



Casación N° 56746
WISTON HERNÁNDEZ ROMERO

Bogotá, D.C., 23 de octubre de 2020

Oficio PSDCP -. CON – N.º 78

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL
M. P. HUGO QUINTERO BERNATE
E. S. D.

Radicado: 56746 - Ley 906 DE 2004
Procesado: WISTON HERNÁNDEZ ROMERO

Teniendo en cuenta la competencia conferida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, y lo previsto por el acuerdo número 020 del 29 de abril de 2019 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Procuraduría Segunda Delegada para la Casación Penal conceptúa en defensa del orden jurídico, derechos y garantías de los intervinientes, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el doctor ISNARDO GÓMEZ URQUIJO, apoderado del procesado, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, que confirmó en su integridad la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Funza, declarando responsable a WISTON HERNÁNDEZ ROMERO, como autor del delito de adopción irregular.



HECHOS

El día 24 de mayo de 2013 la policía de infancia y adolescencia de Bogotá recibió información acerca de una menor recién nacida desaparecida en el hospital de Engativá, denuncia que fue instaurada por la señora DIANA JASBLEIDY CUERVO CHAGUENDO, tía de la menor desaparecida y hermana de la madre de esta menor, VIVIANA ESTHEFANI CUERVO CHAGUENDO.

La denunciante adujo que su hermana después de estar en estado de embarazo y desaparecer de su domicilio por dos días, arriba nuevamente afirmando que el doctor WISTON HERNÁNDEZ la había llevado al hospital de Engativá pero que su hija había nacido muerta.

DIANA CUERVO CHAGUENDO, no convencida de esta versión, se desplaza al hospital en mención, donde corrobora que lo mencionado por su hermana es falso, razón por la cual da aviso a la policía de Engativá, quienes a su vez se trasladan a este Hospital e indagan la información suministrada, recibiendo la noticia, por parte de la oficina de trabajo social, que la menor recién nacida había nacido con vida y salió con su madre del centro hospitalario, luego que fueron dadas de alta; entregando el correspondiente certificado.

Ante esta situación, VIVIANA ESTHEFANI CUERVO le confesó a su hermana, que su hija menor recién nacida había sido entregada a una pareja de esposos, SANDRA MILENA TOVAR y CARLOS ALBERTO BARRERA PARDO; a quienes conoció por intermedio de su médico tratante Dr. WISTON HERNÁNDEZ.



La policía interrogó a la madre de la menor, VIVIANA ESTHEFANI CUERVO, para aclarar y corroborar la situación que estaba sucediendo, a lo que contestó: estando en estado de gestación, el médico que la atendió por primera vez fue el doctor WISTON HERNÁNDEZ en el año 2012, a causa del estado anímico que presentaba VIVIANA CUERVO, ante la tristeza de no querer más hijos, este profesional de la salud le propuso que una vez diera a luz le entregará su hijo a la pareja de esposos mencionada anteriormente.

Posteriormente, el médico le puso cita a VIVIANA CUERVO en su consultorio a fin de acordar con la pareja de esposos la entrega del menor a cambio de un dinero mensual y algo más al momento de la entrega.

Pacto que fue cumplido en su totalidad, es decir, el dinero fue entregado tal como se acordó y la madre hizo entrega de su hijo el 21 de mayo de 2013, fecha en que nació, al tratarse de un parto sin complicaciones se dio de alta dos días después del parto, el 23 de mayo.

Una vez que les dan de alta, se trasladan al consultorio del Dr. WISTON HERNÁNDEZ, donde se hace la entrega efectiva de la menor a la pareja, y estos le desembolsan la suma de \$400.000 y un mercado, siendo estos el último pago pactado, sumando una totalidad de \$1'410.000.

Luego de estos acontecimientos VIVIANA CUERVO y su hermana deciden reclamar a la bebé, pero la pareja se niegan a entregarla hasta



tanto no sea devuelto el dinero invertido, razón por la cual, las hermanas denuncian los hechos acaecidos.

DEMANDA DE CASACIÓN

Según auto del 24 de agosto del 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia admitió la demanda de Casación presentada por el defensor de WISTON HERNÁNDEZ ROMERO, contra la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2019 por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

CARGO PRIMERO

El censor invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 del 2004, al considerar que se vulneró el debido proceso y las garantías procesales, al haber proseguido la acción penal, cuando aquella había prescrito antes de haberse dictado el fallo de segunda instancia.

CARGO SEGUNDO, SUBSIDIARIO

Al igual que el anterior cargo, el libelista invoca la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906, al estimar que el juzgador, tanto de primera como de segunda instancia, vulneraron los preceptos legales al haber condenado al procesado una sanción accesoria consistente en la inhabilitación del ejercicio de la profesión de medicina por un año y 6 meses, cuando dicha pena no fue acordada ni discutida en el preacuerdo realizado entre el acusado y el ente acusador.



CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL

CARGO PRIMERO, PRINCIPAL

El censor estima que fueron vulnerados las garantías procesales del procesado, porque debió declararse la preclusión de la investigación por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Tal como se evidenció en este proceso penal, se realizó un preacuerdo o negociación entre la Fiscalía y el procesado, donde se acordó el cambio de tipificación, del delito de tráfico de niñas, niños y adolescentes por el delito de adopción irregular.

Así mismo, para calcular el termino y fecha en que opera la prescripción se tiene que el artículo 83 del Código Penal, expresa que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada; no obstante, dicho límite no podrá ser inferior a 5 años ni mayor de 20 años.

El injusto de adopción irregular tiene una pena máxima privativa de libertad de 5 años, por tratarse de un tipo penal de ejecución instantánea, su consumación se cumple en el momento en que se perfecciona la adopción irregular, que para el caso en concreto, sería el 23 de mayo del 2013; por ende, la prescripción operaría el 22 de mayo del 2018, no obstante, dicho termino fue interrumpido por haberse adelantado la audiencia de imputación.



El artículo 292 de la Ley 906 del 2004, expresa que la prescripción se interrumpe con la formulación de la imputación, e inicia nuevamente su conteo en un término igual a la mitad señalado en el artículo 83 del Código Penal, que establece, de igual modo, que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena; no obstante, dicho límite no podrá ser inferior a 3 años.

Para el presente caso se tiene que la prescripción de la acción penal fue interrumpida con la audiencia de imputación, que fue celebrada el 28 de julio de 2015, por lo que inicia nuevamente el término de prescripción. Como se determinó anteriormente, el máximo del delito de adopción irregular es de 5 años, y al reducirlo a la mitad, como ordena la ley, quedaría en 30 meses, es decir inferior a 3 años; razón por la cual, al ser un término inferior al señalado en el ordenamiento, se determina como límite de prescripción 3 años; en otras palabras, los juzgadores tendrían hasta el 27 de julio de 2018 para emitir el fallo correspondiente.

Por otra parte, se observa que la sentencia de primera instancia se emitió el 4 de abril de 2019, y la decisión del Tribunal Superior fue proferida el 17 de septiembre del 2019, fechas que son posteriores al tiempo establecido para cumplirse el término de prescripción.

Por lo anterior, este agente del Ministerio Público asiste razón a los argumentos del censor, frente a la petición de prescripción de la acción penal, al evidenciar que el fallo emitido por el juez de primera



como de segunda instancia, ya se había cumplido el término de prescripción.

CARGO SEGUNDO, SUBSIDIARIO

El libelista considera que se vulneraron preceptos legales al haber condenado al procesado la pena accesoria de inhabilitación del ejercicio de la profesión por un año y seis meses, cuando dicha condición no fue discutida en el preacuerdo.

Advierte este Ministerio Público, que sí bien, se demostró la prescripción de la acción penal, por el deber y la obligación legal que le fue atribuida a la Procuraduría General de la Nación, contestará el cargo propuesto por el defensor.

No cabe duda, para esta Delegada, según la situación fáctica y las pruebas incorporadas en el proceso, que la profesión del acusado fue imprescindible para cometer el delito, toda vez que, fue gracias a su cargo de médico, que conoció el estado de embarazo de la víctima, y a su vez, utilizó el momento de vulnerabilidad psicológica que sufría la misma en ese momento, razón por la cual, aprovechó dicha situación para sacar provecho y ofrecer la menor nacida a otra familia que no podía tener hijos.

Si bien es cierto, que el estado de embarazo de una mujer es un hecho notorio, también lo es, que los acontecimientos médicos que rodean cada embarazo es diferente y es de conocimiento privado tanto de la persona que está en gestación como de su médico tratante, pues no puede



olvidase que el historial clínico tiene connotación de información privilegiada y secreta que no puede ser de conocimiento público.

Razón por la cual, esta Procuraduría Delegada, concuerda con los argumentos del Juez de segunda instancia, cuando bien afirma que el acusado vulneró el deber del secreto profesional al momento en que informó a la pareja la posibilidad de entregar un bebé, aprovechándose no sólo de su profesión, sino del momento de vulnerabilidad que sufría su paciente, por la falta de recursos económicos, que solo podían conocer al ostentar la calidad de galeno tratante.

Por otro lado, como es de conocimiento en los profesionales del derecho, el preacuerdo hace las funciones de acusación, y de tal escrito se fundamenta el respectivo fallo; por tanto, tal como lo ha reiterado en varias ocasiones la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, siempre que cumpla con los requisitos legales para su validez, debe imperar lo acordado en dicho escrito, y aquellas circunstancias que no hayan sido objeto del preacuerdo estará a disposición y decisión del Juez de conocimiento.

Por consiguiente, el hecho de que la sanción accesoria no haya sido discutida ni acordada en el preacuerdo, queda a instrucción del fallador de imponerla o no; razón por la cual, este Agente del Ministerio Público no accede a las pretensiones del censor.

Por las anteriores razones, solamente el primer cargo principal propuesto por el defensor está llamado a prosperar. Por ello con todo respeto



Casación N° 56746
WISTON HERNÁNDEZ ROMERO

solicito a la Honorable Sala de Casación Penal, CASAR la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Cundinamarca a favor del procesado.

De los Señores Magistrados,

Cordialmente

JAIME MEJIA OSSMAN

Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal

M.A.T.V.