundo grado, folio 220, C.O. n.º 1.

*en consecuencia se ordena su captura, la cual se cumplirá a través del centro de servicios judiciales [negrilla original del texto, subrayado en esta oportunidad].*

La providencia del *a quo* exhibe los siguientes dislates:

i) Asevera que no se satisface el requisito objetivo, siendo que la norma autoriza el reconocimiento del sustituto cuando la pena mínima prevista en la ley es de 5 años de prisión o menos y, en este caso –como ya se anotó–, el reato de omisión del agente retenedor o recaudador se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad cuyo mínimo es de 4 años.

ii) Desconoce que, la disposición no alude al concepto de «*arraigo*» familiar o social, como sí lo establece el actual artículo 38B, arraigo que en el novísimo precepto en cita debe demostrarse y que, dicho sea de paso, se relaciona con la existencia de un vínculo objetivo del sentenciado, ya sea de índole social o familiar, con el lugar donde reside.

Entonces, olvidó el funcionario judicial que, para disponer la ejecución de la sanción privativa de la libertad, debía realizar un estudio de las condiciones particulares de la procesada, orientada hacia los fines de la pena, examen que corresponde a valores, derechos y principios constitucionales que, por la misma razón, no pueden obviarse o ignorarse al resolver sobre este aspecto.

En la sentencia CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, la Corte recordó:

*[e]s imposible escindir de la pena privativa de la libertad una valoración concerniente a sus funciones, y en ella las circunstancias relativas al autor del injusto (que en un sentido más amplio hacen parte del juicio de reproche individual como principio rector de la categoría de la culpabilidad) son necesarias a la hora de determinar judicialmente su efectiva ejecución.*

*Esto es así de acuerdo con el artículo 4 del Código Penal, norma rectora que en tanto tal prevalece sobre las demás disposiciones y rige para la interpretación de todo el sistema<sup>15</sup>. Esta norma estatuye, a modo de fines de la pena, los de prevención general, retribución justa, protección al condenado, prevención especial y reinserción a la sociedad, siendo estas dos últimas “las que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”<sup>16</sup>.*

*Por ello, la Sala ha contemplado que, para la concesión de la prisión domiciliaria, los fines de la pena constituyen tanto la razón como el horizonte por el cual es deber del funcionario estudiar las condiciones relativas al “desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado”, de que trata el artículo 38 del Código Penal<sup>17</sup>:*

*[...] el pronóstico al que se condiciona el reconocimiento de la pena sustitutiva, por sujetarse a su vez al entorno laboral, personal, familiar o social del sentenciado, ha de conciliar el sentido y fines de la pena, de modo que en éstos pueda armonizarse la prevención general y la especial, pues si bien es tan legítimo que, en un adecuado sistema de política criminal que orienta aquella función con arreglo a los principios de protección de los bienes jurídicos, proporcionalidad y culpabilidad, el derecho penal está llamado a desempeñar una labor profiláctica en abstracto, no menos lo es que, dados los presupuestos de garantía de los derechos del procesado, también se encuentra orientado a cumplir una función de prevención especial, pero no en un sentido negativo bajo el falso entendido de que existen delincuentes irrecuperables que*

---

<sup>15</sup> Artículo 13 de la Ley 599 de 2000: “Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”.

<sup>16</sup> Artículo 4 del Código Penal: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. / La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

<sup>17</sup> Numeral 2 del artículo 38 del Código Penal: “Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena”.

*seguramente volverán a reincidir, sino en uno contrario en que, de manera positiva y dentro del respeto por la autonomía y dignidad del condenado se propenda hacia su resocialización.*

*”En ese orden, el diagnóstico, así relativo, que demanda la norma en que se fundamenta la pena sustitutiva, obedece ciertamente a un juicio positivo sobre esa función preventiva especial pues, a no dudarlo, los supuestos subjetivos para su reconocimiento, en la medida en que se refieren a las condiciones personales, familiares, laborales o sociales del sentenciado, deben examinarse dentro de la posibilidad que éste tenga, a futuro, de vulnerar bienes jurídicos en relación, obviamente, con dicho entorno”<sup>18</sup>.*

iii) En el caso de la especie, el fallador esgrimió, únicamente, que, la declaratoria de persona ausente pronosticaba que **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA** evadiría el cumplimiento de la pena, con lo que supuso que la sentenciada quiso sustraerse de las consecuencias de su conducta.

De este modo, asimiló, erradamente, que la declaratoria de persona ausente tiene los mismos efectos jurídicos que los de la contumacia, sin tener en cuenta que la vinculación al proceso de **GÓMEZ VALBUENA** se hizo de aquella manera, debido a la imposibilidad del ente investigador de ubicar a la implicada para proceder a la formulación de imputación.

Al respecto, la Sala ha dicho (CSJ SP4439–2018, 10 oct. 2018, rad. 52373) que *«no es suficiente para dar por satisfecho el supuesto de hecho que restringe la concesión de*

---

<sup>18</sup> Providencia de 31 de agosto de 2001, radicación 15003. En sentido similar, autos de 16 de agosto de 2001, radicación 18506, y 17 de junio de 2003, radicación 18684, entre otras.

*la prisión domiciliaria, que el condenado, verbi gratia, haya sido declarado persona ausente».*

Por manera que, si el expediente no enseña que la investigada, conociendo de la actuación penal, tuvo un comportamiento hostil con la intención de ocultarse y sustraerse de la misma, no podía el juzgador *«deducir seria, fundada y motivadamente... que [aquella] evadirá el cumplimiento de la pena»*, máxime cuando la declaratoria de persona ausente no puede ser tomada como sanción, sino, en su cariz de herramienta procesal idónea para continuar con el trámite penal, una vez agotados los mecanismos de búsqueda y citaciones suficientes y razonables para obtener la comparecencia del investigado, lo cual es diferente –se repite– a la figura de la contumacia, verdadero acto de rebeldía del indiciado frente a la administración de justicia, por cuanto, en este caso sí tiene conocimiento del adelantamiento de un proceso penal en su contra, pero se rehúsa a comparecer a la audiencia de imputación.

El artículo 4° del Código Penal establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial se verifica esencialmente cuando el legislador tipifica una conducta lesiva de bienes jurídicos; no obstante, existe otro momento donde se hace efectivo el mensaje motivador de las normas penales, ese hito se concreta en el real o efectivo cumplimiento de las penas que



dosifican los jueces penales en sus fallos, cumplimiento que, a juicio de la Corte, podría asegurarse en el domicilio establecido por **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA**, toda vez que, al sopesar los intereses en juego, estos se complementan en forma perfecta con la prisión domiciliaria pues, al mismo tiempo, se salvaguardan los intereses del colectivo social y constituye, aunque en grado moderado, una restricción a la libertad individual de la sentenciada.

En suma, dada la naturaleza jurídica de la conducta punible por la que se condena y que no existen elementos materiales probatorios, evidencia física o información a partir de la cual se deduzca que **GÓMEZ VALBUENA** colocará en peligro a la comunidad desde su residencia o que evadirá el cumplimiento de la pena al tener su domicilio por lugar de reclusión, es palmario que es procedente conceder la prisión extramural.

Para el reconocimiento del sustituto, la sentenciada prestará caución prendaria por valor equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que podrá realizar mediante depósito judicial o suscripción de póliza judicial por igual valor.

Así mismo, deberá suscribir acta de compromiso en donde se plasmen las obligaciones señaladas en el numeral 3° del artículo 38 del Código Penal. El control sobre esta medida sustitutiva será ejercido por la autoridad judicial que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

Al encontrarse la enjuiciada en situación de libertad, se dispondrá, por el juez de primera instancia, librar orden de captura para que, una vez se haga efectiva, sea dejada a disposición del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para los trámites de inclusión de rigor en el sistema carcelario y, luego, sea trasladada hasta su sitio de prisión domiciliaria.

Así las cosas, la Corte casará el fallo impugnado con fundamento en el único cargo propuesto en el libelo, para, en su lugar, confirmar el de primera instancia que negó a la inculpada la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Sin embargo, en los términos recién mencionados, concederá oficiosamente el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria.

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

## **RESUELVE**

**Primero. Casar parcialmente** la sentencia del 25 de septiembre de 2018 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta.

**Segundo. Confirmar**, en consecuencia, el fallo de primera instancia que negó a la procesada **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA** el subrogado de la suspensión condicional

de la ejecución de la pena, conforme a las razones de esta decisión.

**Tercero. Casar parcialmente de oficio** la sentencia de segunda instancia, en el sentido de **conceder** a **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA** el mecanismo sustitutivo de la prisión domiciliaria, en los términos y condiciones establecidos en la parte considerativa de esta sentencia.

**Cuarto. Librar** orden de captura en contra de **GLORIA KARIME GÓMEZ VALBUENA** para el cumplimiento de la pena corporal de que se habla, cuya expedición queda a cargo del juez de primer grado.

**Quinto.** Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**Presidente**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**

**Magistrado**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**



penal@

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**



**JAI ME H U M B E R T O M O R E N O A C E R O**  
**SALVO VOTO**



**FABIO OSPITIA GARZÓN**



**EYDER PATIÑO CABRERA**

Sala Casación Penal@2020



**HUGO QUINTERO BERNATE**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria