



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Agosto 31 de 2022 n.º 08

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género / **INIMPUTABILIDAD** - Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: el tiempo de duración lo determina el tratamiento / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: las funciones son distintas de las establecidas para la pena

La Sala de Casación Penal decidió, con enfoque de género, el recurso extraordinario de casación promovido por la defensa de J.C.M.R., condenada en ambas instancias como autora imputable de tres homicidios agravados.

En esta oportunidad, la Corte casó parcialmente la sentencia impugnada, y en consecuencia condenó a la recurrente como autora inimputable de tres injustos típicos de homicidio agravado a la medida de seguridad de veinte (20) años de internamiento en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada.

Lo anterior, al encontrar demostrado que, la procesada actuó sin la capacidad de discernir el reproche de su proceder, porque en ese momento su facultad de interpretar el mundo y el sentido de sus acciones estaba sustancialmente enervada.

Conclusión a la que la Sala llegó luego de determinar que, el enfoque de género también es aplicable a los casos de mujeres acusadas de cometer un delito, razón por la que era necesario

analizar el contexto social, cultural, económico y los niveles de baja escolaridad de la encartada

SP2649-2022(54044) de 27/07/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. J.C.M.R. nació en julio de 1990. Desde que cumplió nueve años su padre la sometió a tocamientos sexuales abusivos y a los doce la accedió carnalmente. Cuando le contó lo sucedido a su madre, ésta desestimó la sindicación como falaz y desplegó en su contra agresiones verbales y psicológicas que la determinaron a abandonar el hogar familiar. A partir de ese momento hizo su vida en la calle y alternativamente, en cuanto le fue posible, en viviendas de personas conocidas y familiares. Sólo pudo estudiar hasta segundo de primaria.
2. A los catorce años quedó encinta y tuvo a su primer hijo, A.M.R., quien nació en 2005. Desde esa época empezó a escuchar recurrentemente voces que la compelian a quitarse la vida. En 2008 dio a luz a su hija K.J.L.M. y en 2010, a L.E.L.M.
3. En diciembre de 2014, y por cuanto para ese entonces había retomado el contacto con sus padres y estaba viviendo de nuevo con ellos, J.C.M.R. descubrió a su progenitor en el abuso sexual flagrante de K.J.L.M. De inmediato acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para denunciar el hecho y, como en la entidad le fue indicado que de permanecer en la vivienda del agresor podría perder la custodia de la niña, abandonó por segunda vez esa casa. Consecuentemente, ella, los tres menores y su

novio, W.D.R., se radicaron en una habitación alquilada.

4. Por esos días, además de seguir oyendo las ya mencionadas voces que la instaban a suicidarse, J.C.M.R. sentía pasos en el techo del inmueble y evitaba mirarse al espejo porque no veía su reflejo sino el de otra mujer. No dormía, lloraba persistentemente y padecía incesantes dolores de cabeza. Tenía ansiedad y depresión.

5. El 18 de febrero de 2015, W.D.R. salió a trabajar temprano en la mañana. En el inmueble se quedaron J.C.M.R. y sus hijos. Alrededor de las 5:00 P.M., la nombrada prendió el televisor a alto volumen, llamó por turnos a los menores, que estaban en el patio, y los degolló uno a uno con un cuchillo. Empujó sus cuerpos debajo de la cama y seguidamente ella misma se cortó las muñecas y el cuello.

6. Cuando W.D.R. regresó a la habitación luego de su jornada laboral – aproximadamente a las 9:30 P.M. – la puerta estaba cerrada y nadie respondía sus llamados. Con la ayuda de un vecino logró forzar la entrada e ingresar. Allí encontró los cuerpos de A.M.R., K.J.L.M. y L.E.L.M., ya fallecidos, y a J.C.M.R., quien yacía aún viva en el suelo y fue trasladada a un centro médico donde se le prestó atención de urgencia que evitó su deceso.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CASO CON ENFOQUE DE GÉNERO / ENFOQUE DE GÉNERO APLICADO A CASO DE MUJER PROCESADA POR DELITO DE HOMICIDIO AGRAVADO / CONTEXTO - Análisis: antecedentes

«Lo cierto es que ese contexto de "miseria... familiar (y) social... maltrato, abusos y exclusión" en que la acusada MR desplegaba su proyecto de vida al momento de los hechos - y desde mucho antes - es la manifestación de una profunda violencia sexista que las instancias estaban obligadas a ponderar con enfoque de género y, en tanto condenaron a la nombrada como imputable, tenían que haber considerado al fijar los parámetros legales de la pena y al dosificarla judicialmente».

CULPABILIDAD - Concepto / **CULPABILIDAD** - Conciencia de la ilicitud

«Como quedará dicho con más detalle, la culpabilidad, en tanto categoría integrante del

delito, comprende "un reproche... contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es". Es, pues, la censura ético-jurídica que explica la respuesta penal a un injusto típico, en tanto significa que su realización fue una decisión libre de quien podía haber asumido un comportamiento lícito».

CULPABILIDAD - No se configura: ante coacción ajena, miedo insuperable o estado de necesidad exculpante

«No actúa con culpabilidad quien realiza el injusto, no como consecuencia de una decisión autónoma adoptada en ejercicio de su albedrío, sino por razón de una fuerza externa que trunca su capacidad de decisión (la coacción ajena, el miedo insuperable o el estado de necesidad exculpante), ora porque creyó equivocadamente que su conducta era lícita, en cuyo caso su proceder, aunque libre y voluntario, no conlleva una elección por lo que se sabe contrario a derecho.

Esas circunstancias (la coacción ajena, el miedo insuperable y el error no vencible de prohibición), en tanto suponen la anulación del albedrío - entendido como la elección consciente y voluntaria de lo ilícito y la desestimación de lo lícito - truncan de manera definitiva el reproche sobre el autor e impiden, por consecuencia, la materialización del delito. Suponen que quien ha realizado un injusto en tales condiciones no puede ser penado porque - se reitera - su conducta no ha sido el producto de la decisión autónoma de actuar contra el orden jurídico, sino de una influencia externa que ha determinado su proceder o de una equivocación que no podía razonablemente corregir».

CULPABILIDAD - Efectos en la dosificación punitiva / **CULPABILIDAD** - categoría delimitadora de la pena / **PENA** - Funciones: prevención especial positiva / **PENA** - Principio de necesidad

«Pero la culpabilidad también tiene un rendimiento allende la estructuración del delito, específicamente, en el ámbito de la dosificación de la pena: "el grado de culpabilidad es el que señala el límite máximo de la pena", de manera que "toda pena impuesta en el caso concreto tiene que ser adecuada a la culpabilidad". [...]

Justamente por lo anterior, la ley reconoce que una persona puede cometer una conducta típica

y antijurídica bajo el influjo de circunstancias que, aunque no anulan del todo el albedrío, lo disminuyen, enervan o reducen y suscitan un reproche punitivo de menor intensidad, como también que puede realizarla en condiciones que, en cambio, ameritan uno de mayor intensidad porque denotan un mayor desprecio por el comportamiento jurídico exigible.

[...]

Nótese que en tales eventos el menor o mayor reproche efectuado sobre el comportamiento del agente no deviene del desvalor del acto, su nocividad o peligrosidad para el interés tutelado, sino del contexto - personal, social, económico, familiar - en el cual aquél tomó la decisión de comportarse antijurídicamente.

[...]

En esa misma línea, la Corte Constitucional tiene sentado que "sólo son compatibles con los derechos humanos la ejecución de las penas que tiende a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad como sujeto capaz de respetar la ley penal", esto es, a la materialización de la prevención especial positiva. De ahí que la culpabilidad en relación con la cuantificación de la pena no se valora para medir el castigo que "merece" el responsable del delito, sino para discernir cuánto tratamiento penitenciario necesita a efectos de que, en lo subsiguiente, se determine por las normas y elija comportamientos ajustados a derecho.

También en la fase judicial de la dosificación de la pena la culpabilidad cumple la función delimitadora que viene examinándose. De acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, el juez, una vez fijados los marcos legales en que debe fijarla, lo hará ponderando, entre otras, "la necesidad de pena"; necesidad que, conforme lo recién expuesto, sólo puede comprenderse en lógica de prevención especial positiva y debe fundarse entonces, justamente, en el entendimiento y ponderación de las circunstancias de todo orden en las cuales el condenado optó por el comportamiento antijurídico, pues de ello dependerá el tratamiento penitenciario requerido».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de las autoridades judiciales: deber de interpretar de la Ley a la luz de los Tratados Internacionales, en casos de violencia contra las mujeres

«La sala ha desarrollado una amplia jurisprudencia en relación con la perspectiva de género, su contenido y su carácter vinculante en casos en que se investigan y juzgan actos de violencia física, psicológica, sexual, familiar y económica contra la mujer.

En esa labor, tiene sentado que los funcionarios judiciales están vinculados por ese enfoque cuando investigan y juzgan "casos relacionados con violencia contra la mujer", [...]

Esta Sala ha concretado esos preceptos en casos de indagaciones surtidas por eventos de violencia intrafamiliar así:

“...el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos” .

Pero también en el ámbito del juzgamiento, y muy específicamente, en el del razonamiento probatorio, los funcionarios judiciales están vinculados por el enfoque de género. En tal virtud, “los jueces, cuando se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual, obligatoriamente deben incorporar criterios de género al solucionar sus casos”, y, por lo mismo, aquéllos “vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones”.

No en vano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explícitamente ha señalado que “una garantía para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas”.

ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Concepto: constituye un mandato constitucional y supraconstitucional / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«En esta ocasión, la sala precisa que el enfoque de género no sólo vincula a los funcionarios judiciales cuando juzgan casos de violencia contra la mujer, sino también cuando la persona imputada y juzgada es una mujer, siempre que de los hechos conocidos pueda inferirse razonablemente que la comisión de la conducta punible tuvo relación con una victimización de género precedente o concomitante.

Esta postura se fundamenta en los siguientes argumentos:

Aun cuando, según acaba de decirse, no existe una obligación internacional o nacional específica o explícita en el sentido de que las autoridades judiciales deban juzgar con perspectiva diferencial a las mujeres acusadas de cometer delitos, tal mandato se deriva de las imposiciones generales establecidas allí y en el derecho interno. En esencia, "juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad".

En efecto, el enfoque o perspectiva de género "es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, y que les obliga a que, en el ejercicio de sus funciones y competencias, obren en modos que les permitan identificar, cuestionar y superar la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres".

Se trata, pues, de una pauta de conducta que parte del reconocimiento de la premisa conforme la cual las mujeres han sido históricamente sometidas por un sistema social, económico y político de raigambre patriarcal que minimiza y reduce lo femenino y privilegia lo masculino, lo cual genera desigualdades y discriminaciones que deben ser corregidas y superadas.

Esa inequidad se manifiesta en todas las facetas de la interacción humana - la brecha salarial, la participación residual en posiciones decisivas del poder público y privado, la imposición de patrones de conducta sexual, la atribución estereotípica de rasgos, características o roles, la asunción solitaria de deberes familiares que

deberían ser compartidos, entre otras - y, en el contexto del derecho criminal, se evidencia principalmente en la perpetración recurrente de actos de violencia de género contra las mujeres, esto es, aquellos mediados por ideas sexistas, como la arrogada disponibilidad masculina sobre su cuerpo, sexualidad y proyecto de vida.

Pero la discriminación por el sexo se materializa también, en lo que respecta a la justicia penal, en la creación y perpetuación de condiciones de vulnerabilidad de toda índole que en ocasiones se relacionan directa o indirectamente con la comisión de delitos por parte de mujeres y, en tales eventos, resultan relevantes - y de obligada ponderación - para la correcta comprensión y juzgamiento del fenómeno delictivo. Es que "los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres".

En algunos casos, la relación entre la victimización de género y la comisión de una conducta punible resulta más bien evidente: piénsese en la mujer que participa en el reclutamiento de otras para la explotación sexual, siendo ella misma víctima de tal conducta y encontrándose bajo el control de sus victimarios, ora en aquélla que, como consecuencia de las presiones recibidas por su cónyuge o su familia, niega falazmente en juicio haber sido violentada por su pareja, aun cuando anteriormente había ofrecido información incriminatoria en su contra.

En situaciones como las descritas, difícilmente podría desconocerse la existencia de un vínculo directo entre la realización de la conducta típica y la situación de violencia de género que le precede o acompaña, tanto así, que algunas jurisdicciones han tomado medidas de orden legal para reconocerlo. [...]

En otras palabras, "en casi todos los casos se trata de "jóvenes, pobres, analfabetas o con bajo nivel de escolaridad, y casi siempre son madres solteras encargadas de cuidar a sus hijos"; acusadas de transportar pequeñas cantidades de droga".

[...]

Similar sucede con la exposición pasiva frecuente o permanente a actos de violencia sexual o familiar, física o psicológica que puede llevar a la

víctima a normalizar tales conductas y a replicarlas en personas bajo su cuidado, o bien, a no desplegar actos de cuidado para evitar que terceros las realicen. De hecho, la investigación empírica ha permitido observar que "un porcentaje relevante (de mujeres procesadas por delitos sexuales) presenta antecedentes de maltrato durante sus infancias":

[...]

Así pues, lo que el enfoque de género impone en estos casos es la auscultación cuidadosa de la situación contextual de la infracción, a partir de un entendimiento adecuado y comprensivo de las estructuras que suelen determinar las condiciones de vida de las mujeres, para identificar la posible existencia de precedentes de discriminación sexista que puedan estar involucrados como causa directa o indirecta, total o parcial, del ilícito».

CULPABILIDAD - Enfoque de género / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«[...] surge evidente el vínculo entre la correcta comprensión de los contextos de violencia de género en que una mujer pueda haber realizado un injusto y la afirmación judicial de la culpabilidad, la cual no puede adecuadamente delimitarse sin el reconocimiento de aquellos. El juez no sólo debe nombrar e identificar esas circunstancias victimizantes cuando las halle demostradas, sino que debe reconocerlas como anormales pues sólo así el fallo adquiere un sentido material y simbólico dirigido a superarlas - y atribuirles el efecto que corresponde, de llegar concluir que tuvieron alguna relación con la perpetración del injusto.

El efecto sustancial concreto que tenga la verificación de un contexto de violencia sexista con influencia en la realización del injusto dependerá de las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso. A partir de tal constatación podrá eventualmente afirmarse materializada una circunstancia de menor punibilidad - lo cual debe hacer de oficio el juez de hallarla configurada -, ora mitigarse la irrogación judicial de la pena en atención a un juicio articulado de esa circunstancia con el criterio de necesidad. Incluso, y de ser concluirse que la victimización previa de la autora fue de tal magnitud y características que no sólo enervó o debilitó su ámbito de libertad sino que efectivamente anuló su capacidad de

autodeterminación, podrá provocar un juicio positivo inimputabilidad, lo cual en el sistema colombiano resultaría acorde con la fórmula abierta prevista en el artículo 33 del Código Penal, a cuyo tenor aquélla no sólo puede devenir de trastornos mentales, inmadurez psicológica y diversidad sociocultural, sino también de cualesquiera otros "estados similares".

Esto de ninguna manera pretende significar que los hombres no puedan cometer delitos en realidades de marginalidad y exclusión que también son relevantes para comprender adecuadamente el injusto. Lo que el enfoque de género reconce - y obliga a reconocer - es que las mujeres son, con mayor frecuencia que aquéllos y por razón de la existencia de estructuras sociales, familiares y económicas de orden patriarcal, puestas en situaciones de vulnerabilidad, como también que por esa misma razón sufren violencias que no afligen a los hombres, todo lo cual suele ser soslayado por los administradores de justicia. [...]

Lo expuesto tampoco supone que siempre que una mujer es acusada por la comisión de un delito deba asumirse que lo ha cometido motivada, en todo o en parte, por una situación previa de violencia sexista, ni que en todo caso deba asumirse de entrada que su culpabilidad está afectada (lo cual comportaría, de hecho, una postura judicial en sí misma discriminatoria), pues es perfectamente posible que en un determinado caso no exista tal situación, ora que no se halle una relación razonable entre ésta y la realización de la conducta punible».

ENFOQUE DE GÉNERO - Investigación del contexto: utilidad/ **ENFOQUE DE GÉNERO** - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito

«Desde la perspectiva de la técnica casacional, la invisibilización de contextos previos o concomitantes de violencia sexista que puedan haber tenido relación directa o indirecta con la realización de la conducta punible puede constituir varios tipos de error. Si lo sucedido es que el fallador ignora las pruebas que dan cuenta de ello, las valora equivocadamente o altera de una u otra forma su contenido material al punto de darlos por no demostrados estándolo, el yerro será de naturaleza fáctica. Si lo que ocurre es que el juzgador, no obstante reconocer esas circunstancias y su relación con el ilícito, deja de atribuirles el efecto que les corresponde según las

particularidades del asunto examinado, el error será de interpretación o selección normativa, según el caso.

No está de más señalar que el enfoque de género en casos seguidos contra mujeres no sólo es vinculante para el juez cuando se ocupa de delitos cometidos en contextos de violencia sexista que puedan tener relación con el ilícito, según acaba de explicarse, sino también cuando aquéllas son procesadas por conductas punibles cuya estructura misma ha sido tradicionalmente comprendida de manera sesgada, prejuiciosa o estereotipada, como sucede con las infracciones de deber a las que subyacen roles de cuidado hacia los descendientes y familiares. [...]

Esa perspectiva también puede resultar útil para que los jueces efectúen interpretaciones más justas de categorías del delito distintas de la culpabilidad, verbigracia, para consolidar un entendimiento más flexible del requisito de proporcionalidad exigido para la configuración de la legítima defensa cuando una mujer que ha sido recurrente y sistemáticamente violentada por su pareja le causa a ésta la muerte en medio de un acto de defensa, para reconceptualizar la noción de "inminencia" de la agresión que justifica la defensa - de modo que "también el peligro continuado puede ser considerado como un peligro actual, siempre que éste pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión"-, ora como un criterio reforzador de la presunción de inocencia».

ENFOQUE DE GÉNERO - Obligaciones de la Fiscalía: debe indagar por el contexto en el que se presenta la comisión del delito

«Tampoco sobra señalar que la Fiscalía está así mismo vinculada por el enfoque de género cuando investiga delitos cometidos por mujeres. Aunque no está obligada a recabar información favorable a la persona procesada, el deber de objetividad, establecido en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, le impone actuar con "un criterio ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley". En ese orden, de conseguir información indicativa de que la sindicada pudo cometer el delito en relación directa o indirecta con un contexto de victimización sexista, no sólo debe descubrir esos datos a la defensa técnica - la cual en tal evento tiene la carga de explorar esa hipótesis con diligencia -, sino también reconocerle los efectos a que haya lugar, bien sea en la delimitación de

los hechos relevantes al formular imputación y acusación, ora en la calificación jurídica de las conductas, así como en la determinación de las medidas procesales de su competencia a que haya lugar».

ENFOQUE DE GÉNERO - Análisis del contexto: mujer que comete una conducta punible / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género

«En este asunto se demostró que JDCM fue sexualmente abusada por su padre desde la niñez y no recibió ninguna asistencia, apoyo o ayuda de su madre ante tal situación, por lo cual abandonó su hogar - y se sumió, por ende, en un estado de desamparo familiar - antes de los doce años. Quedó embarazada por primera vez a los quince y no tuvo acceso a la educación más allá de segundo de primaria. Sufre, también desde joven, de un trastorno esquizoafectivo por el cual nunca recibió atención y tratamiento. La violencia sexual que le infligió su progenitor - una persona que debía quererla y protegerla - se repitió en su hija apenas unas semanas antes de la ocurrencia de los hechos, y una vez denunció lo sucedido, las autoridades la empujaron, para no perder el cuidado de sus hijos, a abandonar por segunda vez el hogar familiar y radicarse con aquéllos y su pareja sentimental - esto es, con cuatro personas más - en una habitación. Nunca recibió apoyo económico o emocional de los padres de sus hijos, quienes abandonaron los roles y cargas que a ese efecto les correspondían.

Lo acreditado, pues, es que siempre, desde la niñez temprana y hasta la ocurrencia del delito investigado, JDC vivió en un contexto de ostensible y explícita discriminación de género, manifestada en agresiones de todo tipo - sexuales, psicológicas, económicas e, incluso, institucionales - por razón de la cual se vio privada de varios de sus derechos más básicos, como los de tener una familia, educarse y recibir tratamiento médico. En suma, del derecho a llevar una vida digna y libre de violencia.

Ninguna expectativa social le fue cumplida y todas le fueron defraudadas. Su padre, en vez de ver por su bienestar, la cosificó. Su madre, quien ha debido apoyarla cuando ello sucedió, la llevó, al desestimar su dicho como una mentira, al más absoluto desvalimiento. El Estado no le proveyó educación ni un escenario donde tuviese la oportunidad de rehacer su proyecto vital para construir un futuro con mínimas expectativas de felicidad. Los padres de sus hijos radicaron en

ella la totalidad de las cargas afectivas y económicas que tenían para con aquéllos, someténdola a una realidad económica apremiante. Cuando quiso apoyarse en su familia y volvió a vivir en el hogar familiar su padre abusó también de K.J.L.M. y, aunque el trastorno mental que padece se manifestó ostensiblemente desde su adolescencia, nunca nadie - ni en su círculo privado ni en las estructuras públicas constituidas para velar por los derechos de los ciudadanos - se preocupó porque recibiera atención médica especializada».

DERECHOS DE LA MUJER - Discriminación: en el ámbito judicial, a través de los argumentos de una decisión / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género / **PENA** - Motivación: gravedad de la conducta / **PENA** - Motivación: individualización, debida motivación cuando se pretende imponer una pena superior al mínimo del cuarto correspondiente / **PENA** - Funciones: prevención especial negativa / **PENA** - Principio de necesidad

«Resulta incontrovertible que las instancias, en tanto descartaron que JDCMR hubiese actuado como inimputable por el padecimiento de un trastorno mental, tenían que haber ponderado su victimización de género al valorar la culpabilidad y derivar de ellas las consecuencias a que hubiera lugar, bien fuere para negarla - si es que incidieron en tal medida en la acusada que le hicieron del todo imposible ajustar su conducta a derecho -, ora para cuantificar la pena, pues cualquier reproche que se le hiciera debía atender la precariedad y discriminación a las que fue siempre sometida.

Lejos de ello, y según se anticipó, el a quo simplemente ignoró la realidad material en la cual MR cometió el injusto (con lo que omitió los contenidos probatorios que dieron cuenta de ello), mientras que el tribunal la minimizó y ridiculizó calificando los abusos descritos como “inmoralidades”, aun cuando comprendían, incluso, la violación, a la temprana edad de doce años, por su propio padre.

Es obvio, y sorprende que deba decirse, que la violencia de género no puede relegarse, menos aún en el ámbito judicial, a una simple “inmoralidad”; las más de sus manifestaciones - la sexual, la física, la psicológica, etc. - se subsumen en una u otra descripción típica porque son conductas con relevancia criminal que atentan contra los más básicos intereses de quienes la sufren. En su faceta institucional

constituye un problema de marcado interés público con profundas incidencias en la garantía de los derechos de las mujeres que los jueces están obligados a visibilizar y, en el ámbito de sus funciones, propender por superar.

El a quo no justificó ni motivó de ninguna manera la decisión de fijar la pena para el delito base en un monto (450 meses) significativamente mayor del mínimo previsto para la infracción (que lo es 400 meses). Ello, como lo tiene discernido de tiempo atrás esta sala, constituye en sí mismo, y con total independencia de lo que acá se debate, un defecto motivacional que afecta el debido proceso. El tribunal, en vez de corregir el yerro, ahondó en él, pues dio por válido ese aumento punitivo con el argumento de que reducir la pena «sería abandonar los criterios del artículo 61 del Código Penal, en especial en el inciso 3°, y mandar un mensaje de debilidad del Estado colombiano ante monstruosos actos criminales como el de nuestro resorte

Con todo, la simple invocación genérica, ambigua e imprecisa de “los criterios del artículo 61 del Código Penal”, sin ninguna relación con los hechos probados en el caso y las circunstancias individuales de la persona sancionada, no constituye motivación suficiente que satisfaga el debido proceso sancionatorio. Además, la ley no atribuye a la pena la función de evitar “mandar un mensaje” de debilidad institucional; ello - si es que acaso constituye una suerte de alusión a la prevención general negativa - sería, presentado en tales términos, inadmisibles, pues por esa vía la corporación habría pretendido justificar la pena en la utilización de la procesada como medio para transmitir a la comunidad un mensaje intimidatorio.

Al tribunal le pareció “monstruoso” que una mujer le quitara la vida a sus tres hijos, pero no le suscitó ninguna preocupación - allende la ya censurada calificación que en una escueta línea hizo de ello como “inmoralidades” - que esa mujer haya realizado tal conducta en un contexto subyugante de violencia sexual, necesidades, abandono, precariedad y privación de sus derechos más esenciales, como la educación y la salud, ni que haya sido empujada a ello justamente por las distintas violencias sexistas que en su contra desplegaron su propia familia y los padres de sus hijos (quienes la cargaron exclusivamente con la responsabilidad de ver por los menores).

El único asomo de motivación válida de la pena que se observa en el fallo de segundo grado es la mención a «la gravedad de la conducta, que son entre otras cosas tres homicidios cometidos ni más ni menos por su progenitora».

Pero más allá de que con esa consideración apenas se repite una gravedad que ya está contemplada en el numeral 1° del artículo 104 del Código Penal como circunstancia específica de mayor intensidad punitiva, el dislate deviene fundamentalmente de que la valoración de dicho criterio no podía hacerse sin consideración de las circunstancias en las que se realizó el injusto. Es decir, el tribunal se limitó a afirmar que la conducta investigada reviste especial gravedad porque se trata de «homicidios cometidos... por (la) progenitora» de las víctimas, prescindiendo de la auscultación de otros factores que tenía que sopesar, muy específicamente, de la necesidad de pena, entendida en relación con los conceptos de culpabilidad y reinserción social».

ENFOQUE DE GÉNERO - Aplicación a casos de mujeres acusadas de cometer un delito / **CULPABILIDAD** - Enfoque de género

«Es verdad que MR es la madre de las víctimas y, por ende, su conducta, en tanto supuso el quebrantamiento frontal de un rol cuyo adecuado cumplimiento tiene una protección reforzada del derecho penal (al punto en que el homicidio cometido sobre los hijos es, justamente, agravado) reviste especial seriedad. Pero también lo es, según quedó ampliamente explicado, que la nombrada (i) fue cargada con el cuidado afectivo y económico exclusivo de los tres menores, del cual se sustrajeron sus progenitores; (ii) creció y construyó su forma de entender el mundo, de interactuar con los demás y de comprender lo lícito y lo ilícito en un contexto de violencia normalizada, precariedad emocional y financiera y desarticulación familiar, y; (iii) no tuvo acceso a educación ni a atención médica, lo cual resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que, como quedará precisado más adelante, padece de un trastorno mental grave.

Así, el rol materno de JDC - y las consecuencias, cargas y deberes jurídicos que del mismo se desprenden - no podían estimarse al dosificar la pena (cuando menos no sin incurrir en una interpretación manifiestamente equivocada de los artículos 12 y 61 del Código Penal) sin reconocer las circunstancias específicas y concretas en las que ese rol se consolidó,

desarrolló y llevó a cabo en el caso concreto, pues sólo a partir de tal ponderación era posible elaborar un juicio adecuado y completo de la culpabilidad y la necesidad de pena.

Si el ad quem concluyó que MR obró como imputable al quitar la vida a sus hijos y, por ende, adelantó un reproche sobre una conducta que atañe intrínsecamente a su papel de madre - al punto en que ello se sustentó el juicio de “gravedad” efectuado para justificar la mayor pena impuesta - no podía elaborar una correcta valoración de la culpabilidad sin considerar que ella misma creció en un contexto en que los vínculos familiares nunca fueron sinónimo de cariño, protección y cuidado, sino de cosificación, abuso y violencia sexual, física y psicológica, sin atender a la precaria situación emocional y económica en que se encontraba por haber sido cargada con exclusividad con el cuidado de los menores, y sin observar la desesperación a la que fue empujada cuando, con ocasión del abuso perpetrado por su padre contra K.J.L.M. en los días anteriores a los hechos, debió abandonar nuevamente su hogar familiar y enfrentó la posibilidad de perder la custodia de sus hijos.

El soslayo de la victimización sexista sufrida por JDM fue tal que el juzgador colegiado ni siquiera dio por acreditada las circunstancias de menor punibilidad que a partir de ello tenía que haber reconocido oficiosamente, como "la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible", ora la de haber actuado en circunstancias análogas a "la indigencia o la falta de ilustración".

Como si fuera poco, al fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en el mismo monto de la principal, las instancias, como atinadamente lo señaló la procuradora, violaron el inequívoco y expreso tenor del artículo 51 del Código Penal, según el cual "la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52".

En suma, es evidente que MR, de tenersele como imputable, habría optado por el injusto con un ámbito de libertad supremamente menguado que no permitiría realizarle un juicio de culpabilidad y necesidad de pena de la marcadísima intensidad del que efectuaron las instancias. A ello llegaron como consecuencia de los varios errores previamente identificados».

PRUEBA PERICIAL - Trastorno mental / **INIMPUTABILIDAD** - Juicio valorativo normativo: únicamente puede efectuarlo el fallador

«Debe insistirse en que, como la existencia del trastorno mental es una cuestión de hecho para cuya comprensión se requieren "conocimientos científicos especializados", su acreditación en el juicio debe darse idealmente mediante prueba pericial.

Pero el ámbito de dicha prueba técnica es, justa y estrictamente, ese: el supuesto fáctico del juicio de inimputabilidad, esto es, la existencia del trastorno mental; no puede ocuparse de la fase normativa-valorativa de dicho juicio, la cual es competencia exclusiva del juez. Así lo establece expresamente el artículo 421 de la Ley 906 de 2004: "las declaraciones de los peritos no podrán referirse a la inimputabilidad del acusado. En consecuencia, no se admitirán preguntas para establecer si, a su juicio, el acusado es imputable o inimputable".

[...]

Una vez comprobado que el agente padece un trastorno mental, corresponde al fallador discernir si tal condición anuló la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta (lo cual no refiere al entendimiento específico de su consagración delictiva, sino a su confrontación con las exigencias de la vida social) o, estando indemne aquélla, la de determinar su actuar por ese entendimiento.

A ese efecto, el fallador debe considerar las circunstancias de todo orden - anteriores, concomitantes y posteriores a la realización del injusto - que hayan sido demostradas en el proceso y puedan ser relevantes para tal fin».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Declaraciones rendidas antes del juicio: del procesado, deben ser incorporadas al juicio mediante su testimonio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: no se pueden incorporar como medio de prueba, salvo que sea prueba de referencia

«La versión de JDCMR, en la que reconoció su participación en los hechos y explicó las circunstancias de su comisión, fue comunicada en juicio a través de las tres expertas que la examinaron. Esos contenidos, sin embargo, no pueden ser valorados, pues se trata de pruebas

referenciales inadmisibles incorporadas irregularmente con la censurable aquiescencia del a quo. Si se pretendía introducir la narración de la procesada, la misma ha debido aducirse mediante su testimonio -si es que ella voluntariamente decidía renunciar a su derecho a guardar silencio- en la vista pública, con intermediación y contradicción de las partes, y no mediante terceros que no conocieron por sí mismos los hechos de los que aquélla dio cuenta. En ese orden, las declaraciones de las expertas sólo pueden ser válidamente consideradas en lo que fue objeto de su percepción directa y, desde luego, en lo que atañe a su opinión profesional».

INIMPUTABILIDAD - Demostración: libertad probatoria

«En todo caso, y contrario a lo aducido por el fiscal que intervino en esta sede, no es cierto que esta sala haya sostenido un criterio jurisprudencial según el cual la demostración de la base fáctica del juicio de inimputabilidad únicamente pueda lograrse mediante pericia psiquiátrica.

Para sostener esa afirmación, el funcionario invocó la sentencia 070-2019, rad. 49047, [...]

Esas consideraciones, pues, no pueden tomarse como fundamento de una inexistente tarifa legal probatoria que exija que necesariamente sea un psiquiatra quien demuestre los fundamentos fácticos del juicio de inimputabilidad. Lo allí sentado, al margen de la alusión a la noción de "dictamen pericial psiquiátrico", es que ello puede acreditarse mediante cualquier prueba producida por un experto en tanto tenga los conocimientos especializados requeridos para tal fin, es decir, en tanto "su apreciación resulte razonable". Así, y aunque pueda admitirse que la opinión psiquiátrica es la mejor evidencia de un trastorno mental (especialmente frente a otras que tendrían un menguado valor demostrativo para ello, como la testimonial o, acaso, la de un psicólogo general) no puede tenerse como única evidencia posible (pues existen otras similarmente calificadas, como la ofrecida, justamente, por un psicólogo clínico con conocimientos acreditados en neurociencias)».

INIMPUTABILIDAD - Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** -

Por cercenamiento: se configura / **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA** - Por omisión: Se configura / **FALSO RACIOCINIO** - Se configura

«[...] el juicio de inimputabilidad no se agota con la constatación de que el autor de un injusto padece un trastorno mental. Se requiere también establecer si dicha condición incidió material y realmente en la capacidad de culpabilidad de esa persona al momento de su realización. Para ello, y según quedó también dicho (§ 3.1.3.2), resulta necesario valorar las circunstancias de todo orden que rodearon la realización del hecho, así como los sucesos anteriores y posteriores que puedan ser útiles para tal análisis.

De ahí que ningún reproche merece el proceder del tribunal en cuanto, para sostener la tesis de que MR obró como imputable, no se limitó a ponderar la pericia psiquiátrica aportada por la Fiscalía, sino que también tuvo en cuenta una serie de eventos anteriores, concurrentes y ulteriores a partir de los cuales elaboró "indicios que reafirman la sanidad mental de la procesada".

Lo que sucede es que en ese cometido cometió plurales errores de valoración probatoria - en concreto, falsos juicios de identidad por cercenamiento, de existencia por omisión y falsos raciocinios - y equivocaciones conceptuales (que materializan violaciones directas por interpretación errada del derecho) que lo llevaron a elaborar inferencias improcedentes. Véase:

(i) Según el ad quem, el hecho de que JDCM recuerde lo que hizo indica que no actuó bajo el influjo de una crisis psicótica. A ese razonamiento le subyace una regla científica que quizás sea válida en abstracto, pero que no tiene ninguna aplicabilidad a este asunto, pues en el juicio se probó, justamente, que la acusada pasó varios meses sin recordar lo sucedido y sólo con el paso del tiempo empezó a lograr una recolección, aunque apenas parcial y desestructurada, de los homicidios.

De ello dio cuenta la psicóloga AD:

[...]

Visto lo anterior, se advierte que la inferencia efectuada a este respecto por la corporación tiene apoyo en un hecho indicador dado por cierto como consecuencia del cercenamiento del testimonio referenciado.

Por la misma razón se advierte equivocada la deducción del tribunal conforme la cual la

imputabilidad de JDCM se infiere de que admitió ante los expertos que la entrevistaron haber sido quien degolló a sus hijos. Más allá de que dicha manifestación no podía ser valorada porque constituye una prueba de referencia inadmisiblemente irregularmente incorporada al juicio, sucede que tal razonamiento desconoce lo explicado por la psicóloga AD en el sentido de que "es lo común" que quienes actúan bajo el influjo de un trastorno psicótico puedan construir recuerdos fragmentados de sus conductas. Si ello es así, que la procesada recuerde ser quien atentó contra sus hijos es irrelevante para el juicio de inimputabilidad.

(ii) Del hecho de que MR apagase las luces y cerrase las puertas de la habitación, así esas circunstancias hayan sido adecuadamente probadas, nada relacionado con su capacidad de culpabilidad puede en sana crítica inferirse.

En cuanto a lo primero, el tribunal ni siquiera intentó explicar cuál es la relación lógica, científica o empírica entre el acto de apagar las luces de un recinto y la afirmación de que quien así procede actúa como imputable. Ese razonamiento podría tener alguna validez si la oscuridad, en un caso específico, contribuyese de cualquier manera a evitar el descubrimiento de lo que se hace. Pero en este asunto, JDCM estaba a solas con las víctimas en un cuarto cerrado y aislado de la vista de terceros; en tales condiciones, apagar las luces de la habitación no constituía un medio para ocultar su conducta y nada dice, por ende, sobre la cuestión de si entendía la ilicitud de su comportamiento».

INIMPUTABILIDAD - Configuración: depende de un juicio valorativo para determinar si se afectó la capacidad para comprender el reproche del acto imputado o para determinarse por tal comprensión / **CULPABILIDAD** - Elementos: imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta / **CULPABILIDAD** - Imputabilidad / **INIMPUTABILIDAD** - Juicio valorativo normativo: se necesita que la conducta sea típica y antijurídica

«El tribunal también invocó, como hecho indicador de que MR obró con imputabilidad, que la procesada estaba consciente de que "un instrumento filoso es capaz con su uso en la humanidad de una persona de acabar con su vida".

[...]

Que MR fuese capaz de comprender que un cuchillo era apto para causar la muerte de sus hijos y lo utilizara consciente y voluntariamente con ese fin es una constatación que atañe exclusivamente a la tipicidad de su comportamiento. Si no hubiera tenido tal facultad, su acción sería atípica y, por consecuencia obvia, no habría lugar a discutir si actuó culpablemente. La inimputabilidad no deviene de la incapacidad de comprender qué es lo que se hace, sino de la imposibilidad de discernir la ilicitud de lo que se hace, o de determinarse por ese discernimiento.

Es decir, para que tenga sentido lógico juzgar la imputabilidad o inimputabilidad del agente (lo cual, conforme lo expuesto antes, es un análisis propio de la culpabilidad), debe estar comprobada, primero, la tipicidad de la conducta, categoría que, en la comprensión actual del delito - de raigrambre finalista -, abarca el conocimiento y la voluntad. Así, la cuestión de si la persona sabía lo que hacía y quería hacerlo está comprendida en el tipo. Sólo de estar ello verificado (y de estarlo también la antijuridicidad) corresponde evaluar si actuó de esa manera como consecuencia de un trastorno mental que le impidió comprender el reproche sociojurídico de la conducta, ora autodeterminar su comportamiento conforme esa intelección.

Por último, y aunque el ad quem dijo que valoraría los hechos y circunstancias que rodearon la ejecución del injusto para discernir si JDC tenía capacidad de ser culpable en ese momento, sólo tuvo en cuenta los que, en su entender, corroboraban la tesis de la imputabilidad. En cambio, ignoró del todo aquellos contenidos probatorios que apuntaban en la dirección contraria.

[...]

En síntesis, la conclusión del ad quem en cuanto a la imputabilidad de JDCMR está apoyada en múltiples errores de valoración y apreciación probatoria, así como en algunas distorsiones en la comprensión de las categorías jurídicas pertinentes.

[...]

Así las cosas, a partir de la apreciación conjunta e integral de los elementos de juicio aportados se concluye que MR efectivamente sufría un trastorno esquizoafectivo para la época de los hechos, tesis que, en tanto aparece ampliamente corroborada y soportada en varios elementos de

conocimiento concurrentes y contestes, logró un mayor grado de confirmación que la postura contraria (cuyo asidero suasorio está, en cambio, limitado apenas al dictamen psiquiátrico aportado por la Fiscalía).

[...]

Por otra parte se tiene, según fue probado por los testimonios de WD y de los vecinos ICG, LBM y APM, que la sentenciada era en una madre cariñosa y dedicada al cuidado de sus hijos, a quienes no maltrataba de ninguna manera. La importancia de esos contenidos probatorios -que el tribunal, ya se vio, ignoró- deviene de que demuestran que la agresión fatal infligida a ellos por MR no corresponde al desenlace o conclusión de un despliegue de violencia sistemática o recurrente, sino que aparece incompatible con la manera en que la nombrada comprendía y había desempeñado hasta entonces su rol materno. La influencia de una crisis psicótica como causa determinante de los homicidios sería poco plausible si esas conductas pudieran relacionarse con un patrón previo de malos tratos, desidia o indiferencia por el bienestar de los menores; pero tal hipótesis adquiere mayor crédito al constatarse que ese ataque comportó una ruptura radical respecto de la conducta antecedente de la enjuiciada».

INIMPUTABILIDAD - Trastorno mental: demostración / **INIMPUTABILIDAD** - Se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala casa parcialmente

«Desde luego, ninguno de los hechos indicadores demostrados, considerado aisladamente, permitiría concluir que al momento del injusto MR estaba en medio de una crisis que afectó su comprensión de la realidad. Con todo, al ser valorados en conjunto, y sobre todo de cara al conocido padecimiento de un trastorno esquizoafectivo que ha afligido a la nombrada de tiempo atrás, sí a llevan dar por probado que realizó el injusto en medio de un episodio alucinatorio.

En suma: aunque la Fiscalía allegó un dictamen según el cual JDCMR no tiene ningún padecimiento mental, las pruebas practicadas acreditan, en contra de tal apreciación, no sólo que la nombrada sufre de un trastorno esquizoafectivo con manifestaciones psicóticas, sino también cuando ejecutó las conductas investigadas se encontraba en medio de una

crisis psicótica que afectó su comprensión de la realidad.

A partir de esos supuestos fácticos, deviene evidente la aserción valorativa de que MR actuó sin la capacidad de discernir el reproche de su proceder, porque en ese momento su facultad de interpretar el mundo y el sentido de sus acciones estaba sustancialmente enervada. E incluso de admitirse, en gracia de discusión, que a pesar de la crisis psicótica podía aprehender la ilicitud de lo que hizo, no parece razonable que - ante las voces que la compelian a matarse, las presencias que sentía alrededor suyo, la aguda ansiedad que la afectaba y el debilitamiento de su voluntad por la falta de sueño, el permanente dolor de cabeza y sus condiciones personales, familiares y económicas - pudiese determinarse por ese entendimiento.

Así las cosas, habrá de casarse parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, condenar a MR como inimputable, solución por la cual propugnó con acierto el magistrado disidente de la sala de decisión del tribunal.

Como la anterior determinación tiene por fundamento fáctico la comprobación de que JDCMR padece un trastorno mental de carácter permanente, habrá de imponérsele la medida de seguridad de que trata el artículo 70 de la Ley 599 de 2000, cual es la de "internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera".

MEDIDA DE SEGURIDAD - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: el tiempo de duración lo determina el tratamiento / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada: las funciones son distintas de las establecidas para la pena / **MEDIDA DE SEGURIDAD** - Cuantificación judicial: no puede exceder de

veinte años, ni del monto de la pena máxima prevista para la infracción

«Recuérdese, con la Corte Constitucional, que "el tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento", de manera que aquél "deberá soportar la privación de su libertad durante el tiempo que dure el tratamiento que lo rehabilite para la vida en sociedad". Ello se debe, en esencia, a que sus funciones, de acuerdo con el artículo 4° del Código Penal, son distintas de las establecidas para la pena, en concreto, de "protección, curación, tutela y rehabilitación".

De ahí que ley no establece montos mínimos para la medida de seguridad - ni podría válidamente hacerlo en el actual marco constitucional - y, por igual razón, el artículo 70 precitado prevé que, al margen de la duración original con que se fije, (i) cesará su ejecución cuando se establezca que la persona está rehabilitada, y (ii) se suspenderá de comprobarse que «se encuentra en condiciones de adaptarse al medio social en donde se desenvolverá su vida», ora en caso de que "sea susceptible de ser tratada ambulatoriamente".

Lo anterior explica, así mismo, que la cuantificación judicial de la medida de seguridad no está regida por el sistema de cuartos aplicable a la dosificación de penas. El único criterio legal para su tasación - específicamente en relación con la "internación para inimputable por trastorno mental permanente" - es el de "las necesidades de tratamiento en cada caso concreto"; necesidades para cuya comprensión el juez debe realizar "la valoración... con base en los elementos probatorios, del trastorno mental... que padece el acusado y de la correlación que haya entre este y la comisión del hecho punible".

En todo caso, la medida de seguridad no puede exceder de veinte años, ni del monto de la pena máxima prevista para la infracción».

PENA - Principios / **PENA** - Funciones: Prevención general y especial / **SUBROGADO PENAL** - Procedencia / **PENA** - Fines: resocialización / **PENA** - Funciones: prevención especial positiva / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

La Sala de Casación Penal decidió el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado R.A.L., contra el auto proferido por el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, mediante el cual le negó el subrogado de la libertad condicional.

La Corte revocó el proveído impugnado para, en su lugar, conceder la libertad condicional a

R.A.L., previo pago de la caución prendaria o de su garantía a través de póliza de seguros y la suscripción del acta de compromiso, por un periodo de prueba equivalente al tiempo que resta para el cumplimiento de la pena.

En tal sentido, reiteró que, cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena que, apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

Por tanto, para la Sala, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional, sería tanto como asimilar la pena a un deshonroso castigo o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales.

AP3348-2022(61616) de 27/07/2022

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RELACIÓN DE ANTECEDENTES

1. Mediante providencia CSJ SP14985-2017, rad. 50366, expedida el 20 de septiembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó a R.A.L., a las penas de 109 meses y 6 días de prisión, multa en cuantía equivalente a 75,495 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 131 meses y 28 días. Negó cualquier mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad.

2. Al resolver el recurso de impugnación especial, en ejercicio de la garantía de la doble conformidad judicial, a través de sentencia CSJ SP4238-2021, la Corte modificó parcialmente la condena, en cuanto confirmó la atribución de responsabilidad en contra del procesado, pero redujo las penas a 104 meses y 15 días de prisión, multa de 73,491 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por

126 meses y 28 días. El resto del fallo se mantuvo incólume.

3. El 2 de marzo de 2022, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, despacho judicial que vigila la pena de R.A.L., le negó la libertad condicional, decisión contra la cual aquél interpuso recurso de apelación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PENA – Fines / **PENA** – Principios / **PENA** - Funciones: Prevención general y especial / **PENA** - Criterios para fijarla / **SUBROGADO PENAL** - Procedencia

«En nuestro sistema jurídico, la pena tiene diversas finalidades en cada una de sus fases, que van desde su previsión hasta su ejecución (Cfr. CC C-430-1996):

(i) preventiva o disuasiva, que en esencia se concreta en el momento en que el legislador fija la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal por el daño que se hace a la sociedad ante la violación de la prohibición normativa. Es la fase de conminación legal y responde a un objetivo de prevención general que se justifica en la protección de diversos bienes jurídicos, necesarios para preservar la coexistencia de la colectividad,

(ii) retributiva, que se exterioriza en la imposición judicial de la pena. En esta fase se entremezclan fines preventivos generales y especiales, aunque prevalecen los primeros. La individualización e imposición de la sanción confirma la vigencia de la norma y actualiza la amenaza abstracta tipificada en la ley. La prevención especial se patentiza en los casos en que el funcionario judicial, del catálogo de mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, valora el cumplimiento de los requisitos legales que provean una alternativa a la ejecución intramural. Y,

(iii) resocializadora, propia de la fase de ejecución de la pena, orientada a la prevalencia de principios que respeten la autonomía y dignidad de los condenados y, por ende, persigue un objeto preventivo especial que decididamente influye en su readaptación social. Este fin es el que hace que la pena privativa de la libertad sea constitucionalmente válida.

[...]

Explíquese que la connatural afectación de garantías fundamentales, producto de la limitación de la libertad, apareja complejas dinámicas que muchas veces impiden que la pena cumpla su cometido constitucional, escenario en el que los mecanismos alternativos o sustitutivos se presentan como la mejor manera de afrontar el proceso de resocialización.

La función preventiva especial se proyecta en los denominados mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, establecidos por el legislador en ejercicio de su facultad de configuración, siempre y cuando se orienten a: (i) la efectiva resocialización de los sentenciados, (ii) favorezcan el desestimulo de la criminalidad, y (iii) promuevan la reinserción del delincuente a la vida en sociedad.

Específicamente en lo atinente al principio de necesidad y a la prevención especial de la pena, la Corte Constitucional ha explicado (Cfr. CC C-806-2002) que si un condenado, bajo determinadas condiciones y circunstancias, no necesita de la privación física de su libertad para readaptarse a la comunidad, ha de brindársele la oportunidad de cumplir su condena mediante instrumentos que comporten una menor aflicción, lo cual no implica que no sean eficaces.

Ello, en sintonía con lo afirmado de vieja data, en el sentido que «la pena debe ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención [,] retribución, protección o resocialización. Si los fines de la pena pueden conseguirse por otros medios menos costosos o menos aflictivos, la pena no es necesaria y por lo tanto no puede ser útil» (Cfr. CC T-596-1992).

Por ende, sin llegar al extremo de corrientes abolicionistas, el legislador colombiano ha contemplado el instituto de los subrogados penales como una forma de evitar que los condenados a pena privativa de la libertad permanezcan en los centros de reclusión, con la finalidad de aplicar, en concreto, la función resocializadora de la pena.

En otras palabras, el fundamento que inspira los subrogados penales es el derecho del sentenciado a su resocialización, a rectificar y readecuar su conducta al estándar que el legislador ha previsto como de obligatorio cumplimiento para la convivencia en sociedad, buscando no excluirlo de ella, sino propiciando su reinserción a la misma».

PENA - Fines: resocialización, concepto / **PENA** - Fines: resocialización, evolución constitucional / **PENA** - Funciones: Prevención general y especial / **PENA** - Funciones: prevención especial positiva / **PENA** - Fines: resocialización, fases

«El concepto de resocialización ingresó a la Carta Política de 1991 con la promulgación del Acto Legislativo n° 01 de 2020 «por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la pena de prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable».

Aquella reforma constitucional fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional mediante sentencia CC C-294-2021, en la que se realizó un escrupuloso examen de la política criminal colombiana y de la resocialización como función principal de la pena en un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana del condenado, a quien el Estado ha de brindarle alternativas que le permitan reconocer el daño causado al conglomerado social, pero, de igual manera, incentivar un nuevo inicio afuera del centro de reclusión, de regreso a la comunidad y bajo el acatamiento de normas mínimas de convivencia.

La providencia explicó que la «resocialización puede ser entendida como un conjunto de medidas, actividades o técnicas de tratamiento social o clínico que pretenden «cambiar la conducta del interno. Volver a socializarse, lo que significa aprender las expectativas sociales e interiorizar normas de conducta. Resocializarse es volver a valer como ser social conforme quiere la sociedad, esto implica reconocimiento. La técnica que se maneja es el cambio de actitud y de valores. Se confunde con el cambio de delincuente en un buen interno»

[...]

Como los sistemas penal y penitenciario están teleológicamente vinculados, en consonancia con las actividades de resocialización se halla el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), cuyo texto -de hecho, anterior al actual Código Penal- contempla importantes expresiones del reconocimiento de la dignidad humana en el propósito de retornar al delincuente al seno de la sociedad.

[...]

Las fases de rehabilitación y resocialización en el proceso penitenciario preparan a los

sentenciados para la reincorporación a la vida en comunidad y conforme a su carácter progresivo, permite concluir que en los diferentes períodos por los que atraviesan va disminuyendo la rigidez en la limitación del derecho a la libertad, en especial el de locomoción al interior del establecimiento de reclusión y paulatinamente por fuera de él (Cfr. CC T-895-2013 y T-581-2017).

De ese modo, el tratamiento penitenciario posee dos aspectos basilares, de un lado, la readaptación social del condenado y, del otro, la relación que hay entre el derecho a acceder a programas de estudio y trabajo que permitan redimir pena e incidan en el derecho a la libertad.

Es a través de la resocialización que la permanencia en los establecimientos de reclusión pasa de ser una simple consecuencia jurídica por las conductas del pasado, a convertirse en una oportunidad de integración social de la persona que ha incurrido en una conducta lesiva de un bien jurídico penalmente relevante (Cfr. CC A-121-2018).

[...]

En conclusión, el fin resocializador de la pena se inscribe dentro de lo que se conoce como función de prevención especial positiva, eje articulador central de nuestro sistema penal donde se abandonan las ideas de intimidación, retaliación social o venganza. En su lugar, la noción de resocialización del sentenciado, como principio legitimador y objetivo supremo de la ejecución de la pena, constituye el centro de gravedad, consecuencia obligada de la definición de Colombia como Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1° de la Constitución Política).

SUBROGADO PENAL - Procedencia / **SUBROGADO PENAL** - Concepto / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Concepto / **LIBERTAD CONDICIONAL** - carácter: moral y social / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Evolución legislativa / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

«Los subrogados penales son mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad que

se conceden a los condenados, siempre y cuando cumplan, de forma concurrente, los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en la ley.

Para lo que a este asunto interesa, uno de esos mecanismos es la libertad condicional, instituto que brinda la oportunidad al sentenciado privado de la libertad (en establecimiento carcelario o en prisión domiciliaria) de recobrarla antes del cumplimiento total de la pena intramural impuesta en la sentencia, sin que ello signifique la modificación de su duración, menos su extinción.

Es decir, repítase, previo el cumplimiento de todos los presupuestos legales, la figura en comento permite al condenado cumplir la pena privativa de la libertad por fuera del sitio de reclusión bajo ciertas obligaciones, restricciones o condiciones, so pena de su revocatoria, en una especie de libertad a prueba.

Conforme a la jurisprudencia constitucional, la libertad condicional posee un doble carácter: (i) moral, en cuanto estimula positivamente al condenado que ha dado verdadera muestra de readaptación y enmienda y, (ii) social, pues motiva a la restante población carcelaria a seguir su ejemplo, con lo cual se logra la finalidad rehabilitadora de la pena.

El análisis que adelanta el juez de ejecución de penas a la hora de resolver una solicitud de libertad condicional apunta a una finalidad específica: establecer la necesidad de continuar el tratamiento penitenciario, a partir del comportamiento carcelario del condenado.

El subrogado de la libertad condicional en el Código Penal de 2000 (Ley 599), ha sufrido distintas modificaciones a través del tiempo.

[...]

Del recorrido normativo efectuado, amén de las modificaciones a los diversos requisitos que apuntan: (i) al término de cumplimiento de pena (dos terceras o tres quintas partes), (ii) al desempeño, conducta o comportamiento durante el tratamiento penitenciario, (iii) a la acreditación de un arraigo familiar y social, (iv) a la reparación de la víctima, (v) el aseguramiento del pago de la multa o, (vi) la duración del periodo de prueba, lo cierto es que fácilmente se advierte que se pasó de una primigenia prohibición a considerar “circunstancias y antecedentes tenidos en cuenta para la dosificación de la pena”, a la valoración previa de la “gravedad” de la conducta punible,

para finalmente establecerse una “previa valoración de la conducta punible”.

Ese conciso parangón insinúa que sólo el legislador de 2000 se atuvo a los contornos históricos de la figura de la libertad condicional que, en atención al carácter progresivo del sistema penitenciario, acentúa el comportamiento carcelario del condenado como el principal elemento subjetivo a verificar a la hora de permitir que termine de cumplir su pena en libertad. Sobre ello se volverá más adelante».

LIBERTAD CONDICIONAL - Evolución jurisprudencial / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible, no es razón suficiente para negar la concesión del subrogado penal

«Toda conducta punible es considerada un acto grave contra la sociedad, al punto que el legislador reprime su comisión a través de la punición. De cualquier manera, a raíz del resquebrajamiento de las relaciones humanas, ella afecta los valores que condicionan la existencia, conservación y desarrollo de la vida en comunidad. En últimas, además del daño privado, el delito siempre ocasiona un daño público directamente relacionado con la transgresión de las normas establecidas por el legislador penal, necesarias para la convivencia pacífica.

La condición de grave o leve de una infracción delictiva da lugar a intensos e inacabados debates. Nadie ha de negar que existen cierto tipo de comportamientos que por su naturaleza -o por lo menos desde una perspectiva simplemente objetiva-, implican una mayor afectación a valores sensibles para el conglomerado social, verbigracia, los vinculados a bienes jurídicos que tutelan la vida, la integridad personal, la libertad en todas sus aristas o la administración pública, para citar solo algunos, lo que de contera genera unánime rechazo social. Sin embargo, ello no soluciona la problemática a la hora de calificar el injusto.

La praxis judicial enseña que en torno a la valoración de la conducta punible se elaboran múltiples reflexiones para justificar su gravedad -todas válidas si se quiere-, una por cada tipo penal que el Estatuto Punitivo contempla, pero en el fondo sólo confluyen en un argumento circular que asume por punto de partida las

razones que tuvo en cuenta el legislador para considerar que determinado proceder debía ser objeto de represión por el Estado.

La previa valoración del injusto típico introduce a la discusión argumentos de índole subjetivo que en nada contribuyen a superar la ambigüedad generada por el legislador de 2014 en el artículo 64 del Código Penal.

[...]

Algunos argumentan que un criterio que permite identificar la gravedad del delito está dado por la severidad de la pena a imponer. No obstante, nuevamente la práctica judicial enseña lo contrario, en virtud de un fenómeno que ha dado en llamarse hiperinflación o populismo punitivo, producto de la irreflexiva política criminal colombiana, que en la vehemente búsqueda de encontrar en el derecho penal la solución a todos los problemas de la sociedad, simplemente ofrece sanciones graves, retribución -por no decir venganza- y castigos ejemplarizantes, dejando de lado la noción de resocialización y acercándose en mucho a criterios de segregación y exclusión del penado del entramado social.

[...]

Importa acotar que la Sala, por obvias razones, no se refiere a aquellas conductas que el propio legislador, en uso de su libertad de configuración normativa, excluyó del subrogado de la libertad condicional, asunto que ocupó la atención de la Corte Constitucional en sentencia CC C-073-2010, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, “[p]or la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

[...]

Sustentar la negación del otorgamiento de la libertad condicional en la sola alusión a la gravedad o lesividad de la conducta punible, solo es posible frente a casos en los cuales el legislador ha prohibido el otorgamiento del subrogado por dicho motivo, como sucede con los previstos en los artículos 26 de la Ley 1121 y 199 de la Ley 1098 de 2006, pues, como se dijo en la decisión CSJ STP15806-2019, 19 nov. 2019, rad. 107644, atrás citada, “no puede tenerse como razón suficiente para negar la libertad condicional la alusión a la lesividad de la conducta punible frente a los bienes jurídicos

protegidos por el Derecho Penal, pues ello solo es compatible con prohibiciones expresas frente a ciertos delitos”

El artículo 64 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 1709 de 2014), con la exequibilidad condicionada declarada por la Corte Constitucional en la sentencia CC C-757-2014, enseña que la finalidad del subrogado de la libertad condicional es permitir que el condenado pueda cumplir por fuera del centro de reclusión parte de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia, cuando la conducta punible cometida, los aspectos favorables que se desprendan del análisis efectuado por el juez de conocimiento en la sentencia -en su totalidad-, el adecuado comportamiento durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad y la manifestación que el proceso de resocialización ha hecho efecto en el caso concreto -lo cual traduce un pronóstico positivo de rehabilitación-, permiten concluir que en su caso resulta innecesario continuar la ejecución de la sanción bajo la restricción de su libertad (artículo 64 numeral 2° del código penal).

Sólo de esa forma se hace palpable la progresividad del sistema penitenciario, cuya culminación es la fase de confianza de la libertad condicional, que presupone la enmienda y readaptación del delincuente y efectiviza su reinserción a la sociedad, lográndose la finalidad rehabilitadora de la pena.

La perspectiva en clave de libertad principalmente apuesta por las posibilidades de resocialización o reinserción social de la persona que ha cometido una infracción delictiva, acorde a máximas de rehabilitación, mientras la visión de seguridad apunta a su exclusión social, propias de políticas intimidatorias e inocuizadoras o de aislamiento del condenado, que contrarrestan su reintegro a las dinámicas comunitarias.

Por supuesto, sólo el primer enfoque posee efectos personales y sociales favorables al condenado, toda vez que persigue objetivos de prevención especial cifrados en la confianza en neutralizar el riesgo de reincidencia criminal a través de la incorporación del infractor a la sociedad. Al paso que el segundo pretende alcanzar objetivos preventivos, pero a través de la exclusión del delincuente del conglomerado social.

La integración holística que el artículo 64 del Código Penal impone al juez vigía de la pena, conduce a que la previa valoración de la conducta no ha de ser entendida como la reedición de ésta, pues ello supondría juzgar de nuevo lo que en su momento definió el funcionario judicial de conocimiento en la fase de imposición de la sanción. Tampoco significa considerar en abstracto la gravedad de la conducta punible, en un ejercicio de valoración apenas coincidente con la motivación que tuvo en cuenta el legislador al establecer como delictivo el comportamiento cometido. Menos implica que el injusto ejecutado, aun de haber sido considerado grave, impida la concesión del subrogado, pues ello simplemente significaría la inoperancia del beneficio liberatorio, en contravía del principio de dignidad humana fundante del Estado Social de Derecho.

Una lectura diferente de lo pretendido por el legislador y de lo definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada de la norma en cuestión: (i) la aleja del talante resocializador de la pena, (ii) desvirtúa el componente progresivo del tratamiento penitenciario, (iii) muta el norte rehabilitador que inspira el mecanismo sustitutivo, hacia un discurso de venganza estatal, y (iv) obstaculiza la reconstrucción del tejido social trocado por el delito.

La previa valoración de la conducta no puede equipararse a exclusiva valoración, sobre todo en aspectos desfavorables como la gravedad que con asiduidad se resaltan por los jueces ejecutores, dejando de lado todos los favorables tenidos en cuenta por el funcionario judicial de conocimiento. Si así fuera, el eje gravitatorio de la libertad condicional estaría en la falta cometida y no en el proceso de resocialización. Una postura que no ofrezca la posibilidad de materializar la reinserción del condenado a la comunidad y que contemple la gravedad de la conducta a partir un concepto estático, sin atarse a las funciones de la pena, simplemente es inconstitucional y atribuye a la sanción un específico fin retributivo cercano a la venganza.

La Corte ha de reiterar que cuando el legislador penal de 2014 modificó la exigencia de valoración de la gravedad de la conducta punible por la valoración de la conducta, acentuó el fin resocializador de la pena, que en esencia apunta a que el reo tenga la posibilidad cierta de

recuperar su libertad y reintegrarse al tejido social antes del cumplimiento total de la sanción.

En suma, no es el camino interpretativo correcto, asociar que la sola gravedad de la conducta es suficiente para negar el subrogado de la libertad condicional. Ello sería tanto como asimilar la pena a un oprobioso castigo, ofensa o expiación o dotarla de un sentido de retaliación social que, en contravía del respeto por la dignidad humana, cosifica al individuo que purga sus faltas y con desprecio anula sus derechos fundamentales».

SUBROGADO PENAL - Improcedencia: cuando haya sido condenado por los delitos enlistados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000 / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Requisitos / **LIBERTAD CONDICIONAL** - (Ley 1709): valoración de la conducta punible / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Resocialización del interno: prevalece sobre la gravedad de la conducta/ **JUSTICIA RESTAURATIVA** – Fines / **LIBERTAD CONDICIONAL** - Procedencia: se aplica a un sujeto que recibió una condena, pero del que se concluye que en su caso no es necesario la ejecución, o continuidad de la ejecución de la pena / **LIBERTAD CONDICIONAL**: Obligaciones: garantía, mediante caución prendaria / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: revoca providencia

«De lo expuesto hasta ahora, surgen las siguientes conclusiones:

(i) las consideraciones del a quo sobre la gravedad de las conductas cometidas por R.A.L. son acertadas, pues en su comisión actuó en contravía de las normas cuyo cumplimiento le correspondía acatar y pese a su condición de funcionario judicial y servidor público, antepuso sus propios intereses a los de la sociedad. Y,

(ii) durante su privación de la libertad, el penado ha honrado sus obligaciones ante las autoridades penitenciarias, tanto en el establecimiento carcelario como en su domicilio, actual sitio de reclusión.

Adicional, ha tenido una conducta ejemplar, cuenta con arraigo social y apoyo familiar, mostró arrepentimiento por su falta y redimió pena a través de la educación, lo cual evidencia que el propósito resocializador de la sanción aflictiva de la locomoción y la expectativa de reinserción social del sentenciado, se vienen observando a cabalidad hasta el momento.

Entonces, contrario a lo afirmado por el a quo, como consecuencia de este específico requisito no se muestra necesario que R.A.L. continúe con el cumplimiento total de la pena en prisión.

Luego del examen de cada una de las anteriores exigencias, para la Corte, si bien las conductas punibles ejecutadas son graves, en virtud de lo previsto en el segundo inciso del artículo 4° del Código Penal, según el cual, la prevención especial y la reinserción social son las finalidades que operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión, es dable acceder a la libertad condicional peticionada.

De acogerse la argumentación esgrimida en la providencia recurrida, apuntaría a la imposibilidad de conceder el mecanismo sustitutivo en todos aquellos eventos en que la actuación se siga por delitos contra la administración pública. Precisamente la tipificación de estas conductas como delitos, obedece a ese decoro y reproche que merece a quien se confiere la posibilidad de representar al Estado y que, pese a ello, actúa en contra de la institución a la que sirve.

En ese orden, era imperioso que el juez vigía, hubiese tenido en cuenta, además de lo concerniente a la gravedad de la conducta, el proceso de resocialización del privado de la libertad.

Insistase, el análisis integral revela que, aun cuando se trata de conductas graves, en todo caso, se evidencia que el propósito resocializador de la pena se ha satisfecho, pues es evidente que, sumado a la significativa proporción de la sanción total superada, el comportamiento del reo durante su reclusión permite predicar razonablemente que el cumplimiento total de la condena en confinamiento no resulta necesario.

De los restantes requisitos

Como quiera que la gravedad de las conductas analizadas, aunado a las funciones y finalidad de la pena impuesta, no conducen a la negativa de conceder la libertad condicional en el caso concreto, bastaría entonces confirmar el cumplimiento de las demás exigencias para acceder a dicho subrogado, descritas en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

Sobre el particular, el Juzgado Veinte de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá afirmó que R.A.L.: (i) cumplió las 3/5 partes de la pena impuesta, (ii) cuenta con

calificación de conducta “ejemplar” y resolución favorable expedida por el Consejo de Disciplina del COMEB, (iii) acreditó debidamente el arraigo familiar y social, y (iv) reparó integralmente a la víctima. Todos estos requisitos se corroboran del examen del expediente digital.

En suma, al no estimarse necesaria la culminación de la totalidad de la pena en prisión, sumado a que convergen los requisitos establecidos en el artículo 64 del Código Penal, modificado por el canon 30 de la Ley 1709 de 2014, se revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, se concederá la libertad condicional a R.A.L.».

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados/ **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable/ **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto conoce el valor real del producto y adquiere uno de precio irrisorio/ **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto por su experiencia conocía sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inoculación/ **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No aplica para quien aporta dolosamente a la realización de la conducta/ **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No se configura: si el sujeto tiene sospechas de la ocurrencia del hecho/ **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Consentimiento informado: cubre lo que informa el médico al paciente

La Sala de Casación Penal decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la víctima contra la sentencia, por la cual el Tribunal Superior de Bogotá, al revocar el fallo de primer grado, absolvió a M.H.C.G. de los cargos que le fueron imputados como autor del delito de lesiones personales cometidas con dolo eventual.

La Corte casó la sentencia impugnada y, en consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia, con la modificación oficiosa de fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en seis (6) meses.

Para el efecto, analizó las características del dolo eventual, el cual encontró demostrado a través de, entre otras, la prueba indiciaria, concluyendo que el *ad quem*, incurrió en errores de hecho por virtud de los cuales dejó de reconocer que el galeno procesado sabía que la sustancia inyectada a la ofendida en sus glúteos no era en realidad ácido hialurónico.

SP3006-2022(55593) de 24/08/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. A principios de 2009, el médico M.H.C.G. sugirió a J.E.C.S. -de quien era amigo personal y esteticista de confianza- que se aumentara los glúteos con inyecciones de ácido hialurónico de la marca Hialucorp. Le explicó insistentemente las bondades e idoneidad de la sustancia (diciéndole incluso que él mismo la había puesto en su propio cuerpo) y le ofreció hacerle el procedimiento como una «cortesía» a cambio de publicitar sus servicios profesionales en las redes sociales.
2. La nombrada accedió a la propuesta y, en tal virtud, el 20 de marzo de ese año acudió al consultorio de M.H.C.G., ubicado en Bogotá, con el fin de someterse al referido procedimiento. Este último, sin embargo, no le inoculó ácido hialurónico sino silicona líquida en cantidad de cien centímetros cúbicos (cincuenta en cada músculo).
3. Como consecuencia de ello, J.E.C.S. desarrolló una patología conocida como alojenosis iatrogénica y sufrió lesiones corporales por las cuales se le dictaminó la incapacidad médico legal de veinticinco días con secuelas transitorias de deformidad física en el cuerpo y permanentes de perturbación psíquica.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: funciones en el sistema procesal, delimitar la situación fáctica inmodificable / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

- Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se predica de las actuaciones pre procesales

«Desde el principio del trámite, pues, fue inequívoca la arista subjetiva específica de la sindicación elevada contra CG. La oscuridad que la defensora suplente atribuye ahora a los actos de imputación y acusación (en manifiesta y desleal contradicción con la postura asumida por quien agenció los intereses del nombrado como apoderado principal durante esas audiencias) está objetivamente descartada.

Y aunque es verdad que antes de imputar cargos a MHC la Fiscalía convocó una audiencia de conciliación entre aquél y la víctima (en la que no se llegó a ningún acuerdo), ello no tiene ninguna incidencia en la posterior decisión de procesarlo por una conducta dolosa. De una parte, porque el agotamiento de ese mecanismo compositivo no constituye requisito de procedibilidad de la acción penal sólo respecto de las lesiones personales culposas, como parece entenderlo la abogada, sino también, dependiendo del resultado, en algunos eventos de lesiones dolosas. De otra, y principalmente, porque en todo caso la congruencia (que por demás en su arista jurídica es flexible) no se predica de las actuaciones pre procesales, sino de la imputación, la acusación y las sentencias. De todas maneras, es apenas natural que en una fase tan primigenia del trámite (previa, incluso, al comienzo de la investigación misma) no esté aún decantada con total claridad la modalidad subjetiva del comportamiento denunciado.

[...]

En la primera diligencia, la Fiscalía señaló que las lesiones corporales sufridas por CS son jurídicamente atribuibles al nombrado porque no le inyectó “ácido hialurónico sino biopolímeros”, indicando que “por eso la Fiscalía ha adecuado esto como dolo eventual”. Luego, en la acusación escrita, la conducta típica se hizo consistir, coherentemente con lo anterior, en que el enjuiciado “no le aplicó (a la víctima) el mencionado ácido hialurónico a cambio de ello le aplicó en sus glúteos biopolímeros, lo cual trae consecuencias graves en la humanidad de las personas”. En la verbalización del llamamiento a juicio la funcionaria reiteró que a la ofendida “se le aplicó otra sustancia diferente que le causó esa deformación”.

De lo expuesto se sigue que la denunciada violación del principio de congruencia no ocurrió, pero además, que el hecho discutido ahora por el casacionista no es novedoso; muy por el contrario, le fue comunicado a CG desde el comienzo del proceso como pilar fáctico primordial de la sindicación jurídica que se le hizo. Consecuencia obvia de lo anterior es que esa conducta sí fue analizada por las instancias (y también debatida probatoriamente por la defensa y la Fiscalía)».

LEX ARTIS (LEY DEL ARTE) - Tiene relevancia respecto a la imputación culposa de un comportamiento / **LEX ARTIS (LEY DEL ARTE)** - Establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: marco de delimitación del juicio y del tema de prueba

«La Fiscalía, como quedó visto, atribuyó a CG ser quien causó -con dolo eventual- las lesiones corporales sufridas por CS, específica y concretamente por haberle inyectado en los glúteos una sustancia con el conocimiento de que no era ácido hialurónico.

Definida en esos términos la hipótesis de cargo, y siendo claro que el criterio a partir del cual se pretende la imputación del resultado típico al procesado es, justamente, el dolo eventual, para proferir condena debía verificarse si (i) MHC sabía que el compuesto utilizado en el procedimiento efectuado sobre CS no era ácido hialurónico; (ii) con base en ese conocimiento se representó como probable la ocurrencia de las lesiones investigadas, y (iii) a pesar de esa representación, siguió adelante con su conducta con indiferencia por la materialización de los daños que eventualmente podría ocasionar a la ofendida.

Es ese, y no otro, el concreto debate jurídico y probatorio al que remiten la imputación y acusación formuladas contra el nombrado.

A pesar de lo anterior, en el juicio fueron dedicadas decenas de horas a discutir cuestiones como (i) la idoneidad de CG para realizar el procedimiento (pues aunque es médico de la Universidad Industrial de Santander e hizo estudios de medicina estética en España, el título de postgrado allí obtenido no le fue convalidado en Colombia); (ii) cuáles eran las zonas del cuerpo

y cantidades en las cuales el INVIMA autorizaba la utilización de Hialucorp; (iii) las características y condiciones sanitarias del consultorio en el cual el acusado atendía a sus pacientes; (iv) el título con el cual se anunciaba y ofrecía sus servicios; (v) las irregularidades en el diligenciamiento de la historia clínica de CS y los defectos en la elaboración de su consentimiento informado, y (vi) lo que la práctica médica enseñaba sobre las inyecciones de ácido hialurónico en los glúteos (esto último, a pesar de que lo atribuido al procesado es, precisamente, no haber usado esa sustancia sino otra).

Ninguna de tales circunstancias -a las cuales las partes, se reitera, dedicaron muchas horas del juicio, varios testimonios y buena parte de sus alegaciones en las distintas fases del proceso- atañe al tema de prueba fijado por la Fiscalía.

Es que esos aspectos, en tanto aluden a la ley del arte médica, tienen relevancia fundamentalmente de cara a la imputación culposa de resultados típicos causados por los profesionales de la salud en el ejercicio de su práctica.

En efecto, aquélla - la ley del arte - establece las condiciones y parámetros dentro de los cuales los riesgos derivados de una determinada actividad son permitidos y cuándo devienen desaprobados; en otras palabras, define cuál es el deber objetivo de cuidado exigible en el ejercicio de los diferentes oficios y profesiones (en este caso, la médica), o lo que es igual, fija un “criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”.

Así las cosas, es claro que los extensos debates suscitados en las distintas etapas del trámite respecto de tales cuestiones -sobre las cuales gira la mayoría de argumentos del casacionista, y en las que insisten también los no recurrentes- resultan inanes para discernir si la absolución debe sostenerse o revocarse. De ellos, por consecuencia, no habrá de ocuparse la sala.

Esta contrariedad, no sobra decirlo, fue causada por la propia Fiscalía, la cual, no obstante haber definido en la imputación y la acusación que el cargo concreto formulado contra CG lo es por haberle inyectado a JCS con conocimiento y voluntad una sustancia que no era ácido hialurónico dejando al azar la ocurrencia del resultado típico representado (§ 2.1 y § 2.2), hizo en ambas oportunidades extensa alusión a estas otras circunstancias, quizás al modo de

información contextual. Y aunque ello resulta insuficiente para afectar la validez del trámite (pues de todas maneras, como quedó visto, la sindicación fáctica y jurídica fue clara, la defensa la entendió y se opuso a ella de manera razonada), es evidente que una dirección adecuada y atenta por parte de los jueces de control de garantías y de conocimiento hubiese evitado que el proceso se ocupara de controversias irrelevantes y se dilatara tanto como lo hizo».

DOLO - Clases / **DOLO** - Directo / **DOLO** - Indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Diferente al dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL** - Demostración / **DELITO DE RESULTADO** - Conductas especialmente aptas y conductas neutras: concepto

«En reciente fallo (CJS SP-1680 de 18 de mayo de 2022), la sala realizó las siguientes precisiones que, por su pertinencia al caso acá examinado y en tanto no existen razones determinantes de su revisión, basta simplemente recordar:

"De acuerdo con el artículo 21 del Código Penal, la conducta humana (cuando menos para efectos jurídico-penales) puede ser dolosa, culposa o preterintencional.

El dolo es de tres tipos. El directo, o de primer grado, que se verifica, al decir del artículo 22 siguiente, «cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización». Es el supuesto del individuo que realiza un comportamiento típico sabiendo lo que hace y porque esa es precisamente su voluntad.

Puede ser también indirecto - o de segundo grado o de consecuencias necesarias - si el agente, aunque no quiere lograr un determinado resultado, sabe que éste se seguirá necesariamente de su conducta y aun así sigue adelante con ella. Sucede, por ejemplo, si para causar la muerte a otra persona le lanza una granada con el conocimiento de que en la explosión también fallecerá un tercero que allí se encuentra (cuyo deceso no pretende pero se representa cierto). Esta forma de dolo no está expresamente consagrada en el Código Penal, pero se deriva lógicamente del tenor del artículo 22 precitado. En últimas, la aceptación de un resultado no querido que sin embargo se sabe

seguro (así sea al modo de una consecuencia accesoria para asegurar una finalidad ulterior) consiste básicamente en lo mismo que simplemente quererlo. Una y otra modalidad sólo pueden diferenciarse a partir de una sutileza volitiva que es irrelevante para la caracterización del injusto. En otras palabras,

“[d]entro del dolo directo se incluyen también los casos en los que el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende. Las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía”.

Finalmente, el dolo puede ser eventual. En este caso, el sujeto activo no quiere el resultado típico, pero sabe que puede seguirse como una consecuencia probable de su conducta; aun así, persiste en su comportamiento con total indiferencia o apatía por su posible ocurrencia, es decir, le da igual si sucede o no.

En ese orden, mientras que en la conducta cometida con dolo indirecto o de segundo grado el agente sabe que el resultado no querido se producirá y, aunque no lo desea, lo asume, en el dolo eventual prevé que el resultado no querido es probable, mas no cierto, y sigue adelante con su conducta porque le es irrelevante si se da o no. La diferencia radica, pues, en el pronóstico de probabilidad sobre la configuración del resultado típico y, por ende, en qué es aquello que el individuo asume como consecuencia de sus acciones u omisiones.

Desde luego, es por lo general imposible conocer mediante pruebas directas cuál es la relación cognitiva y volitiva del sujeto con el resultado típico. Salvo que aquél la confiese o la haya comunicado exteriormente mediante manifestaciones susceptibles de incorporación en el juicio, aquella debe deducirse o inferirse de los datos objetivos anteriores, concomitantes y posteriores al hecho acreditados en la actuación. En algunos casos aparece evidente (por ejemplo, cuando la conducta consiste en disparar directamente y a corta distancia un arma de fuego hacia la cabeza de un tercero), pero en otros se requiere un análisis más minucioso de las variables fácticas relevantes.

Similar sucede con el pronóstico de probabilidad o certeza del resultado típico. En algunos eventos, es evidente que la acción u omisión emprendida por el agente habrá de causarlos necesariamente y, por ende, que la conducta cae en el ámbito del dolo directo o indirecto, según el caso (verbigracia, y para reiterar el ejemplo ya usado, cuando se acciona una granada para asesinar a una persona que camina junto a otra). En otros, la predicción de eficacia causal (que debe agotarse desde una perspectiva ex ante) no es tan obvia y, por ende, la distinción probatoria entre el dolo indirecto y el eventual deviene más difusa. A su vez, y como el dolo eventual requiere que el agente haya previsto el resultado como probable (que no simplemente como posible), debe inferirse de los hechos acreditados cuál fue el grado de representación del resultado típico que el agente alcanzó antes de ejecutar su comportamiento. A ese respecto, la Sala ha referido a la utilidad de las reglas científicas y empíricas y de las conductas especialmente aptas y las neutras.

“...la cuestión de si el actor se ha representado como probable el resultado rara vez encuentra demostración directa en el proceso y, por ende, normalmente debe inferirse a partir de sus comportamientos o manifestaciones externas, ora de los hechos objetivos acreditados en la actuación. A tal efecto, resultan útiles las reglas de la experiencia y la ciencia y, tratándose en particular de los delitos de resultado, las nociones de conductas especialmente aptas para provocarlo y conductas neutras, así:

‘... la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupo de conductas —que en adelante serán denominadas “conductas neutras”— debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.

En esta distinción influyen cuestiones muy diversas, como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas o la frecuencia estadística con la que su ejecución

lleva al acaecimiento del resultado. En el caso del homicidio, por ejemplo, pueden citarse como especialmente aptas para causar una muerte conductas como disparar contra el cuerpo de otra persona o hacer explotar una potente bomba en un lugar concurrido. En cambio, otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado, pues, aunque objetivamente pueden ocasionar una muerte, en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización’.

Por supuesto, cada caso debe analizarse con atención a sus particularidades: de un hombre adulto ordinario que causa la muerte a otro de similares características físicas y etarias tras propinarle un puño en el rostro es plausible que no se haya representado ese resultado, pues una agresión como aquélla no es especialmente apta para ocasionarlo. Tal análisis, sin embargo, puede variar si el golpeador resulta ser un boxeador profesional y el ofendido, por ejemplo, un anciano. En igual sentido, si una persona dispara a otra con un arma de fuego en el pecho con el fin de lesionarla pero lo que hace es matarla, difícilmente podrá asumirse como verosímil, ante la especial aptitud de ese acto para quitar la vida, que no se representase la probabilidad del deceso. Pero el razonamiento puede ser distinto si el disparo no lo dirige a torso de la víctima sino a una de sus extremidades, y el fallecimiento se produce por la circunstancia de haberse impactado una arteria”».

INDICIO - Se estructura / **INDICIO** - Apreciación probatoria / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto conoce el valor real del producto y adquiere uno de precio irrisorio / **INDICIO** - Configuración: cuando el sujeto por su experiencia conocía sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inoculación / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - Concepto / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No aplica para quien aporta dolosamente a la realización de la conducta / **PRINCIPIO DE CONFIANZA** - No se configura: si el sujeto tiene sospechas de la ocurrencia del hecho

«[...] la sala advierte que las pruebas practicadas permiten inferir razonablemente que CG sabía que el líquido inyectado a la víctima no era ácido hialurónico. El tribunal entendió que existen dudas sobre si “tenía conocimiento de que la sustancia que estaba aplicando en realidad era

otra” como consecuencia de ciertos errores de hecho en la apreciación de los medios suasorios.

Véase:

En el juicio se indicó que el precio de venta del ácido hialurónico para la época de los hechos oscilaba, según la marca, entre \$700.000 y \$1.000.000 por mililitro o centímetro cúbico. En ello coincidieron los cirujanos ÓTD e IASG, ambos testigos de la Fiscalía. El también cirujano ACCG, quien declaró a instancias de la defensa, dijo que el valor de ese elemento podía variar, de acuerdo con la casa fabricante, entre \$325.000 y \$1.000.000.

Partiendo de la estimación más moderada -esto es, la ofrecida por el testigo de la defensa-, tendría que concluirse que el frasco de 250 mililitros de Hialucorp adquirido por CG para el procedimiento de CS, si en realidad se hubiese tratado de ácido hialurónico, habría tenido un valor cercano (descontando los excipientes) a los \$80.000.000. La cantidad inoculada, de cien mililitros, habría tenido un costo aproximado de \$32.500.000 y la desechada -ciento cincuenta mililitros-, uno de \$48.750.000.

Esto, se insiste, tomando la conservadora estimación efectuada por el testigo de la defensa. De acogerse en cambio las elaboradas (concurrente y contestemente) por los cirujanos TD y SG, tales montos ascenderían, en su orden, a \$175.000.000, \$70.000.000 y \$105.000.000.

Por otro lado, en la vista pública quedó demostrado que MHC adquirió varios frascos de 250 mililitros de Hialucorp en los días posteriores a los hechos pagando \$226.500 por cada uno. De ello dio cuenta CFCR, proveedor oficial del producto, [...]:

Desde luego, ninguna de esas transacciones -en tanto todas ellas fueron realizadas después del procedimiento de CS- corresponde a la adquisición del frasco utilizado en esa ocasión. El comprobante de esa negociación específica no fue aportado como prueba. Y aunque en criterio del censor ello es indicativo de que el compuesto inyectado a la ofendida fue obtenido de un proveedor diferente -es decir, de uno no autorizado-, esa hipótesis no puede darse por cierta porque subsisten varias explicaciones alternativas para la no presentación de dicha factura (para comenzar, su simple extravío).

Lo cierto es que, aun a pesar de no haberse allegado el recibo de esa compra, las pruebas

permiten deducir fundadamente que la sustancia aplicada a CS sí fue adquirida del mismo CFCR y que lo fue, en concreto, el 19 de marzo de 2009. Así se afirma por cuanto (i) la propia asistente administrativa de CG, DMSC, aseguró que aquél no compraba Hialucorp de nadie distinto al distribuidor oficial para Bogotá, esto es, el mencionado CR ; (ii) tanto el enjuiciado como la recién citada SC explicaron contestemente que dicha sustancia se ordenaba, pagaba y recibía en el consultorio máximo veinticuatro horas antes del procedimiento en que habría de utilizarse, pues no tenían donde almacenarla, y; (iii) según el acusado, todo Hialucorp sobrante era siempre y en todo caso desechado, lo cual descarta que a la víctima se le inyectase el remanente de otro paciente.

Siendo así - esto es, dando por cierto, a partir de esos contenidos probatorios, que MHC compró el Hialucorp inoculado a la denunciante de CFCR el día anterior a la intervención, es decir, el 19 de marzo de 2009 -, aparece obvio que el precio tuvo que ser igual (o muy similar) del que canceló cinco días después: \$226.500 por 250 mililitros.

Si cada centímetro cúbico de verdadero ácido hialurónico, en su presentación más económica, tenía para entonces un costo de \$325.000, de lo expuesto en precedencia se sigue que CG obtuvo el líquido usado en CS por un precio 358 veces menor del que esa molécula tenía en el mercado.

Tan marcada diferencia hacía obvio para cualquier persona, y más aún para un profesional de la salud involucrado por varios años en la práctica de la medicina estética, que ese fluido en realidad no era, ni podía ser, ácido hialurónico.

Dicha deducción se ratifica con lo atestado por IASG en el sentido de que el Hialucorp efectivamente era “dimetil polisiloxano, eso es mezcla de silicona”, [...]

De igual modo, con los resultados del examen que se hizo sobre otro frasco de Hialucorp comprado por CG después de los hechos y remitido al Instituto Nacional de Medicina Legal para su estudio, del cual se concluyó así mismo que su contenido “corresponde a silicona”, y de los hallazgos efectuados precedentemente por el INVIMA con ocasión de que “desde el 12 de mayo de 2008, la unidad especializada de la SIJIN... solicitó el análisis de unas muestras de un envase”, con lo cual se estableció “que no era ácido hialurónico”.

A lo anterior podría oponerse -y así lo insinúa la defensora suplente- que, en tanto el propio fabricante del Hialucorp indicaba que su producto sí era ácido hialurónico (presupuesto bajo el cual, de hecho, le fue concedida la licencia sanitaria por la autoridad administrativa competente), CG, siguiendo el denominado principio de confianza, podría haber obrado con la convicción de que así era.

Tal postura, sin embargo, no es de recibo, pues el referido principio -según el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales dentro de su competencia”- pierde entera aplicabilidad si quien lo invoca, “aún sin conocer concretamente el hecho doloso o culposo del tercero, tiene razones para sospechar de su ocurrencia”.

Ante la ostensible diferencia en los precios del verdadero ácido hialurónico y el Hialucorp, la creencia de que uno y otro eran lo mismo no pudo razonablemente haberse suscitado en el procesado; esa realidad necesariamente conducía a sospechar -si no a concluir de plano- que se trataba de compuestos diferentes y, por ende, anulaba cualquier atisbo de confianza que pudiese depositarse en la información ofrecida por el fabricante a ese respecto.

Ello se hace aún más evidente si se considera que ya para 2009, conforme lo explicó el cirujano SG, en el gremio de la medicina estética era ampliamente conocida la existencia en Colombia de un “drama social” derivado de la recurrente utilización de polímeros (entre ellos, la silicona) en procedimientos como el acá investigado. [...]

Estas circunstancias -el conocimiento concreto sobre el uso frecuente de silicio para la realización de procedimientos estéticos, la información generalizada sobre la venta engañosa de compuestos inidóneos para la inoculación y, sobre todo, el irrisorio precio al que obtenía el Hialucorp- negaban a CG toda posibilidad de confiar razonablemente en la información ofrecida por el fabricante de dicha sustancia en cuanto a que era ácido hialurónico, tanto más porque admitió tener «mucha experiencia» en la utilización de esta última molécula y conocía, por consecuencia, su verdadero valor de mercado.

El tribunal dejó de reconocer lo anterior porque cercenó y distorsionó algunos testimonios. [...]

Nótese cómo, en primer lugar, el juzgador colegiado alteró el testimonio de CFCR. Conforme

quedó explicado (§ 3.3.1.1), éste, con apoyo directo en las facturas de venta, indicó que en los días inmediatamente posteriores a los hechos investigados vendió a CG Hialucorp en presentación de 250 mililitros por \$226.500, no \$650.000 (valor que, en todo caso, sería de todas maneras muy inferior al del ácido hialurónico).

[...]

El declarante, entonces, nunca dijo, contrario a lo señalado por el tribunal en manifiesta distorsión de su dicho, que CG pagara \$650.000 por cada 250 mililitros de Hialucorp. Lo aseverado, no sobra insistir, es que él -CR- obtenía el litro de esa sustancia por \$650.000, es decir, a \$162.500 por cuarto, y que -como es obvio- lo vendía más caro para ganar la plusvalía (lo cual aparece coherente con que se lo expendiera al acusado al mayor valor de \$226.500).

Ahora, la corporación también entendió que el precio al cual MHCG dijo comprar el Hialucorp coincide con lo informado en juicio por el cirujano IS al respecto: “el mismo testigo Dr. IS declaró que el Hialucorp se conseguía en el mercado por un valor que oscilaba entre 700 mil y un millón de pesos”.

Pero también acá la alteración de la prueba es evidente, pues este profesional nunca dio una estimación del precio de ese producto. De hecho, expresamente dijo «yo no sé cuánto vale el Hialucorp». Lo que sí afirmó es que “el ácido hialurónico... en ampolla o jeringa de un mililitro en ese momento valía de \$700.000 a \$1.000.000 dependiendo de la casa”.

En todo caso, este argumento del tribunal, a más de apoyarse en una distorsión de la declaración citada, en nada refutaba la elaboración indiciaria que al invocarlo pretendía desestimar: lo debatido no es si CG compró el Hialucorp inyectado a CS por un valor inferior al que se vendía ese producto, sino si lo adquirió por un precio tan bajo que descartaba necesaria y fatalmente cualquier creencia razonable de que fuese verdadero ácido hialurónico.

En suma, para la sala no cabe duda de que MHCG sabía que el fluido introducido en los glúteos de JC no era ácido hialurónico. Esta comprobación habilita dos hipótesis ulteriores alternativas sobre el aspecto cognitivo del comportamiento investigado: o bien el acusado (i) ignoraba qué era la sustancia inyectada a la

ofendida, ora (ii) sabía que se trataba de silicona líquida.

Si lo sucedido es que MHC no sabía qué era la mezcla inoculada a la perjudicada, la representación probable del resultado típico es incontrovertible: es notorio para cualquier persona a partir de la experiencia e intelección común más elemental que la inserción en el cuerpo humano de una sustancia desconocida es especialmente apta para causar lesiones o, incluso, la muerte, máxime en la considerable cantidad de cien mililitros. Inyectar en otro ser vivo un compuesto cuya naturaleza se ignora, que bien puede ser inocuo, pero también resultar tóxico y letal, constituye quizás la más clara descripción fáctica de lo que es «dejar librada al azar» la eventual configuración de un resultado típico.

Con todo, la hipótesis más plausible es que CG no ignoraba cuál era la composición del Hialucorp inyectado a JC, sino que sabía que se trataba de silicio o de algún químico de características análogas.

En efecto, según quedó explicado, para el momento de los hechos era ampliamente discutido en el gremio de la medicina y la cirugía estéticas el uso y venta extendido de polímeros, como el “dimetil polisiloxano” u otros similares, para el relleno corporal (§ 3.3.1.2). El mismo CG admitió saber que ello estaba sucediendo desde su estadía en España. Si se considera además que, de acuerdo con lo dicho por IASG, la silicona líquida “es una sustancia baratísima”, es razonable inferir que el acusado tenía presente que el fluido inyectado a CS (el cual adquirió a un precio, justamente, muy reducido) era silicona o un compuesto parecido».

DOLO EVENTUAL - Demostración / **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable / **DOLO EVENTUAL** - Se configura/
RESPONSABILIDAD MÉDICA - Consentimiento informado: cubre lo que informa el médico al paciente / **RESPONSABILIDAD MÉDICA** - Es una obligación de medio y no de resultado / **LESIONES PERSONALES** - Dolo / **LESIONES PERSONALES** - Demostración / **LESIONES PERSONALES CULPOSAS** - Se configura

«La muy consolidada difusión que para la época había en el gremio médico estético sobre la problemática de la silicona líquida no estaba limitada a su uso en procedimientos como el acá investigado: comprendía también lo relativo a las

graves e incorregibles consecuencias que ello causa a la salud de los pacientes.

[...]

Como se ve, en el juicio quedó probado que varios años antes de los sucesos acá juzgados existía un saber documentado, consolidado y ampliamente difundido sobre la peligrosidad de inyectar silicona como método estético, esto es, sobre la relación causal probable entre la inoculación de esa sustancia y la ocurrencia de lesiones personales o, lo que es igual, sobre la especial aptitud para causar daños en la salud de la introducción de ese líquido en el cuerpo humano (§ 3.1). Y aunque podría alegarse que lo anterior es insuficiente para afirmar con certeza que MHCG estaba al tanto de esa información, cualquier incertidumbre al respecto queda superada por cuanto él mismo admitió contar desde antes con ese discernimiento:

[...]

Siendo así, y a no dudarlo, la decisión de CG de inyectar silicona líquida a CS comprendió la representación de que con ello probablemente le causaría daños personales.

Por supuesto, todo procedimiento médico, por mínimamente invasivo que sea, acarrea para el paciente riesgos que el profesional de la salud, antes de su realización, se ha representado porque los conoce y tiene que conocer; y si esos riesgos se concretan en un resultado típico (de lesiones o muerte), serán indiferentes para el derecho penal en tanto el galeno -cuya obligación es de medio y no de resultado- haya obrado con la diligencia exigible, juzgada con base en la ley del arte, para evitar su ocurrencia. Eso no está en discusión. Lo que sucede es que la conducta acá valorada es ajena a las situaciones de riesgo inherente a la práctica médica porque, según quedó establecido, CG actuó con el conocimiento de estar utilizando una sustancia de cuya especial nocividad estaba al tanto, distinta de la prometida a la paciente y sin habérselo informado, de manera que esa representación probable del resultado se adscribe al dolo eventual y no a los parámetros cognitivos y conductuales corrientes de la práctica médica.

Para la sala no pasa desapercibido que al proceso fue aportada una relación de historias clínicas de algunos pacientes a quienes el sentenciado, entre 2008 y 2009, realizó el procedimiento denominado “rehidratación de glúteos con Hialucorp”, ninguno de los cuales, a su decir, le

manifestó tener padecimiento alguno. Esos antecedentes, como lo presentó la defensa en el juicio, quizás sembraron en CG la confianza de que la sustancia inoculada a CS era segura y, por tanto, le impidieron representarse la probabilidad del resultado lesivo. Sin embargo, tal planteamiento no puede acogerse.

En primer lugar, y principalmente, porque lo probado (§ 3.3.2.1) es que (i) las afectaciones corporales causadas por la silicona líquida no siempre se manifiestan de inmediato y pueden aparecer varios años después de su inoculación y (ii) no todos los receptores de esa sustancia necesariamente sufren lesiones, en tanto hay personas cuyos cuerpos, por sus características de todo orden, no la rechazan con tanta agresividad. Ambas cosas, como también se acreditó, estaban ampliamente documentadas para la época de los hechos y tenía que conocerlas el enjuiciado. En esas condiciones, aún de ser cierto que los pacientes anteriores no exteriorizaron dolencias, ello nada dice sobre el grado de representación del resultado típico que aquél alcanzó.

En todo caso, el azar no es acumulativo. Sabiendo el imputado, como en efecto lo sabía (§ 3.3.2.1), que un porcentaje importante de pacientes inoculados con silicio sufren lesiones corporales graves y permanentes, una racha previa de procedimientos exitosos nada implicaba frente a la representación de la peligrosidad real de su comportamiento.

Y aunque CG también adujo que él mismo se inyectó Hialucorp en los glúteos a finales de 2007 antes de empezar a usarlo en sus pacientes (lo cual, según lo alegó el fiscal delegado ante la Corte, generaría dudas sobre la representación probable del resultado, pues sería implausible que lo hubiese hecho aun conociendo el alto chance de causarse daños), tal aserción quedó desvirtuada de plano con el dicho del distribuidor CFCR, quien, apoyado en las facturas correspondientes, atestó que aquél empezó a comprarle ese producto “desde junio 10 de 2008”. Como el sentenciado, con la corroboración de su asistente administrativa, fue vehemente y enfático en que nunca adquirió Hialucorp de alguien que no fuera el nombrado CR (§ 3.3.1.1), no es posible que haya sido esa misma sustancia (de admitirse que alguna) la que introdujo en su propio cuerpo.

En síntesis, de los hechos demostrados también puede inferirse más allá de toda duda que MHCG

se representó como probable que CS podía eventualmente sufrir lesiones corporales derivadas de la inoculación de silicona líquida en los glúteos. Para efectos de su adscripción en el dolo eventual, no sobra enfatizar, basta con que dicha representación comprenda el resultado típico básico (un «daño en el cuerpo o en la salud»), sin abarcar su calificación. Ello es cierto igualmente del aspecto cognitivo de las lesiones causadas con dolo directo (para cuya verificación basta que el autor conozca que está dañando la salud de un tercero, así no sepa cuál será la calificación pericial de ese perjuicio), pues la valoración posterior de la afectación atañe exclusivamente a la punibilidad de la conducta (no a su configuración)».

DOLO EVENTUAL - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Dejar al azar el resultado que se prevé como probable solo puede evaluarse ex ante, no ex post a las consecuencias de la conducta

«[...] según lo demostrado en la vista pública, se tiene que la ocurrencia o no de lesiones derivadas de la inoculación de silicona líquida depende de circunstancias imposibles de controlar, medir o mitigar por el médico, de manera que está supeditada enteramente al azar.

En efecto, con el dicho del cirujano IAS se estableció que, una vez cierta persona ha recibido silicio en su cuerpo, la aparición o no de afectaciones físicas (y el nivel de su gravedad cuando efectivamente suceden, que puede ir desde simples cambios de coloración de la piel a daños linfáticos, dolor crónico, deformidades severas y necrosis) está supeditada a (i) la cohesividad del compuesto inyectado, lo cual determina el modo en que interactuará con los tejidos, y (ii) las características individuales del sujeto, específicamente las autoinmunes, pues aquéllas derivan, en esencia, del rechazo de ese cuerpo extraño (“todos los organismos van a tener diferentes tipos de reacción, algunos tendrán tolerancia, la gran mayoría tratarán de sacarlo más”). Ninguno de esos dos factores, dijo, se puede “predecir”.

De ello se sigue lógicamente que una vez inyectada esa sustancia, nada puede hacer el profesional para reducir la probabilidad de configuración del resultado típico, mucho menos para anularla. La ocurrencia del daño estará librada, con total independencia de su conducta, a la más pura eventualidad.

Lo expuesto basta para afirmar que CG, al introducir silicona en el cuerpo de CS con el conocimiento de que era tal y habiéndose representado el probable daño a la salud que con ello podía causarle, dejó a la suerte si aquélla lo sufría o no. En otras palabras, asumió con apatía la probabilidad de que la nombrada fuese una de las personas cuyos cuerpos no rechazan esa sustancia de manera agresiva, ora que, en cambio y por estricto albur, estuviese dentro del significativo porcentaje de pacientes que desarrollan condiciones patológicas de mayor o menor gravedad.

Ello, como es obvio, excluye la posible imputación del resultado típico a modo de culpa consciente o con representación, la cual supone que el agente, no obstante haberse representado el resultado típico, “sigue adelante con el curso comportamental negligente porque confía (equivocadamente) en poder evitarlo”. No podría CG haber confiado en truncar la ocurrencia de un daño cuya materialización dependía, se repite, de variables aleatorias imposibles de administrar.

La defensora suplente adujo, al intervenir como no recurrente, que el procesado denunció ante las autoridades lo sucedido tan pronto fue informado por la víctima de sus afectaciones médicas. A partir de ello concluyó que aquél “no dejó librado nada al azar, pues inmediatamente hizo lo que jurídicamente podía realizar”.

Tal argumento no refuta de ninguna manera la conclusión recién esbozada. El elemento de indiferencia o desidia -esto es, de azar, chance o suerte- que configura el dolo eventual refiere a la postura volitiva asumida por el agente respecto del probable resultado típico antes de su ocurrencia. Nada tiene que ver con las medidas que, después de materializado dicho resultado, aquél asuma por cualesquiera razones, y menos aún si ni siquiera apuntan a reducir o mitigar el daño, sino apenas a evitar su repetición futura en otras personas mediante un llamado a las autoridades».

CASACIÓN - Sentencia: la Sala casa la absolutoria del Tribunal, para restablecer la condenatoria de primera instancia

«De acuerdo con lo explicado, y como lo conceptuó con acierto la delegada del Ministerio Público, la sala concluye que el a quo atinó al dar por demostrada la responsabilidad de CG por la comisión del delito de lesiones personales con

dolo eventual. El tribunal, se reitera, llegó a la conclusión contraria como consecuencia de errores de hecho por virtud de los cuales dejó de reconocer que el procesado sabía que la sustancia inyectada a la ofendida no era en realidad ácido hialurónico (lo cual, naturalmente, implicó que no se ocupara del grado de representación del resultado típico y la indiferencia con la cual lo asumió)»

PENA ACCESORIA - Dosificación punitiva: aplica el sistema de cuartos / **CASACIÓN OFICIOSA** - Redosificación de la pena

«La juzgadora de primer grado, con la confirmación silente del tribunal, fijó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión médica en un monto igual -48 meses- de la principal de prisión (cuya ejecución suspendió condicionalmente). Con ello incurrió en un yerro normativo, pues, como lo tiene pacíficamente sentado la sala de tiempo atrás, las sanciones accesorias deben tasarse conforme el sistema de cuartos establecido en el artículo 61 del Código Penal.

El dislate, aunque ninguna de las partes o intervinientes lo haya denunciado, debe corregirse de oficio, pues comportó la irrogación de una inhabilitación profesional significativamente mayor de la que en derecho correspondía.

De acuerdo con el artículo 51 ibidem, la duración de dicha pena accesoria oscila entre «seis (6) meses (y) veinte (20) años». Como la principal se fijó en el mínimo del primer cuarto de movilidad,

lo propio habrá de hacerse con la secundaria, la cual, por consiguiente, se tasará en seis meses.»

COMPULSACIÓN DE COPIAS - Fiscalía: para que investigue por presuntas conductas punibles cometidas

«[...] aunque el ad quem ya dispuso compulsar copias de la actuación contra «AP y AGP titulares del registro sanitario correspondiente al Hialucorp y OJA y WZ, personas encargadas del área comercial de la compañía importadora» -la sala reiterará esa orden para que la Fiscalía, si es que aún no lo ha hecho, tome todas las medidas pertinentes para el esclarecimiento de las responsabilidades a que haya lugar.

También para que, de estimarlo pertinente, se ocupe de investigar la posible responsabilidad de los funcionarios del INVIMA que, en el marco de sus competencias, omitieron librar las alertas sanitarias correspondientes cuando se percataron -desde 2008- de los riesgos para la salud que el uso de dicha sustancia acarrearía para la salud de las personas. Si desde esa época se conocía que el Hialucorp, al cual se le otorgó licencia bajo el presupuesto de ser ácido hialurónico, era en realidad silicona líquida, resulta incomprensible que no se haya lanzado ninguna alarma al respecto (sobre lo cual coincidieron los testigos de ambas partes y quedó demostrado con la información otorgada al respecto por esa entidad), como también que la cancelación de la licencia no se hubiera hecho hasta el año 2011».

ESTAFA - Delito masa: la cuantía se determina por el incremento o beneficio económico que hayan obtenido los sujetos activos del delito y no por la afectación patrimonial que haya sufrido cada una de las víctimas / **ESTAFA** - Puede concursar con enriquecimiento ilícito de particular: requisitos / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad tácito: explicación

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados H.A.B.S. y M.T.A., contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, mediante el cual revocó la sentencia absolutoria

emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, para en su lugar condenarlos en calidad de coautores del delito de estafa en masa agravada, en concurso heterogéneo con el reato de enriquecimiento ilícito de particulares.

En esta oportunidad, la Sala casó parcialmente la sentencia condenatoria de segunda instancia y en su lugar, absolvió a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares. En consecuencia, modificó el fallo, para condenarlos como coautores responsables del delito de estafa agravada en modalidad de delito masa.

Para llegar a la anterior conclusión, la Corte determinó que la Fiscalía no logró acreditar que lo apropiado como consecuencia del delito de estafa en modalidad masa y el incremento patrimonial del enriquecimiento ilícito de particulares corresponden a haberes provenientes de distinta fuente delictiva; por lo que, en el presente caso, existe un concurso aparente de delitos; convergencia que debe resolverse por la senda del principio de subsidiaridad tácito, según la cual habrá de inclinarse por el delito contra el patrimonio económico, que abarca de manera más extensa el injusto

SP2021-2022(54321) de 15/06/2022

Magistrado Ponente:

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En la ciudad de Pereira –Risaralda-, durante los años 2006 a 2009, H.A.B.S. y M.T.A., crearon una sucesión de empresas simuladas, cuyo objeto social principal era la venta de vehículos nuevos y usados; las comercializadoras en apariencia eran exitosas dado que se encontraban en un sector reconocido de la ciudad, contaban con un número plural de trabajadores y poseían un inventario importante de vehículos, lo que condujo a que múltiples personas confiaran en la seriedad y cumplimiento de los contratos que celebraban con la empresa de turno.

2. Motivados por esa apariencia de seriedad, algunas personas entregaron sus vehículos a cambio de uno mejor; otras, dieron sus vehículos para que fueran comercializados o administrados por la compañía de turno; y unos más, entregaron cuantiosas sumas de dinero para adquirir automotor; sin embargo, todos esos contratos fueron incumplidos.

3. Las víctimas, al advertir los incumplimientos contractuales, en algunos eventos insistieron en la entrega del vehículo prometido, otros, solicitaron la devolución del dinero; sin embargo, los propietarios, con el fin de seguir manteniendo en error a los perjudicados, acudieron a variadas estrategias y

excusas, como la utilización de medidas jurídicas dirigidas a evitar el embargo de sus bienes, la utilización de cheques sin fondos, la venta de un mismo vehículo a varias personas y comportamientos amenazantes.

4. Por virtud de tales actividades, los comercializadores obtuvieron provecho económico ilícito en cuantía de cuatrocientos un millón trescientos noventa y cuatro mil doscientos cincuenta pesos (\$401'394.250).

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ESTAFA - Querrela: caso en que no se requiere / **UNIDAD PROCESAL** - Conexidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Interrogatorio al indiciado: no es obligatorio

«[...] debe indicarse que de acuerdo con el principio de unidad procesal, contenido en el artículo 50 de la Ley 906 de 2004 , la regla general es que por cada delito se adelante un proceso penal, -sin importar el número de autores o partícipes, ocurriendo lo mismo frente a las conductas conexas que se deben investigar y juzgar de manera conjunta-; sin embargo, tal premisa contempla excepciones, entre ellas, la conexidad (artículos 50 y 51, ibídem), figura que admite el juzgamiento conjunto de varios delitos de cumplirse ciertas condiciones, como cuando «2. Se impute a una persona la comisión de más de un delito con una acción u omisión o varias acciones u omisiones, realizadas con unidad de tiempo y lugar», y también, cuando «4. Se impute a una o más personas la comisión de uno o varios delitos en las que exista homogeneidad en el modo de actuar de los autores o partícipes, relación razonable de lugar y tiempo, y, la evidencia aportada a una de las investigaciones pueda influir en la otra».

Por lo tanto, en el presente asunto operó la unificación de las investigaciones, en razón a la conexidad existente, debido a que, conforme la teoría de la Fiscalía, se trató de una acción delictiva única con múltiples y reiterativos actos ejecutivos tendientes a la obtención de un solo propósito defraudador, que perduró y se materializó en el tiempo, con fraccionados logros y pluralidad de sujetos pasivos afectados en su patrimonio, por una cuantía global de cuatrocientos ochenta y un millones de pesos (\$481.000.000).

En lo que atiene a que la Fiscalía no recibió interrogatorio a indiciado, pese a que HABS y

MTA así lo solicitaron, basta decir que la Corte de manera reiterada ha señalado que no atender en interrogatorio al indiciado no constituye vulneración de derechos o irregularidad alguna, dado que su realización es optativa, tanto para el Fiscal, como para el indiciado o imputado, pues, no existe una norma que imponga tal proceder, de lo que se sigue que su desarrollo no es presupuesto del debido proceso (CSJ SP5278-2014, Rad. 43490; CSJ SP3657-2016, Rad. 46589; CSJ AP 5589-2016, Rad. 44106; CSJ AP626-2017, Rad. 48042, CSJ AP2025-2020, Rad. 57139).

Lo anterior, básicamente, porque dentro de un esquema de adversarios no se puede forzar a una parte a realizar ninguna actividad investigativa en particular; por el contrario, cada una evalúa sus opciones de cara al éxito de su teoría del caso y así programa metodológicamente las labores (CSJ SP5278-2014, Rad. 43490; CSJ SP3657-2016, Rad. 46589)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: no exige la exhibición de elementos materiales probatorios, evidencia física o informes

«Al respecto, debe indicarse que la Corte, de manera pacífica y reiterada ha señalado que en esa fase preliminar, por regla general, el funcionario investigador no tiene la carga de descubrir los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida, que se encuentren en su poder, por lo que el fiscal debe limitarse a la identificación del imputado, a comunicar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes y a informar, en los términos previstos en la ley, sobre la posibilidad de allanarse a los cargos (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007; CSJ AP5204-2019, Rad. 54814; CSJ SP862-2020, Rad. 56789; CSJ SP2073-2020, Rad. 52227; CSJ SP3988-2020, Rad. 56505, entre otras)».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hechos jurídicamente relevantes: su indefinición genera nulidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la imputación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros para hacerlo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, deber de la Fiscalía de determinarlos, parámetros

para hacerlo / **ESTAFA** - Elementos que se deben determinar en los hechos jurídicamente relevantes

«[...] la imputación del delito de estafa agravada previsto en los artículos 246 y 247 numeral 4° del Código Penal, procede cuando la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluye: a) despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima; b) error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) perjuicio correlativo de otro; e) sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto, que se refleja en daño patrimonial ajeno; y f) que la conducta esté relacionada con contratos de seguros o con transacciones sobre vehículos automotores (CSJ SP3233-2017, Rad. 48279, CSJ SP11839-2017, Rad. 44071).

El examen de los hechos jurídicamente relevantes enrostrados a HABS y MTA en las audiencias de formulación de imputación y acusación, deja en evidencia que, contrario a lo expuesto por el defensor, la Fiscalía sí cumplió con el deber de informarle a los procesados las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron ocurrencia los hechos enrostrados, y circunstanció cada uno de los elementos del tipo penal de estafa agravada en modalidad de delito masa».

IDENTIDAD DEL PROCESADO - Individualización e identificación: demostración / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Identificación e individualización del procesado: presupuesto para formular imputación y acusación, es inocuo estipularla o discutir la plena identidad del procesado en el juicio oral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Identificación e individualización del procesado: su prueba es distinta a la que demuestra la responsabilidad en la conducta penalmente relevante

«En este asunto, debe concluirse que la Fiscalía dio cumplimiento a la obligación contenida en el inciso 1° del artículo 128 de la Ley 906 de 2004, dado que en la audiencia de formulación de imputación y en la acusación identificó plenamente a los procesados con sus nombres completos, números de identificación, fecha de nacimiento, edad, nombre de los padres, estado civil, grado de escolaridad y ocupación, por lo que no se incurrió en la irregularidad demandada».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Defensa técnica: Defensor de oficio / **DERECHO DE DEFENSA** - No se vulnera: cuando el defensor de confianza es reemplazado por un defensor de oficio ante la no comparecencia de aquél / **DEFENSA TÉCNICA** - No se vulnera / **JUEZ** - Deberes: rechazar maniobras dilatorias o manifiestamente inconducentes, mediante el rechazo de plano

«[...] el examen de la actuación procesal da cuenta que la audiencia de formulación de imputación se llevó a cabo el 11 de mayo de 2011, y la preparatoria sólo finalizó el 16 de octubre de 2015, es decir, más de 4 años después, dado que, aun cuando el juzgado fijaba varias fechas para su realización, en la mayoría de las veces la bancada de la defensa solicitaba el aplazamiento de la diligencia.

[...]

El anterior recuento procesal obliga concluir que la abogada de oficio adelantó una adecuada actividad defensiva, llevando a cabo actos positivos de gestión en pro de los intereses de los procesados, por lo que la violación al derecho a la defensa técnica, demandada por el impugnante, es inexistente.

Además, olvida el censor que las maniobras dilatorias deben ser rechazadas de plano, tal cual lo dispone el numeral 2º del artículo 139 de la Ley 906 de 2004, en cuanto, le impone un deber especial al juez, consistente en «2. Evitar las maniobras dilatorias y todos aquellos actos que sean manifiestamente inconducentes, impertinentes o superfluos, mediante el rechazo de plano de los mismos».

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES - Elementos que se deben determinar en los hechos jurídicamente relevantes / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Elemento normativo (incremento patrimonial no justificado): demostración / **ESTAFA** - Concepto de provecho ilícito / **ESTAFA** - Elementos: nexos causal, entre la obtención del provecho ilícito y la inducción o mantenimiento en error / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Concepto / **ESTAFA** - Puede concursar con enriquecimiento ilícito de particular: requisitos / **ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES** - Bien jurídico tutelado / **CONCURSO APARENTE DE TIPOS** - Principio de subsidiariedad tácito: explicación

«El artículo 327 del Código Penal tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, de la siguiente manera: «El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión...».

La imputación de este delito procede cuando la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes incluye: (a) obtención de un incremento del patrimonio propio o ajeno; (b) la no justificación del incremento patrimonial; (c) que ese incremento patrimonial no justificado sea consecuencia de una actividad delictiva antecedente, del mismo sujeto u otro; y (d) cuando la actividad ilícita es cometida por un tercero, basta que el sujeto haya tenido conocimiento del origen ilícito de los recursos.

[...] la Fiscalía no precisó de qué forma los procesados obtuvieron un incremento en su patrimonio o en uno ajeno, pues, el que se hayan hecho transacciones bancarias por más de \$11.000.000.000 no implica, per se, que en ese valor se hubiese aumentado su peculio. Y, tampoco determinó que el aumento patrimonial hubiese sido como consecuencia de una actividad delictiva antecedente, en contrario, refirió que se derivaba de la comercialización de vehículos, labor que, en principio, es lícita.

Tal omisión no solo conspiró contra la claridad que debe caracterizar este acto procesal, sino que, impidió conocer el componente fáctico de ese específico cargo, lo que generó que el Tribunal condenara a los procesados por dos delitos diferentes, con base en mismo suceso fáctico.

[...]

Como se ve, el Tribunal terminó por amalgamar el elemento normativo concerniente a la obtención del provecho ilícito en el punible de estafa, con el incremento patrimonial injustificado exigido en el reato de enriquecimiento ilícito de particulares, para luego concluir que se encontraban acreditadas las dos conductas punibles de manera autónoma, pese a que la imputación fáctica solo daba cuenta del incremento del patrimonio de los implicados, con ocasión de las estafas que cometieron en la compra y venta de vehículos automotores.

[...]

Con esa comprensión, se tiene que, en este caso, la fiscalía no logró acreditar que lo apropiado como consecuencia del delito de estafa en modalidad masa y el incremento patrimonial del enriquecimiento ilícito de particulares en la suma de \$401.394.250, corresponden a haberes provenientes de distinta fuente delictiva; todo lo contrario, el Tribunal encontró y condenó a los implicados por este último reato luego de considerar que el incremento patrimonial del delito de enriquecimiento ilícito de particulares se derivaba «única y exclusivamente» de las apropiaciones obtenidas por medio de la comisión del delito de estafa agravada en la modalidad de delito masa, bajo la aparente compra y venta de automotores.

Por lo tanto, en el presente asunto existe un concurso aparente de delitos, dado que el provecho económico obtenido y el incremento patrimonial provienen de la misma fuente, a tal punto que no pueden escindir -el delito de estafa agravada en modalidad de delito masa-; convergencia que debe resolverse por la senda del principio de subsidiaridad tácito, porque en el marco de interferencia o intersección parcial de sus elementos normativos existiría una suerte de nexo instrumental que habría de inclinarse por el delito contra el patrimonio económico, que abarca de manera más extensa el injusto (CSJ SP20949-2017, Rad. 45273)».

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Prescripción / **ACTOS SEXUALES**

CON MENOR DE 14 AÑOS - Agravado:

prescripción / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales /

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE

RESISTIR - Se configura: evento en que el sujeto activo aprovechó su condición de líder espiritual / **DELITOS SEXUALES** - Víctima:

desarrolla respuestas emocionales diferentes / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS**

- Agravado: se configura, cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza

Al resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de A.A.P., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó con modificaciones la condena emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, declarándolo responsable de los delitos de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado, ambos en concurso homogéneo y sucesivo, la Corte Suprema de Justicia concluyó que, las críticas expresadas por el demandante son infundadas.

En consecuencia, la Sala no casó la sentencia impugnada, al encontrar que, el *ad quem* no

vulneró el principio de congruencia, ya que, no desbordó el marco fáctico fijado por la Fiscalía, ni en la imputación, ni en la acusación, y tampoco se configuró la prescripción de la acción penal para los delitos por lo que fue condenado.

Además, la Corte no advirtió error en la valoración probatoria efectuada en segunda instancia, ya que, analizados los testimonios recaudados, especialmente el de las víctimas, es acertado afirmar que el procesado desplegó una serie de técnicas de control que colocaron en incapacidad de resistir a A.M.G.A. para accederla carnalmente. Y tampoco, existen elementos que permitan demeritar la credibilidad del testimonio de B.P.A.; pues de manera precisa detalló y circunstanció los tres eventos en los que A.A.P. realizó tocamientos de contenido erótico- sexual.

Al respecto, la Sala clarificó la forma cómo deben valorarse las declaraciones de las víctimas de delitos sexuales, puntualizando que estas pueden tener respuestas emocionales diferentes, sin que ello demerite el valor probatorio de su dicho.

SP2211-2022(54304) de 29/06/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el año 1997, M.F.A. acudió con sus hijas A.M.G.A. y B.P.A., de 10 y 4 años,

respectivamente, a la iglesia Cristiana H, ubicada en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), en la que A.A.P. era pastor.

2. Dada la buena relación que se forjó entre M.F.A. y el pastor A.A.P., las dos familias compartieron vivienda desde 1998, aproximadamente. Los costos de sostenimiento del hogar y las necesidades de sus integrantes, incluidos los gastos educativos, fueron asumidos por el pastor, quien además tomaba las decisiones importantes en el hogar.

3. A partir del año 2003, M.F.A. y sus hijas se mudaron a una casa cercana a la del pastor, pero el vínculo existente entre las dos familias se mantuvo intacto; al paso que A.M.G.A. y B.P.A., frecuentaban el hogar del pastor y las dos familias compartieron paseos, fiestas y almuerzos, cuyos gastos eran sufragados integralmente por A.A.P., quien para esa fecha ya había sido ascendido al grado de «apóstol». Además, las menores se vincularon con la iglesia, por medio de clases dominicales, la escuela bíblica, el ministerio musical y el grupo de jóvenes, por lo que pasaban gran parte de su tiempo allí.

4. Durante todo ese periodo, A.A.P., se convirtió en la figura de autoridad del hogar; y en el caso de A.M.G.A., era quien le otorgaba los permisos para salir y autorizaba las personas con las que podía generar amistad. Además, al ser considerado como el «enviado de Dios», no podía ser cuestionado ni contrariado.

5. A.A.P., aprovechó la figura de «apóstol» y «enviado de Dios» de la que estaba investido, así como el sometimiento religioso de A.M.G.A., para realizarle tocamientos en su cuerpo y en la vagina cuando contaba con 13 años. Con el tiempo, y cuando tenía 17 años, los abusos incluyeron penetración vaginal, primero con el dedo y luego con el pene. Prácticas que se extendieron hasta el año 2006, cuando A.M.G.A. contaba ya con 20 años.

6. En el año 2006, el pastor A.A.P., se valió de la figura de autoridad que representaba para B.P.A., quien tenía 12 años, para hablarle de sexo, tocarle sus piernas, comprarle ropa interior seductora y trajes de baño que le hacía modelar.

7. A finales de ese año, A.A.P., conminó a B.P.A. para que se bañara desnuda con la hija de él, a lo que ésta accedió, con el convencimiento de que estaban solas, no obstante, se percató que aquél las estaba espiando.

8. Así mismo, el pastor efectuó tocamientos de carácter libidinoso a B.P.A.; la primera vez, en octubre de 2006, cuando aquélla tenía 12 años. El segundo evento se presentó a los pocos días en la casa del pastor, mientras veían televisión junto con la hija de A.A.P. Y una tercera situación se desarrolló a principios del año 2007, cuando tenía 13 años y estaba en la oficina de A.A.P.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Concepto: garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa, en su componente de contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia fáctica y personal es absoluta / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Congruencia personal, fáctica y jurídica: la congruencia jurídica es relativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: desconocimiento, pronunciarse en la sentencia sobre cargos no incluidos en la acusación (incongruencia positiva o por exceso) / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: desconocimiento, no pronunciarse en la sentencia sobre cargos incluidos en la acusación (incongruencia negativa u omisiva)

«[...] la incongruencia puede presentarse de forma positiva o por exceso, cuando el juez decide más allá de lo delimitado en la acusación, desbordando el marco fáctico o jurídico; y, en forma negativa, omisiva o por defecto, en los eventos en los que el juez omite pronunciarse de forma total o parcial sobre los cargos formulados en la acusación.

Así, es claro que el marco fáctico, cuyo núcleo esencial debe permanecer invariable entre la imputación, acusación y sentencia, demanda de los fiscales una adecuada construcción de los hechos jurídicamente relevantes, pues constituyen el aspecto medular del proceso y delimitan el objeto de la imputación y de la acusación.

En ese sentido, ha sido reiterada la jurisprudencia al señalar que, en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes, que determinarán la congruencia fáctica, es imprescindible que:

«(i) se interprete de manera correcta la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal verifique que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) se establezca la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación -entendida en sentido amplio-, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación (CSJ SP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599; CSJSP, 08 Marzo 2017, Rad. 44599, CSJ SP1271-2018, Rad. 51408; CSJ SP072-2019, Rad. 50419; CSJ AP283-2019, Rad. 51539; CSJ SP384-2019, Rad. 49386, entre otras)».

Empero, sólo la modificación sustancial del núcleo esencial de los hechos jurídicamente atribuidos al procesado puede generar un quebranto al principio de congruencia, pues si de lo que se trata es de evidenciar yerros en su construcción, el problema se relaciona con la violación del debido proceso y el derecho de defensa.

[...]

Si bien, el representante de la Fiscalía generó confusión en la exposición del marco fáctico de la actuación, tanto en la formulación de imputación como en el acto de acusación, al expresar que los hechos objeto del proceso se limitaban a tres episodios ocurridos en julio, octubre y diciembre de 2006, lo cierto es que en su amplia exposición detalló y circunstanció todos los episodios en los que A.M.G.A. fue agredida sexualmente desde que contaba con 15 años (año 2001) y hasta los 20 años (8 de diciembre de 2006) y, no como un acto de contextualización, sino como una verdadera narración de los hechos jurídicamente relevantes que delimitarían el debate probatorio, lo que le permitió a la defensa conocer tales hechos.

En efecto, así lo comprendieron las partes y de acuerdo con ello ejercitaron la actividad probatoria, en donde no sólo se ventilaron los encuentros sexuales sostenidos entre el procesado y A.M.G.A. en julio, octubre y diciembre de 2006, sino que abarcaron las

relaciones interpersonales y prácticas sexuales sostenidas entre ellos desde el año 2001, cuando las caricias se convirtieron en accesos carnales, hasta el 8 de diciembre de 2006, cuando se presentó el último acceso carnal».

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR – Prescripción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prescripción: interrupción del término, con la formulación de la imputación / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: prescripción / **PRESCRIPCIÓN** - No se configura

«4.3.1 Respecto de los eventos que tuvieron lugar en los años 2001 y 2003, la norma aplicable era el artículo 207 de la Ley 599 de 2000, cuya pena máxima estaba fijada en 180 meses (15 años).

De acuerdo con ello, la acción penal, por los hechos del año 2001, prescribían en 2016 y los ocurridos en 2003, lo harían en 2018; sin embargo, a voces del inciso 1° del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, el término prescriptivo se interrumpió el 15 de septiembre de 2015 con la formulación de imputación, por lo que la acción penal estaba vigente.

Lo que también ocurrió al momento de emitirse el fallo de segunda instancia, pues según lo establece el mismo artículo, a partir de la formulación de imputación, el término se reanudó por la mitad del anterior, esto es, por 90 meses (7 años y 6 meses), el que se cumpliría el 15 de marzo de 2023. Razón por la cual, el reproche del recurrente es infundado.

4.3.2 Frente a los hechos que tuvieron lugar en diciembre de 2006, la norma aplicable era el artículo 207 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 (vigente a partir del 1° de enero de 2005), cuya pena máxima estaba fijada en 270 meses de prisión (22 años y 6 meses).

Y en este caso, como la pena máxima supera los 20 años, el término prescriptivo equivaldría a dicho guarismo, según lo señala el inciso 1° del original artículo 83 de la Ley 599 de 2000; razón por la que la acción penal, antes de formularse imputación prescribe en diciembre de 2026.

Ahora, el inciso 1° del artículo 86 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dispone que con la formulación de imputación se interrumpe la prescripción en la

mitad del término previamente indicado, sin que sea superior a 10 años y, como en este caso, tal acto procesal se llevó a cabo el 15 de septiembre de 2015, a partir de esa data se reinició el conteo por 10 años, pues la mitad de la pena máxima señalada para el punible en estudio equivale a 135 meses (11 años y 3 meses). Así las cosas, el Tribunal tenía hasta el 15 de septiembre de 2025 para emitir la sentencia de segunda instancia (acto con el que se suspende el término de prescripción), fecha que aún no ha acaecido.

4.3.3 Igual situación se predica respecto de las conductas de actos sexuales con menor de 14 años agravado, de las que fue víctima B.P.A., pues éstas se focalizaron en tres eventos ocurridos entre octubre de 2006 y comienzos de 2007, por lo que las normas llamadas a regir el caso eran los artículos 209 y 211-2 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sin tener en cuenta el aumento punitivo introducido por la Ley 1236 de 2008, ni la Ley 1154 de 2007 que adicionó el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, pues no estaban vigentes para la fecha de ocurrencia de los hechos.

De ahí que el marco punitivo fijado para la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en este caso, oscila entre 64 y 135 meses, lo cual arroja un término de prescripción de 11 años y 3 meses; por ello, como los eventos tuvieron lugar entre octubre de 2006 y se extendieron hasta principios de 2007, los primeros hechos prescribirían en enero de 2017, sin embargo, como la audiencia de formulación de imputación se celebró el 15 de septiembre de 2015, con tal acto se interrumpió el término prescriptivo.

Reanudado el conteo, a partir de dicho acto procesal, por la mitad del quantum fijado anteriormente, esto es, 5 años, 7 meses, 15 días, la prescripción tendría lugar el 30 de abril de 2021, no obstante, el fallo de segundo grado fue proferido el 25 de julio de 2018, con lo que es claro que en este caso tampoco acaeció la prescripción.

Así las cosas, el cargo segundo de la demanda instaurada por la defensa de AAP es infundado»

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Incapacidad de resistir: demostración / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: víctima, en delitos propios de cometerse en privado, delitos sexuales /

TESTIMONIO - Apreciación probatoria, para determinar la credibilidad del relato de la víctima / **TESTIMONIO** - Del menor: víctima de delitos sexuales, valoración en conjunto con los demás medios probatorios / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura: no se acreditan los errores de apreciación y valoración en los que incurre el fallador, los cuales recaen sobre el cuerpo fáctico de los medios de prueba / **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR** - Se configura: evento en que el sujeto activo aprovechó su condición de líder espiritual

«[...] en lo que atañe a las críticas referidas al fundamento de la condena emitida en contra de AAP por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, del que fue víctima A.M.G.A., la Sala no encuentra error en el razonamiento del Tribunal ni en las conclusiones probatorias plasmadas en la sentencia cuestionada.

Tal ilicitud se configura cuando el sujeto activo accede carnalmente a una persona colocándola en alguno de estos tres estados: i) en incapacidad de resistir, ii) en estado de inconsciencia o, iii) en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento. Situaciones que son creadas por el actor con el propósito de «menoscabar la capacidad de autodeterminación de la víctima ora porque no alcanza a comprender la relación o no tiene capacidad cognitiva para asentir libremente en su realización».

De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, y siguiendo la línea trazada por esta Corporación, en el sujeto pasivo que se encuentra en incapacidad de resistir «su voluntad (...) se halla dominada por la fuerza irresistible o por la insuperable coacción que le ha sido impuesta por el sujeto agresor».

Voluntad doblegada a partir de acciones creadas por el victimario, pues cuando se trata de un estado inmanente al sujeto pasivo, que es aprovechado por el sujeto activo para la satisfacción de sus deseos lúbricos, el legislador previó un escenario diferente [...]

En este caso, la Fiscalía atribuyó a AAP la conducta en comento, por haber colocado a A.M.G.A., en un estado de incapacidad derivado de un sistemático adoctrinamiento religioso, lo que le impidió disponer sobre su libertad e integridad sexual. Y aun cuando el impugnante

expresó que tal estado no fue demostrado, lo que arroja la valoración conjunta de la prueba es una realidad diferente.

Reprochó el demandante la ausencia de un examen físico que demostrara la agresión sexual sufrida por A.M.G.A., sin embargo, esta crítica resulta inane si se tiene en cuenta que el último hecho objeto del proceso data del año 2006 y que la denuncia se interpuso en el año 2014, de suerte que ninguna capacidad probatoria idónea tendría un examen físico para determinar, en este caso, la existencia o no de contactos sexuales antiguos.

Además, que no se contara en el debate probatorio con una valoración psicológica cercana a los hechos, no sólo es una exigencia desmedida, si se tiene en cuenta el tardío proceso de revelación que tuvo la víctima, sino que desconoce que en la valoración psicológica efectuada por la psicóloga adscrita a Medicina Legal, CJR fueron valorados aspectos de la personalidad, las condiciones psicosociales en que se desarrollaron las agresiones sexuales y las implicaciones que ello tuvo en la víctima. Todas situaciones que contribuyen en el análisis de los hechos.

Ahora, es cierto que la única prueba que revela las circunstancias temporales, modales y espaciales de cómo se materializaron los hechos, es la versión rendida por A.M.G.A., situación que no es extraña en la práctica judicial, pues esta clase de delitos usualmente se desarrollan en la clandestinidad, lo que impide contar con abundantes medios de convicción, haciendo imperioso acudir al testimonio de la víctima, el que, en todo caso, ha señalado la Sala, debe ser apreciado conforme con los criterios contenidos en los artículos 380 y 404 del C.P.P., para así hacer una corroboración periférica de los hechos.

En este caso, la valoración conjunta de las pruebas permite extraer datos que contribuyen a otorgar credibilidad al dicho de A.M.G.A., tal como la inexistencia de razones para mentir, pues el inculpado no sólo fue su soporte económico y moral, sino que le brindó dentro de la congregación religiosa un reconocimiento público, por lo que un señalamiento en su contra podría representarle mayor rechazo entre su círculo social y religioso que un verdadero apoyo.

Además, mentir frente a tan graves sindicaciones no sólo representaba para ella una ruptura de su modelo de creencias religiosas sino el

distanciamiento, rechazo y señalamiento de toda una congregación, de la que, además, hacía parte su familia, incluida su progenitora, tíos, hermanos y esposo; carga que no se compadece con una supuesta utilidad económica, como indica el recurrente.

Contrario, a lo expuesto por el demandante, el relato de A.M.G.A. sobre los hechos ocurridos desde su adolescencia y hasta cuando cumplió 20 años, fue claro, coherente, detallado y su dicho permaneció invariable en las diferentes salidas procesales, siendo constante en señalar que AAP, quien no sólo era su pastor en la iglesia cristiana, sino una figura en quien confiaba y creía ciegamente, le brindó un espacio de familiaridad y valiéndose de ello y del continuo adoctrinamiento religioso doblegó su voluntad para que permitiera que inicialmente tocara sus partes íntimas, con el tiempo, tales tocamientos evolucionaron a accesos vía vaginal con sus dedos, culminando con la penetración de su pene, hasta volverse una «rutina», en la que dialogaban, se desvestían y consumaban la relación sexual.

Ahora, que, la práctica sexual no fuera resistida por A.M.G.A., no implica que se tratara de una acción consentida, como pretende establecerlo el recurrente, pues un detallado análisis de los hechos precedentes indica que A.M.G.A., se encontraba en un estado de vulnerabilidad, producto de un sometimiento psíquico enervante de su libertad para disponer de su sexualidad.

5.3.1.1 Con razón, los psicólogos OSC y CJR, esta última adscrita al Instituto Nacional de Medicina Legal, consideraron que los hechos tuvieron lugar en un contexto de manipulación diseñado por el acusado, bajo técnicas de persuasión coercitiva para someter a A.M.G.A. bajo su voluntad, generando una «conciencia modelada y manipulada».

Al respecto, destacó la perito CJR que en A.M.G.A. destaca un «contexto clínico de las técnicas de control de conductas que forman parte de elementos de manipulación», en tanto que se evidenció el abordaje de AAP a A.M.G.A. desde que era adolescente, normalizando los actos sexuales y posteriores accesos carnales, valiéndose de algunas estrategias coercitivas o técnicas de control como: i) el liderazgo y poder religioso, que representaba para ella y su familia; ii) el temor de desobediencia al líder religioso; iii) la vulnerabilidad de la víctima, carente de una estructura familiar y la división allí generada; iii)

control sobre el tiempo y las relaciones personales de la víctima y su núcleo familiar; iv) dependencia económica; y, v) mengua de la autoestima.

[...]

Así, pese a que la víctima no se encontraba físicamente encerrada o asilada, como lo advirtió la psicóloga de la defensa AVM, lo cierto es que de acuerdo con las pruebas, el acusado controlaba el entorno en el que se desarrollaba A.M.G.A. y limitaba sus interacciones a un espacio de su exclusivo dominio para anular la identidad de la víctima con incidencia en su sistema de respuesta emocional, conductual y cognitivo, pues no de otra forma, la idea de «contaminación» con el mundo externo no había surgido en la víctima.

Además, la ruptura de la unidad familiar propiciada por el acusado, tal como lo describieron A.M.G.A., B.P.A. y MFA, impidió que la primera contara con una red de apoyo.

5.3.1.1.2 Otra estrategia de control identificada por la perito CJR y que tiene amplio respaldo en las pruebas practicadas en juicio se relaciona con el miedo. Sentimiento que estaba presente en el colectivo que integraba la iglesia H y del que dieron cuenta testigos como B.P.A., JJBO, JV, MFA y A.M.G.A.

En similares términos dichos testigos narraron cómo el acusado, investido con la dignidad de «apóstol», predicaba, apoyado en textos bíblicos, que al «profeta» (ministerio del que también estaba investido) no se le podía contradecir, pues era el «hombre que Dios utiliza acá en la tierra para hablarle a sus hijos» ; y, en apoyo de esa manifestación les recordaba a sus feligreses que en el Antiguo Testamento existían pasajes en los que la furia de Dios se hacía evidente en contra de quienes hablaron mal de Moisés o lo desobedecieron.

[...]

Aunado al sentimiento de miedo, la psicóloga CJR destacó la estrategia de culpa empleada por el acusado sobre A.M.G.A., lo que la Sala no sólo evidenció en el señalamiento efectuado por la testigo respecto de las consecuencias que se podrían generar sobre su vida en congregación y la de su familia si revelaba lo ocurrido, sino en la creación de sentimientos generada por el acusado para prolongar la relación completamente asimétrica y de dominio.

[...] evidencia la Sala que se verifica la estrategia de control derivada de la expresión contingente de amor y la deconstrucción de la personalidad, lo que en principio permitiría creer que no existió vicio en el consentimiento dado por A.M.G.A., para sostener relaciones sexuales con el acusado; sin embargo, lo que ha descrito la psicología CJ es que se trata de una verdadera estratagemata en la creación de una «realidad» distorsionada.

En ese sentido, situaciones como las que destaca el demandante, consistentes en que A.M.G.A., expresó que mientras sostenía relaciones sexuales con el acusado, deseaba que éste le diera un beso, no es producto de un sentimiento libre y de una expresión natural de amor, sino que responde al escenario en el que se generaban esos encuentros y a la vulnerabilidad psicológica en la que se encontraba la víctima.

Técnicas de control, que en el caso de A.M.G.A. pudieron desarrollarse en el contexto hiper religioso en el que se formó desde su infancia, sumado a la vulnerabilidad en la que se encontraba, a partir del abandono del padre y de una familia desunida, donde la única figura de cohesión y liderazgo era el pastor, quien no sólo era visible desde el púlpito, sino en su hogar.

[...]

Así, AAP, aprovechó esa vulnerabilidad en la que se encontraba la menor, para moldear su conducta, desde la infancia, usando la confianza que le otorgó la madre y, en especial, la religión y la figura de autoridad de la que estaba investido para doblegar una «mente débil» y manipularla progresivamente para anular su voluntad.

5.3.1.1.5 Sumado a lo anterior, los cuestionamientos efectuados por el censor, referentes a que A.M.G.A., continuó con su vida como si no hubiese sido víctima de ninguna conducta de índole sexual y que incluso compartió en repetidas ocasiones con el acusado y su familia, aún mucho después del último encuentro sexual, no deslegitima la situación de incapacidad psicológica en la que se encontraba la víctima para consentir las relaciones sexuales, pues como ella misma lo narró, al ver que nadie escuchó al sobrino del pastor cuando lo confrontó, decidió controlar el «espíritu jezabélico» que tenía, le pidió perdón a Dios y «yo dije en mi mente, eso no pasó y lo bloqueo y dije: eso es algo que yo me imaginé y no pasó y ya y lo dejé metido en mi subconsciente y seguí como si nada» .

Explicación que no sólo es razonable, sino que responde a una respuesta de defensa emocional que válidamente las víctimas de una conducta sexual pueden asumir, razón por la cual no genera duda una circunstancia como la de que A.M.G.A., permitiera que su agresor fuera quien oficiara su matrimonio, en tanto que al desligarse de esa realidad, ninguna extrañeza generaría que su pastor, líder espiritual, protector y allegado a la familia oficiara el rito.

5.3.1.1.6 Tampoco advierte la Sala que la tardía revelación de los hechos, ni las circunstancias que la rodearon desdibuje el adoctrinamiento al que fue sometida A.M.G.A. y que doblegó su voluntad para consentir las relaciones sexuales sostenidas con el procesado, como lo señaló el censor, por el contrario, son indicativas de tal estado.

[...]

Tal como lo explicó la psicóloga CJR, el silencio que mantuvo A.M.G.A., se rompió cuando contó con una red de apoyo que la rodeó, pues como la misma víctima explicó, para el momento en que decidió contar todo, estaba casada y su esposo fue muy comprensivo con la situación; además, ya no dependía económicamente de AAP, estudiaba, trabajaba y aunque seguía integrando la iglesia H, su asistencia era menor, de suerte que los elementos de control ya no eran tan significativos en la vida de la víctima.

[...]

Corolario de lo anterior, no encuentra la Sala errado el razonamiento expuesto por las instancias ni advierte que incurrieran en un error en la apreciación de las pruebas ni en su valoración para dar por demostrado que AAP desplegó una serie de técnicas de control que colocaron en incapacidad de resistir a A.M.G.A. para accederla carnalmente».

DELITOS SEXUALES - Víctima: desarrolla respuestas emocionales diferentes / **ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: se configura, cuando el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

«En este caso, contrario a lo afirmado por el demandante, no existen elementos que permitan demeritar la credibilidad del testimonio de B.P.A.;

por el contrario, concurren circunstancias que evidencian la uniformidad, coherencia y logicidad en su relato, pues de manera puntual detalló y circunstanció los tres eventos en los que AAP realizó tocamientos de contenido erótico- sexual.

Se expresó en líneas precedentes que B.P.A. narró la forma en que AAP, valiéndose de la figura de jefe de hogar y de líder espiritual, se acercó a ella después de la menarquia y con un sorprendente cambio en su trato diario, empezó a crear espacios de confianza en los que le hablaba de sexo y se mostraba más cariñoso de lo habitual. Cambio comportamental que también fue advertido por MFA, progenitora de la víctima.

[...]

Contrario a lo señalado por el opugnador, las conductas de contenido sexual padecidas por B.P.A., en su adolescencia sí generaron repercusiones emocionales, pues no sólo lo advirtió la psicóloga CJ, al detallar el respaldo afectivo de su relato, el que valga decirlo también se apreció en el desarrollo del juicio, sino que la misma víctima fue clara en señalar que a partir de esos hechos se generaron en ella dudas sobre la «existencia de Dios» y dejó de practicar la religión cristiana que antes predicaba con mucha convicción.

[...]

Ahora que el demandante, apoyado en la declaración de la psicóloga AVM, estime que demerita la credibilidad al testimonio de B.P.A., el hecho que desde 2006 hasta 2014 mantuvieran permanente contacto con su victimario y que desarrollara su vida con total normalidad, al punto que muy joven se graduó de derecho, constituye un sesgado análisis del comportamiento humano y desconoce que las víctimas de conductas sexuales desarrollan respuestas emocionales diferentes; pues, así como algunas pueden entrar en estados depresivos, otras logran actuar con resiliencia, caso este último que la psicóloga CJ advirtió al valorar a B.P.A.

[...] estima la Sala que la alegada motivación económica de B.P.A., para denunciar estos hechos, no se compadece con la respuesta emocional observada en la víctima, ni las consecuencias adversas generadas en su contra y la de su familia por atreverse a denunciar estos hechos; pues, como A.M.G.A. lo indicó, cuando la

congregación conoció estas denuncias, fueron señaladas de querer dañar a la iglesia».

ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE

MENORES - Elementos: no exige su ejecución en un lugar de comercio destinado a tal fin / **ERROR DE TIPO** - Configuración: implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal / **TESTIMONIO** - Retracción: por sí misma no destruye las afirmaciones anteriores

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los procesados R.A.Q.V. y J.H.V., contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que los condenó como coautores del delito de estímulo a la prostitución de menores.

En esta oportunidad, la Corte no casó la providencia impugnada al concluir que, aparece demostrado en la actuación, más allá de toda duda, el delito de estímulo a la prostitución de menores y la responsabilidad de los acusados.

Para el efecto, analizó la estructura del error de tipo, concluyendo que la eximente de responsabilidad penal, carece de acreditación en el proceso, como quiera que la defensa no propuso teoría del caso, no llevó a los acusados al estrado para que ilustraran acerca de la falsa percepción que tuvieron entorno a la edad de la víctima, ni solicitó otras pruebas con potencialidad para demostrar el aparente error, y mucho menos alegó de conclusión solicitando al juez que lo reconociera.

Contrario sensu, la Sala consideró que, conforme lo estableció el Tribunal en la sentencia recurrida, el juez de primer grado declaró la existencia del error, a partir de la valoración mutilada del testimonio de la víctima, desconociendo que, las novedosas afirmaciones de la testigo en el juicio claramente pugnaban por favorecer a los acusados.

SP2404-2022(51624) de 13/07/2022

Magistrado Ponente:
José Francisco Acuña Vizcaya

Aclaración de Voto:
José Francisco Acuña Vizcaya

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En desarrollo de actividades de investigación encaminadas a combatir la explotación sexual infantil, los días 19 y 20 de diciembre de 2013, se practicaron diligencias de registro y allanamiento en dos hoteles ubicados en el centro de Medellín, actuaciones que permitieron la captura de diversas personas implicadas en los delitos de estímulo a la prostitución de menores y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

2. Los aprehendidos fueron identificados como R.A.Q.V. y J.H.V., en su orden, administrador y propietario del Hotel D, quienes permitían el ingreso de menores de edad para realizar allí prácticas sexuales con adultos; W.A.M.R., sorprendido en una de las habitaciones de ese establecimiento en compañía de una adolescente cuando se aprestaban a tener relaciones sexuales, por las que le había ofrecido como pago cincuenta mil pesos; A.Á.G., quien destinaba el hotel a la práctica de actividades sexuales con participación de menores de edad y, en forma adicional, se estableció que, mediante promesa de pago, accedió carnalmente a una persona menor de 18 años; H.C.R.R., encargada de las labores de aseo del hotel y sorprendida allí al momento del allanamiento; y M.A.B., el cual había requerido, a cambio de dinero, los servicios sexuales de dos menores de edad, siendo sorprendido por las autoridades en una de las habitaciones de ese hotel con una de las adolescentes, mientras la otra aguardaba en la recepción del establecimiento.

3. El trámite del juicio le correspondió al Juzgado 17 Penal del Circuito de Medellín, el cual absolvió a H.C.R.R., R.A.Q.V., J.H.V. y W.A.M.R.

4. El Tribunal, revocó la absolución de R.A.Q.V., J.H.V. y W.A.M.R. y los condenó, con 120 meses de prisión a los dos primeros por el delito de estímulo a la prostitución de menores, y al último a 168 meses de la misma sanción por la conducta punible de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de 18 años de edad.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SENTENCIA - Adición: procedencia, cuando el Juez omite resolver la alzada de una de las partes / **SENTENCIA** - Adición: procedencia, trasciende los aspectos simplemente formales / **JUEZ** - Imparcialidad e independencia: mecanismos de garantía / **JUEZ** - Deberes: corregir actos irregulares / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Sentencia: aclaración, adición o corrección, se remite al Código General del Proceso / **DEBIDO PROCESO** - No se vulnera

«Para el caso, emerge con claridad que la sentencia del 17 de julio de 2017, emitida por el Tribunal Superior de Medellín, omitió resolver la apelación interpuesta por la delegada de la Fiscalía contra la decisión de primera instancia, en orden a que se revocara la absolución favorable a los acusados RAQV, JHV y WAMR y se modificara la pena del condenado MAB. La providencia del ad quem resolvió exclusivamente la alzada promovida por la defensa de AAG y MAB.

Sin embargo, luego de la lectura de la providencia, verificada en audiencia del 25 de julio de ese año, el Tribunal advirtió que “por un desafortunado error se omitió resolver la apelación del fallo de primera instancia sustentado oralmente por la delegada de la Fiscalía en desarrollo de la segunda sesión de la audiencia de lectura de fallo, [...]»

La recurrente, de todos modos, asegura que la decisión es contraria al debido proceso, pues, en su criterio, la adición o complementación de la sentencia procede solo frente a la omisión de aspectos meramente formales, consideración opuesta al artículo 287 del Código General del Proceso, el cual, en sentido diverso, prevé la posibilidad de complementar la sentencia al facultar al juez para pronunciarse sobre el extremo o los extremos sustanciales que olvidó resolver, posibilidad que trasciende los aspectos simplemente formales para dar relevancia a aquellos que, constituyendo el fondo del asunto, o que representando un extremo de la litis, como dice la norma, quedaron sin decidir; de manera que resulta contrario a la razón y lo dispuesto en el ordenamiento, afirmar el desconocimiento del debido proceso cuando se complementa la sentencia mediante otra decisión con la que se resuelva el extremo litigioso omitido.

A lo que se agrega que, siendo la adición o complementación de la sentencia la herramienta prevista por el ordenamiento para solucionar esa clase omisiones y que su oportuna

instrumentalización ocurre dentro del término de ejecutoria de la cercenada providencia, carece de sentido la solicitud de la recurrente de declarar nula la decisión complementaria que subsana el error, cuando quiera que el trámite no ha avanzado a otros escenarios ni contiene decisiones sobre las cuales predicar la transgresión del principio antecedente consecuente y la alteración de la reglada progresividad de la actuación procesal, pues, se insiste, la omisión que en realidad aquejaba la actuación, fue advertida dentro del término legal y solucionada con el remedio procesal correspondiente».

ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES - Elementos: no exige su ejecución en un lugar de comercio destinado a tal fin / **ESTÍMULO A LA PROSTITUCIÓN DE MENORES** - Bien jurídico tutelado / **DERECHOS DE LOS NIÑOS** - Obligación social, familiar y estatal de asistirlos y protegerlos / **ERROR DE TIPO** - Configuración: implica un problema de conocimiento sobre los hechos constitutivos del tipo penal / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: evento en que hay solidaridad con el procesado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Entrevistas: retractación en el testimonio de lo dicho en ella / **TESTIMONIO** - Retracción: por sí misma no destruye las afirmaciones anteriores / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado / **DOBLE CONFORMIDAD** - Sentencia: confirma condena

«2.1 El Tribunal condenó a JHV y RAQV como coautores del delito de estímulo a la prostitución de menores, descrito en el artículo 217 del Código Penal, modificado por el 11 de la Ley 1236 de 2008[...]

Según esta descripción legal, el comportamiento está a cargo de un agente indeterminado que destina, arrienda, mantiene, administra o financia casa o establecimiento para la práctica de actividades sexuales en las que intervienen personas menores de 18 años. El inmueble o establecimiento en el que se ejecuta la conducta relativa a la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, corresponde no de manera exclusiva a aquellos donde funcionen establecimientos de comercio, públicos o abiertos al público, refiere por igual los inmuebles o establecimientos privados, como la residencia o sitio de vivienda particular, fincas de recreo, clubes privados, o cualquier recinto en el que de manera permanente u ocasional se desarrollen

actividades de explotación sexual comercial, considerada en el concierto internacional una de las peores formas de trabajo infantil y que la OIT concibe como delito asimilable a la esclavitud y el trabajo forzoso, si se entiende que la prostitución y sus redes se vinculan por lo general a otras actividades ilícitas en las que los niños pueden ser fácilmente victimizados, como el narcotráfico, el tráfico de migrantes o la trata de personas.

El tipo penal no exige que la conducta se ejecute con permanencia en un determinado espacio locativo, puede consolidarse en un solo evento, pues lo relevante es que frente al bien jurídico que es objeto de tutela, relacionado con la libertad, integridad y formación sexuales, el legislador pretende sancionar comportamientos afines con la explotación sexual y en este caso el tipo penal constituye una respuesta al empleo de lugares que de manera definida, inequívoca, sean destinados para tal cometido.

[...]

Estas pruebas patentizan que el hotel D constituía un lugar en el que de manera permanente se desarrollaban actividades de naturaleza sexual en la que participaban personas menores de 18 años y en el que se consolidaba, de paso, la demanda de explotación sexual comercial a la que eran sometidas, según lo revela el testimonio de KMPM, quien siendo menor de edad, casi a diario entregaba allí su cuerpo a extraños a cambio de insignificantes sumas de dinero y veía también a otras niñas menores de edad, que acudían a ese hotel con las mismas finalidades.

Lo acabado de relatar actualiza el tipo penal de estímulo a la prostitución de menores, cuando quiera que, en un sitio concreto de la ciudad de Medellín, el inmueble donde funcionaba el Hotel D, se adelantaba la práctica de actos sexuales en los que participaban menores de edad, quienes ingresaban allí con adultos por disposición o consentimiento del propietario del establecimiento y de la persona que lo administraba.

La edad de la víctima generó perplejidad en el juez de conocimiento quien, guiado por las manifestaciones en juicio de KMPM, consideró que los acusados ignoraban que se trataba de una persona menor de edad, pues allí declaró que para ingresar a los hoteles en los que se explotaba sexualmente, mostraba un documento falso con el que, supuestamente, acreditaba ser

mayor de edad, aserto que le resultó suficiente al sentenciador para concluir que aquellos desconocían “su minoría de edad y que tan solo para la fecha, con ocasión de lo acontecido [registro y allanamiento del Hotel D], se enteraron de que se trataba de una menor de edad y por lo tanto no existe forma de endilgar responsabilidad penal... pues actuaron bajo un error de tipo por cuanto desconocían de la verdadera edad de la joven y ese es uno de los elementos estructurales [del] tipo penal, tratarse de menores de 18 años de edad y siendo ello así sus conductas resultan atípicas...”

Conclusión deleznable si se tiene en cuenta que el error de tipo traduce una falsa percepción de su estructura, de modo que se presenta cuando el sujeto activo actúa bajo la convicción errada e invencible de que en su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho se adecue en la descripción típica, y en la actuación no se acreditan los elementos que llevan a reconocerlo en beneficio de los acusados.

Acerca de la figura la jurisprudencia de la Sala refiere que, se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa.

Con mayor precisión, dice la jurisprudencia de la Sala, “en el error de tipo, la persona o autor desconoce el alcance de sus actos en la medida en que supone erróneamente la ausencia de circunstancias constitutivas del delito que sí están presentes en la realidad objetiva donde se desarrolla su acción. Por consiguiente, tal error se configura cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y por lo mismo, excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Clásicos ejemplos, el que se apodera de cosa mueble ajena (hurto, artículo 239 C.P.), suponiendo que se trata de cosa propia; penetra en habitación ajena (artículo 189 C.P.), creyendo entrar en la propia; o realiza acceso carnal con persona menor de 14 años (artículo 208 C.P.), creyendo que es mayor de edad.”

A lo cual agrega que, “la equivocación será invencible cuando no le sea exigible al autor ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa, es decir, que la errada interpretación o comprensión

no dependa de su culpa o negligencia, circunstancia que produce la atipicidad subjetiva; y, vencible, en caso de que el agente lo pueda superar con un esfuerzo factible y que le era exigible con arreglo a las circunstancias de posibilidad de conocimiento, oportunidad y demás que rodearon la ocurrencia de los hechos.”

[...]

Las novedosas afirmaciones de la testigo en el juicio claramente pugaban por favorecer a los acusados, lo cual no resulta extraño cuando las víctimas por su formación, nivel cultural, socioeconómico, en particular por la pobreza, no se reconocen como tales, resisten admitir que han sido utilizadas, explotadas y no dimensionan el daño causado en sus vidas, a su dignidad y al conjunto íntegro de derechos que les asiste como seres humanos, por lo que asumen actitudes solidarias frente a los victimarios en la distorsionada idea de haber recibido de éstos alguna suerte de beneficios, de tal manera que, en su percepción, antes que explotadores o victimarios, se trata - en el contexto de este caso - de los clientes o bien de benefactores que en sus establecimientos de comercio les permiten ganarse el sustento diario.

De allí se explica que KMPM en juicio modificara apartes de la versión que dio a las autoridades momentos después de ser rescatada durante el registro y allanamiento al Hotel D, por ejemplo: i) que ese día portaba un documento falso con el cual se identificaba como persona mayor de edad, aserto desvirtuado en juicio por el patrullero OFG, quien manifestó que de las personas presentes en el Hotel D, al momento del operativo, del que hizo parte con otros integrantes del grupo de Infancia y Adolescencia, solamente la citada adolescente informó no portar documento de identidad y, además, que era menor de 18 años; ii) que a ese lugar había ido solo dos o tres veces, cuando en realidad acudía allí casi a diario desde hacía año y medio, al igual que lo hacían otras siete u ocho menores de edad; de la misma manera, iii) que el propietario y el administrador del hotel desconocían que era menor de edad.

En la declaración previa la víctima no mencionó que, para ingresar al Hotel D, se identificara con un documento falso, o que en alguna oportunidad hubiera engañado al dueño y al administrador de ese establecimiento en relación con su edad exhibiéndoles una cédula o contraseña espurias, tampoco la actuación ofrece

evidencia de que portara el documento. Al contrario, se insiste, aparece demostrado que estaba indocumentada el día del allanamiento y les indicó a las autoridades que era menor edad, condición que corroboraron mediante el despliegue de actos urgentes.

De esa manera, valorado integralmente el testimonio de la víctima y en conjunto con los restantes medios de demostración, acertó el Tribunal al descartar el error deducido falsamente por el a quo y declarar que los acusados, no obstante conocer que KMPM era menor de edad, consentían su ingreso, así como el de otras niñas menores de 18 años, al Hotel D en compañía de adultos para ser sometidas a explotación sexual.

Los acusados, sin duda, sabían que KMPM era menor de edad, pues la conocían con antelación. Acorde con la declaración de la víctima, año y medio antes de los hechos [aproximadamente con 15 años] ya estaba en situación de prostitución y el Hotel D era el establecimiento primordial para ejercerla (dijo que acudía casi a diario), de modo que desde la época en que comenzó a frecuentar el establecimiento eran conscientes de que se trataba de una menor de edad y estaban obligados a impedir que ingresara con fines de prostitución o para ser explotada sexualmente, según lo dispuesto por el artículo 19-6 de la Ley 679 de 2001 o Estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, y el artículo 1-6 de la Resolución 3840 de 2009, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que establece como medida mínima de control a cargo de los representantes legales, directores, administradores, empleados y contratistas vinculados a la prestación de servicios turísticos, impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes a los hoteles o lugares de alojamiento y hospedaje, bares, negocios similares y demás establecimientos en los que se presten servicios turísticos, con fines de explotación o de abuso sexual.

[...]

El testimonio de KMPM ratifica que el Hotel D había normalizado el ingreso de menores en situación de prostitución, pues le consta que acudían allí para ser sometidas a explotación sexual, otras siete u ocho niñas. De igual modo, devela que no existía restricción ni control para entrar en al establecimiento, simplemente “se pagaba la pieza y ya le daban ingreso a uno”. De

hecho, refirió que la noche del allanamiento, al acceder al hotel, solo vio a los administradores o dueños, quienes, como siempre, estaban en una especie de sala de espera que tenían, sin ver a nadie más “porque yo entré directamente para la habitación.”

Del mismo modo, su testimonio evidencia que los acusados incentivaban el ingreso de menores de edad con una bonificación (denominada ficha), de 5 mil pesos que descontaban del valor del hospedaje cancelado por los clientes que llevaban al lugar.

En esas condiciones, no cabe duda, sabían que al hotel ingresaban personas menores de edad y

voluntariamente les permitían el acceso, conociendo también que serían sometidas a explotación sexual comercial por los adultos con los que llegaban. Es decir, con conocimiento y voluntad, destinaron las instalaciones para la práctica de actos de naturaleza sexual en los que participaban personas menores de 18 años, a pesar de que por disposición legal debían impedir su ingreso y así se los recordaban, además, constantemente los letreros fijados en los pasillos del albergue que anunciaban la prohibición de ingreso de menores de edad para ser explotados sexualmente [...]».

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: Exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, posteriores a la desmovilización pero previas a la postulación por el Gobierno

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de apelación interpuestos por R.S.G. y su defensa, contra la providencia dictada por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual resolvió excluirlo del proceso transicional, de conformidad con solicitud presentada por la Fiscalía General de la Nación.

La Sala confirmó el Auto de segunda instancia, al considerar que, acreditada la causal objetiva relacionada con que el postulado fue condenado, con posterioridad a su desmovilización, por delito doloso, lo que corresponde es la terminación del proceso de justicia transicional.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, por lo que el postulado fue condenado, no son de escasa entidad en la medida que afectaron en forma real y directa los bienes jurídicos del patrimonio económico y la seguridad pública; además, de conformidad con el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, el cumplimiento del requisito de elegibilidad consistente en cesar toda actividad

ilícita es exigible a partir de la desmovilización y no de la fecha de postulación.

SP2498-2022(59938) de 21/07/2022

Magistrado Ponente:

José Francisco Acuña Vizcaya

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. El postulado R.S.G. perteneció a la estructura paramilitar de las Autodefensas Campesinas de Santander y del Sur del Cesar – AUSAC – desde el 13 de enero de 1996 hasta diciembre de 1998; en el 2000 ingresó al Bloque Central Bolívar -BCB -, Frentes Patriotas de Málaga y Walter Sánchez. El 31 de enero de 2006 se desmovilizó colectivamente, encontrándose privado de la libertad.
2. Mediante comunicación del 24 de febrero de 2010, R.S.G. fue postulado por el Gobierno Nacional al Sistema de Justicia Transicional.
3. El 19 de diciembre de 2018 la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá, profirió sentencia parcial condenatoria en su contra y de otros miembros del BCB, decisión confirmada por la Sala, en lo que corresponde a este postulado.
4. La Fiscalía 52 delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz, solicitó la terminación del proceso en esa jurisdicción por exclusión del postulado, en los términos de los artículos 10,

numeral 10.4 y 11 numerales 2 y 5 de la Ley 975 de 2005, incorporados por el canon 5° de la Ley 1592 de 2012, por no haber cumplido con la obligación de no cesar toda actividad ilícita, pues registra una sentencia condenatoria por conductas cometidas luego de la desmovilización.

5. En decisión del 3 de junio de 2021, el Tribunal excluyó a R.S.G. del procedimiento de la Ley 975 de 2005, misma que fue recurrida por el postulado y su defensor.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

LEY DE JUSTICIA Y PAZ - Beneficios: exclusión / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, causales / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, incumplimiento de los compromisos / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, naturaleza objetiva de la causal / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, excepcionalmente no procederá la terminación del proceso cuando la condena por conducta punible dolosa cometida con posterioridad a la desmovilización, se refiera a circunstancias de escasa trascendencia frente a los fines de la Ley de Justicia y Paz / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, excepción, cuando la entidad del hecho punible sea mínima deberá ponderarse frente a los derechos de las víctimas y la sociedad a conocer lo sucedido / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: exclusión, por regla general cuando se pruebe que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por delito doloso, procederá la expulsión del trámite transicional / **LEY DE JUSTICIA Y PAZ** - Beneficios: Exclusión, condena por nuevas conductas delictivas, posteriores a la desmovilización pero previas a la postulación por el Gobierno / **RECURSO DE APELACIÓN** - Sala de Casación Penal: confirma providencia

«La Ley 975 de 2005, en su texto original, no reguló la posibilidad de solicitar la exclusión de los postulados del proceso de Justicia y Paz, por lo que fue a través de la jurisprudencia de esta Corporación que se trazaron las pautas para obrar en los casos en los que ameritaba finiquitar el proceso transicional e, incluso, distinguíó entre archivo de diligencias, preclusión,

desistimiento y exclusión propiamente dicha (CSJ AP, 23 de ago. 2011, rad. 34423 y CSJ AP, 11 mar. 2009, rad. 31162).

La Ley 1592 de 2012, por su parte, adicionó el artículo 11A a la Ley 975 de 2005, el cual reglamenta el instituto de la terminación del proceso como mecanismo para expulsar al postulado del sistema de justicia transicional, [...]

La causal 5ª prevé la exclusión del postulado que incumple el compromiso de cesar las actividades delictivas, el cual es asumido por los aspirantes a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz como lo dispone el numeral 4° del artículo 11 de la Ley 975 de 2005. En tal sentido si contra un postulado se profiere sentencia de condena por hechos cometidos después de la desmovilización, se verifica el incumplimiento del compromiso adquirido.

No obstante, esta Corporación ha indicado que de manera excepcional la exclusión resulta desproporcionada si el delito cometido con posterioridad a la desmovilización es de escasa entidad, el postulado ha cumplido o se encuentra cumpliendo las restantes obligaciones adquiridas al someterse al Estado y ha contribuido al esclarecimiento de los hechos ocurridos en desarrollo del conflicto armado.

Por ello se estableció que, por regla general, esta causal tiene un carácter objetivo, dado que al acreditarse que el postulado fue condenado con posterioridad a su desmovilización por un delito doloso, procede su exclusión del proceso transicional. Ahora, de manera excepcional, cuando la entidad del hecho punible sea mínima, se debe ponderar esa situación frente a los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer lo sucedido a efectos de determinar si procede la exclusión.

[...]

3.1. Siendo así, de manera preliminar se debe indicar que en este caso aplica la regla general que impone la expulsión del postulado que ha delinquido con posterioridad a la desmovilización, en virtud a que el proceder de RSG se aparta de las obligaciones adquiridas al ingresar al proceso de Justicia y Paz y no cumple los presupuestos mencionados por la jurisprudencia para, de manera excepcional, morigerar el criterio objetivo de exclusión previsto en el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005 [...] Lo anterior en razón a lo siguiente:

i). RSG se desmovilizó de manera colectiva del BCB el 31 de enero de 2006.

ii). El 28 de mayo de 2007 SG fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Bucaramanga, dentro del proceso N°. [...], tras hallarlo responsable de los delitos de hurto calificado y agravado, en grado de tentativa, en concurso con porte ilegal de armas de fuego, por hechos ocurridos el 10 de enero del mismo año.

iii). Los referidos delitos no son de escasa entidad en la medida que afectaron en forma real y directa los bienes jurídicos del patrimonio económico y la seguridad pública. Pues no se puede desconocer que el aquí procesado fue capturado tratando de huir del interior de la Cooperativa de Trabajo Asociado C, ubicada en el barrio El C del municipio de Puerto Wilches, luego de que en compañía de otras personas redujeran por la fuerza a varios trabajadores de dicho lugar, herir a uno de ellos y atar de manos a los demás; siendo incautados en el operativo dos revólveres calibre 38.

3.2. Ahora bien, en cuanto a la fecha a partir de la cual le es exigible a RSG el cumplimiento del requisito de elegibilidad consistente en cesar toda actividad ilícita, esta Sala ha indicado que, de conformidad con el numeral 5° del artículo 11A de la Ley 975 de 2005, lo es a partir de la desmovilización y no de la fecha de postulación.

Por ello, cualquier infracción penal que cometa con posterioridad a la dejación de armas (lo cual acaeció en el presente caso el 31 de enero de 2006), configura la causal de exclusión examinada, siempre que se haya emitido sentencia de condena; sin que pueda justificarse, como pretende la defensa, con el argumento de que el postulado delinquirió pocos días después de la desmovilización, pues los hechos punibles se

ejecutaron el 10 de enero de 2007, esto es casi un año después de la desmovilización.

Por otra parte, aunque arguye el defensor que para el momento de la desmovilización SG no contaba con la asesoría jurídica que le permitiera conocer las implicaciones de dicho acto y que para entonces la Ley 975 presentaba múltiples vacíos, lo cierto es que desde el 31 de enero de 2006 se comprometió a cesar cualquier actividad ilícita, aspecto que resulta extremadamente relevante para el proceso transicional, pues sin la voluntad decidida por parte del postulado de no volver a cometer ilícitos, el mismo no tendría sentido.

Por tanto, al incurrir en los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego, incumplió con el compromiso adquirido y con las exigencias que le permitían acceder a los beneficios consagrados en el procedimiento de Justicia y Paz; sin que sea admisible considerar que, en otros casos en los cuales, según el postulado se presentaron los mismos presupuestos, ello no condujo a la exclusión, pues la Corte analiza la particularidad de cada postulado.

Además, desde la promulgación de la Ley 975 de 2005, en su artículo 10, numeral 10.4 se tenía contemplado como requisito para la desmovilización, el cese de toda actividad ilícita, con lo que queda zanjado el tema de falta de claridad en la norma.

3.3. Finalmente, el hecho que RSG haya contribuido a la verdad al rendir múltiples versiones, se profiriera sentencia parcial condenatoria en su contra y de otros miembros del BCB en la justicia transicional, no lo habilita para recibir, sin más, los beneficios contenidos en el proceso transicional, pues el incumplimiento del compromiso adquirido por éste de cesar las actividades ilícitas impide mantenerlo en el procedimiento especial».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez / **PRINCIPIO DE**

CONGRUENCIA - No se vulnera: si el Juez incluye en la sentencia circunstancias de agravación excluidas por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión / **CIRCUNSTANCIAS DE**

AGRAVACIÓN PUNITIVA - Servidor público en ejercicio de sus funciones: alcance

La Sala de Casación Penal resolvió el recurso de casación interpuesto por la defensa de J.G.S., contra la sentencia emitida por la Sala de Conjuces Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, que confirmó la decisión condenatoria proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito

con Función de Conocimiento del mismo Distrito Judicial, trámite adelantado por los punibles de acceso abusivo a un sistema informático agravado, en concurso heterogéneo con falsedad material en documento público agravada.

En esta oportunidad, la Corte no casó la sentencia, al encontrar que los procesados se valieron de su condición de servidores públicos de la Rama Judicial para ingresar al Palacio de Justicia, a un área reservada sólo para empleados judiciales (la de cesantías) desde donde ejecutaron los reatos, razón por la que, si incurrieron en las causales de agravación acusadas.

Para ello, la Corte explicó que el alcance de la causal de agravación relacionada con que la conducta sea cometida por un servidor público «en ejercicio de sus funciones», se refiere a que, prevalido de éstas, el sujeto se sirve de su vinculación con el Estado para cometer el ilícito.

Aunado a lo anterior, la Sala consideró que el *a quo* no trasgredió el principio de congruencia al incluir en la sentencia las causales de agravación, pese a que, en los alegatos de conclusión, la Fiscalía no solicitó su inclusión, pues tal petición es un acto de postulación.

Por ello, avaló que haya variado en la sentencia el sentido del fallo, dado que, para el momento de proferir la decisión, la directriz jurisprudencial según la cual la petición de absolución presentada por la Fiscalía le era vinculante, había desaparecido del mundo jurídico, por lo que, nada le impedía incluir los agravantes desestimados.

SP2685-2022(55313) de 27/07/2022

Magistrado Ponente:

Fabio Ospitia Garzón

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. En el servidor donde se aloja la base de datos de reparto judicial, ubicado en el segundo piso de la Dirección Administrativa de la Rama Judicial de Cúcuta, se detectaron ingresos no autorizados a éste y cierres no usuales en los juzgados laborales, a excepción del Juzgado 4 Laboral del Circuito al que, fueron redireccionados 3 procesos contra el Instituto de Seguros Social.

2. Se pudo determinar que, el equipo empleado para el ingreso a la base de datos fue el designado para el área de cesantías, a cargo de J.G.S. Desde ese equipo ingresaron a la base de datos y cerraron todos los despachos judiciales a excepción del Juzgado 4 Laboral del Circuito y desde el mismo se orientaron los 3 procesos laborales antes mencionados.

3. También se estableció que, el señor J.G.S. actuó con la participación de C.A.V.N.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Anuncio del sentido del fallo: carácter vinculante / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: no es procedente su anulación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: acto complejo, conforma una unidad jurídica con la sentencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de inmediación: cambio de juez después del anuncio del sentido del fallo, aquél excepcionalmente puede decretar la nulidad de éste / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Anuncio del sentido del fallo: posibilidad de anulación en aquellos casos en que por factores administrativos o de índole similar, mediara un cambio de juez / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de concentración

«[...] En suma, la congruencia entre el sentido del fallo y la sentencia forma parte de la estructura del debido proceso, toda vez que así se materializan los principios de inmediación, concentración e inmutabilidad. De manera que no es dable al juez que presencié la práctica probatoria, emitir un criterio al finalizar el juicio oral y modificarlo a su arbitrio después.

En esa línea, si el funcionario judicial erró al momento de proferir el primer acto procesal, no puede, so pretexto de preservar la justicia, mutar la determinación final, lo que tampoco implica que la injusticia no se pueda superar, pues precisamente con ese fin existen los recursos».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: existe entre la acusación y la sentencia, omisión de la Fiscalía de incluir las circunstancias de agravación en la solicitud de condena, no vulnera el principio de congruencia si el juez las incluye en la sentencia, explicación / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se

vulnera: si el Juez incluye en la sentencia circunstancias de agravación excluidas por la Fiscalía en sus alegatos de conclusión / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución por parte de la Fiscalía, efectos, evolución jurisprudencial / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Principio de congruencia: existe entre la acusación, la solicitud de condena y la sentencia, solicitud de absolución, no vincula al juez, explicación

«En el asunto de la especie, el 29 de abril de 2016, días después de culminar el juicio oral, el Juez Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cúcuta, togado GG, después de recordar el pliego de cargos formulado por la fiscalía y lo demostrado a través de la práctica probatoria en la vista pública, anunció la decisión a tomar, así: «sentido del fallo condenatorio para los procesados en calidad de coautores de las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático en concurso homogéneo y en concurso heterogéneo a su vez con un concurso homogéneo de falsedad material en documento público simple».

Ello, en consonancia con la solicitud efectuada por el delegado fiscal en su alegato de clausura y a la precisión que hiciera de tratarse de «conductas punibles simples», luego del requerimiento efectuado en ese sentido por el director de la audiencia.

Sin embargo, el fallo de primera instancia, proferido el 3 de agosto de esa anualidad por el mismo funcionario judicial GG en contra de JGS y CAVN se emitió por los reatos de acceso abusivo a un sistema informático agravado, en concurso heterogéneo con falsedad material en documento público agravada (artículos 269A, 269H numerales 1 y 2 y 287 inciso segundo del Código Penal).

En el cargo que se analiza, la libelista propone la nulidad de la actuación por vulneración del principio de congruencia, en razón a que la fiscalía en su alegato de conclusión únicamente solicitó condena por la comisión de las conductas punibles simples, sin los agravantes, no obstante haberse atribuido éstos en la acusación.

Con el fin de dar respuesta a la demandante, ha de recordarse que si la Corte ha entendido que la petición -inclusive la de absolución- elevada por la fiscalía durante las alegaciones finales, es un

acto de postulación susceptible de ser acogida o desestimada por el juez de conocimiento, quien debe decidir exclusivamente con fundamento en la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral (Cfr. CSJ SP6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837), con mayor razón lo será en tratándose de circunstancias que agravan el tipo penal base objeto de acusación.

[...]

Como quedó visto atrás, el juez que emitió el sentido del fallo no incluyó, al hacerlo, las circunstancias de agravación punitivas previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 269H e inciso segundo del canon 287 del Código Penal. No obstante, el mismo funcionario, al dictar la sentencia, decidió incluir las agravantes propuestas en la acusación.

Este escenario, en principio, daría lugar a la anulación del trámite ante la violación del debido proceso alegada, tal y como la Sala resolvió en el proveído CSJ SP11144-2016, 10 ag. 2016, rad. 46537, que guarda analogía fáctica y jurídica con el caso bajo examen.

Sin embargo, la disimilitud se halla en los fundamentos que llevaron al juez de conocimiento a emitir el sentido del fallo en las condiciones anotadas, que hundieron raíces en la jurisprudencia de la época (recuérdese, abril de 2016), que exponía que cuando la fiscalía abandona su rol de acusador «puede entenderse tal actitud como un verdadero retiro de los cargos, como que al fin y al cabo es el titular de la acción penal, siendo ello tan cierto que el juez en ningún caso puede condenar por delitos por los que no se haya solicitado condena por el fiscal» .

Vale decir, como el referente jurisprudencial de aquél entonces imponía al juzgador acoger la solicitud de la fiscalía en su alegato conclusivo, el hecho de haber prescindido el ente persecutor de los agravantes en ese escalón procesal ineludiblemente conducía a un sentido de fallo en el mismo norte (condena por las conductas punibles simples), so pena de vulnerar el principio de congruencia, conforme a la intelección que la Corte ofrecía en la materia.

Este panorama cambió a partir de la ya citada sentencia CSJ SP6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837, proferida por la Corte escasos días después de la diligencia en que en este caso se anunció el sentido de fallo, habida cuenta que la petición de la fiscalía en su alegación final dejó

de ser vinculante para el fallador, constituyéndose en un simple acto de postulación susceptible de ser acogido o desestimado por el connovente.

[...]

Luego, resulta claro que:

(i) Si el juez de conocimiento al dictar el sentido de fallo indicó que este sería de carácter condenatorio por las infracciones delictivas en su modalidad simple, ello se debió al pedimento de la fiscalía en su alegato de conclusión, solicitud que implicaba el «retiro» de los agravantes, pero no porque el funcionario judicial no estuviera convencido más allá de toda duda de la acreditación en juicio oral de las circunstancias de agravación punitivas.

(ii) No se trata en el asunto concreto que el funcionario judicial errara al momento de proferir el sentido de fallo y que, so pretexto de preservar la justicia, decidiera cambiarlo a su arbitrio. Para él, quien presencié la práctica probatoria, al otorgar mérito al conjunto probatorio no dudó de la configuración de las circunstancias agravantes atribuidas, sólo que, ante la solicitud de la fiscalía, obró conforme al precedente vigente en la materia. Y,

(iii) Si al momento de proferir la sentencia, aquella directriz jurisprudencial había desaparecido del mundo jurídico, nada le impedía incluir los agravantes desestimados, pues, la manifestación de la fiscalía no lo ataba, menos el sentido de fallo que tuvo por fundamento esa única razón».

SERVIDOR PÚBLICO - Funciones, deberes y responsabilidades / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Servidor público en ejercicio de sus funciones: alcance / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Servidor público en ejercicio de sus funciones, se configura / **CASACIÓN** - Sentencia: la Sala no casa el fallo impugnado

«Cuando el legislador previó que las conductas punibles de acceso abusivo a un sistema informático y falsedad material en documento público se agravan por cometerse por un servidor público «en ejercicio de sus funciones» (numeral 2 del artículo 269H e inciso segundo del canon 287 del Código Penal), no pretendió significar que dicha remisión de la norma se hiciera al concepto amplio de función pública, como aludieron los Delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público

ante esta sede en su intervención como no recurrentes.

[...]

Si la doctrina constitucional enseña que servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una función pública, una interpretación que equipare el ejercicio de funciones a la función pública misma (en sentido amplio), implicaría dotar de carácter redundante a la expresión «servidor público en ejercicio de sus funciones». Hubiera bastado, entonces, que se dijera servidor público.

Ahora, si bien el legislador se esmeró en clarificar que no se trataba del simple ejercicio de la función pública, la referencia al sujeto activo calificado en ejercicio de sus funciones tampoco llega a la milimétrica propuesta planteada por la recurrente, al punto de considerar que sólo será típica la conducta ejecutada en el restringido ámbito del manual de funciones del agente.

Por tanto, entendiéndose que cuando las infracciones delictivas analizadas (acceso abusivo a un sistema informático y falsedad material en documento público) se agravan por la circunstancia que el servidor público las cometa «en ejercicio de sus funciones», se refiere a que, prevalido de éstas, el sujeto se sirve de su vinculación con el Estado para cometer el ilícito.

Así, el ejercicio de las funciones propias del servidor público se constituye en medio y oportunidad propicia para la ejecución de la conducta punible.

[...]

Si bien podría la Sala coincidir con la libelista que las funciones de cada uno -las que se infieren a partir del cargo-, ninguna relación tenían con la específica función de reparto, no puede desconocerse que fue la labor que desempeñaba la que propició la comisión de las conductas delictivas.

Lo relevante en el caso concreto radica en el hecho que los delitos no habrían podido ejecutarse, si no fuera por la simbiosis recíprocamente necesaria entre los servidores judiciales, esencial para los efectos de su consumación y en el que el ejercicio de sus funciones, a la postre, jugó preponderante papel [...]

Huelga anotar que el cierre de algunos despachos judiciales laborales (primero a tercero) dio lugar

a un «reparto dirigido» hacia el único juzgado que dejaron con la posibilidad para ello (el cuarto), maniobra delictiva que se extendió a la jornada de trabajo, escenario que despeja cualquier duda

del ejercicio efectivo de sus funciones, si es que por aquella causa pretendiera esgrimirse argumento en contrario».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, diferente a eliminar / **DAÑO INFORMÁTICO** - Es relevante analizar si hay la posibilidad de restaurar o recuperar el dato para que se configure la tipicidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Diferente al delito de obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: ingrediente normativo, que el sujeto activo carezca de facultades para ejecutar el borrado, supresión o alteración de los datos o del sistema

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación promovida por el defensor de G.K.G.S. contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual revocó la decisión de absolver a la acusada y, en su lugar, la condenó como autora del delito de daño informático.

La Corte revocó la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, absolvió a la procesada, por atipicidad de su conducta, debido a que, no borró datos informáticos, no le fue imputada la carencia de facultades para desarrollar una acción de tal naturaleza y existen dudas sobre el dolo.

En tal sentido, analizó los elementos y características de los delitos de daño informático y obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación, así como las diferencias existentes entre ellos y la antijuricidad requerida para poder condenar.

SP2699-2022(59733) de 03/08/2022

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Desde el 10 de septiembre de 2012, G.K.G.S. se desempeñó como trabajadora de una

Cooperativa en la ciudad de Bucaramanga, primero, como analista de la oficina de recursos humanos y, a partir del 1 de agosto de 2014, como jefa de esa misma dependencia.

2. El 27 de enero de 2015, después de ser notificada que sería despedida a partir del día siguiente por decisión unilateral de su empleador; la trabajadora, cuya jornada laboral finalizaba a las 6:00 p.m., entre las 5:16 y las 5:26 p.m. manipuló el equipo servidor que almacenaba la información del área de recursos humanos -conectado en red con otros 3 dispositivos- y procedió a mover 64 archivos desde su ubicación en una carpeta compartida denominada NAS hasta la «papelera de reciclaje».

3. Al día siguiente, cuando quien reemplazó en el cargo a G.K.G.S., comunicó que no encontraba los archivos del equipo servidor, el consejo de administración de la empresa prohibió la manipulación del dispositivo, inclusive por el jefe de sistemas de la empresa, hasta que fuera examinado en el marco de una investigación.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS - Convenio de Budapest: vinculante para el ordenamiento jurídico / **DAÑO INFORMÁTICO** - Normativa aplicable: convenio de Budapest / **DAÑO INFORMÁTICO** - Puede recaer de manera alterna sobre datos informáticos o sistemas informáticos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Bien jurídico tutelado: la integridad / **OBSTACULIZACIÓN ILEGÍTIMA DE SISTEMA INFORMÁTICO O RED DE TELECOMUNICACIÓN** - Bien jurídico tutelado: el funcionamiento y acceso / **DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS** - Dato informático: concepto / **DELITOS CONTRA LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y DE LOS DATOS** - Sistema informático: concepto / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, alcance

«El artículo 269D del Código Penal describe el supuesto de hecho del delito en mención así: “El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe,

borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, ...”. Dicha conducta constituye uno “de los atentados contra la confidencialidad, la integridad y disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos” (capítulo I, título VII bis).

Ese tipo penal busca asegurar, en términos generales, “la protección de la información y de los datos”, bien jurídico que fue introducido en el estatuto penal colombiano por la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 siguiendo las directrices sustantivas trazadas por el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, que es un tratado multilateral suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001 por los Estados miembros del Consejo de Europa (y por 4 Estados no miembros: Canadá, Japón, Sudáfrica y Estados Unidos de América).

[...]

De esa manera, en Colombia son 2 grupos de conductas los constitutivos de daño informático: (i) destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir un dato informático, y (ii) destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir un sistema de información; en ambos eventos sin que el sujeto agente cuente con autorización para realizar tales comportamientos.

[...]

Esos 2 objetos posibles de las acciones típicas referidas o, lo que es igual, las cosas o bienes (tangibles o intangibles) sobre las que aquellas pueden recaer; fueron definidos en el artículo 1 del tratado multilateral que, recuérdese, hoy día es vinculante en el ordenamiento jurídico interno dada su aprobación por el Congreso de la República mediante la Ley 1928/2018, así:

a) Por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa;

b) por “datos informáticos” se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función;

Y, en relación con el alcance de los verbos rectores del delito de daño informático resulta pertinente la remisión al “Informe explicativo del

Convenio de Budapest” (STE núm. 185), un documento también aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y cuya finalidad es, precisamente, facilitar la aplicación de dicho instrumento».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, diferente a eliminar / **DAÑO INFORMÁTICO** - Es relevante analizar si hay la posibilidad de restaurar o recuperar el dato para que se configure la tipicidad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Elementos: verbos rectores, borrar, tentativa / **DAÑO INFORMÁTICO** - Principio de lesividad / **ANTI JURIDICIDAD** - Principio de lesividad / **DERECHO PENAL** - Carácter fragmentario: sólo se sancionan las modalidades de ataque más graves e intolerables, contra los bienes jurídicos

«Un archivo digital está guardado cuando su contenido (bytes) permanece en el medio magnético. Al eliminar un archivo, el medio magnético no elimina su contenido si no que pierde su referencia o dirección de ubicación. Un borrado seguro o eliminación definitiva se da cuando se sobrescribe o se reemplaza la información donde se encontraba almacenado el archivo.

Como quiera que, según las directrices expuestas, el borrado de datos requerirá siempre la producción de un resultado material; es claro que esta modalidad delictiva admitirá la tentativa cuando el agente inicie su ejecución mediante actos idóneos e inequívocos y aquel no se produzca por causas ajenas a su voluntad (art. 27 C.P.).

No ha de olvidarse que el principio de lesividad solo permite tener por delictivos los comportamientos que causen o puedan ocasionar un menoscabo efectivo del bien jurídico que busca proteger el tipo penal (art. 11 C.P.) y que, en la misma línea, el principio de fragmentariedad restringe el castigo penal a los atentados de mayor intensidad. En consecuencia, el daño a la integridad del dato debe revestir cierta gravedad porque si es inocuo, insignificante o aparente para la seguridad informática no será típico siquiera.

[...]

Una cuestión de especial atinencia para el caso que se juzga es si la posibilidad de restauración o recuperación de los datos excluye la tipicidad

de la conducta de daño informático en la modalidad de “borrar”.

La Corte no pretende dar una respuesta absoluta al tema, entre otras razones, porque el tipo penal en mención describe un número amplio de hipótesis alternativas, de manera que, por ej., lo que se concluya respecto al borrar datos quizás no sea aplicable de manera automática cuando esta conducta recae en un sistema informático. Además, la velocidad exponencial de los avances tecnológicos conlleva un ritmo igualmente acelerado de su uso por parte de los delincuentes cibernéticos; por tanto, existirán comportamientos humanos que puedan configurar daños informáticos que aun hoy escapen a la imaginación.

De otra parte, no puede olvidarse que la materia de los cibercrímenes es una creación legislativa de época reciente, tanto a nivel nacional como internacional, que en muchas de sus particularidades no alcanza a explicar de manera satisfactoria la tradicional teoría del delito, especialmente porque acontecen, por regla general, no en el mundo físico sino en el ciberespacio con todo lo que esto implica en el ámbito de la conducta penalmente relevante.

Siendo así, se formularán unas consideraciones generales y la posición que finalmente se adopta es la que resuelve la singularidad de la situación jurídica (daño informático por borrar datos) y fáctica (mover archivos desde su ubicación original en el dispositivo hasta la «papelera de reciclaje») que ahora se estudia.

DAÑO INFORMÁTICO - Bien jurídico tutelado: la integridad / **DAÑO INFORMÁTICO** - Protege de manera indirecta el acceso a los sistemas informáticos y a los datos / **DAÑO INFORMÁTICO** - Diferente al delito de obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación / **OBSTACULIZACIÓN ILEGÍTIMA DE SISTEMA INFORMÁTICO O RED DE TELECOMUNICACIÓN** - Delito autónomo

«De acuerdo al espíritu y finalidad de la legislación internacional, acogida por Colombia primero como referente técnico y después como norma vinculante, con la prohibición de las interferencias a los datos informáticos se busca proteger, principalmente, la integridad de estos y las plurales formas de atentados suponen distintos grados de afectación a ese bien jurídico; así, por regla general, el borrado y la supresión

acarrear el máximo daño (destrucción o desaparición), mientras que el deterioro y la alteración suponen uno parcial o de menor entidad.

[...]

Los delitos introducidos por la Ley 1273/2009 (título VII bis), ciertamente, constituyen “atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos”; sin embargo, no todos afectan simultáneamente esos 3 componentes de la seguridad informática o, por lo menos, no lo hacen en la misma medida, de modo similar a lo que ocurre con las plurales formas de ataque al bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales (título IV).

[...]

Aun cuando los supuestos típicos del daño informático (destruir, dañar, borrar, deteriorar, alterar y suprimir), suponen también al final un menoscabo a la disponibilidad de los datos; esto ocurre de manera indirecta o colateral porque los verbos rectores alternativos entrañan -y presuponen-, en primerísimo lugar, un atentado a la integridad de aquellos.

Por si lo anterior fuera poco, la conducta de impedir u obstaculizar el “acceso normal a un sistema informático, a los datos informáticos allí contenidos, ...”, constituye un tipo autónomo (art. 269B) cuya salvaguarda prioritaria, como se desprende de la misma descripción típica, sí es la disponibilidad de los datos -y de los sistemas tecnológicos de la información y las comunicaciones-.

[...]

En todo caso, cualquiera sea el sentido o alcance que se asigne a los verbos rectores alternativos del tipo de daño informático, algunos de los cuales parecen redundantes o que se sobreponen, lo que deviene incuestionable es que ninguno de aquellos podrá sancionar la conducta que carece de idoneidad para lesionar o poner en peligro efectivamente la integridad de los datos informáticos almacenados en un dispositivo, que es el bien jurídico principal que busca proteger la prohibición típica».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: verbos rectores, borrar, concepto / **DAÑO INFORMÁTICO** - No se configura: atipicidad de la conducta

«[...]», desde el punto de vista jurídico-penal, la acción de GKS consistió, exclusivamente, en trasladar 64 archivos desde la carpeta NAS a la “papelera de reciclaje” del equipo servidor, la totalidad de los cuales permaneció inalterada.

Mal puede afirmarse, entonces, que la acusada “borró” datos informáticos porque ni estos desaparecieron del dispositivo de almacenamiento (disco duro del equipo servidor en red) ni se tornaron ilegibles; por el contrario, se insiste, se conservaron íntegros. Y, la razón por la que no fueron restaurados a su ubicación original de manera inmediata, y quizás muy sencilla, fue que los directivos de la empresa impidieron cualquier intento de hacerlo. De esa manera, la eventual afectación a la disponibilidad de los datos no obedeció al comportamiento de la procesada sino a una medida de su empleador.

[...]

Por último, se insiste, lo atribuido a la acusada no fue la obstaculización del acceso a los 64 archivos, que es una conducta punible diferente (art. 269B) a la de daño informático y que, además, fue resultado de la decisión adoptada por las directivas de [...] de apagar el equipo y no permitir su operación».

DAÑO INFORMÁTICO - Elementos: ingrediente normativo, que el sujeto activo carezca de facultades para ejecutar el borrado, supresión o alteración de los datos o del sistema / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: aspectos requeridos para establecerlos por parte del fiscal en la acusación y el juez en la sentencia

«[...]», ni la acusación imputó correctamente la carencia de facultades para manipular los archivos de la oficina de recursos humanos ni la sentencia de segunda instancia reparó en las consecuencias de esa omisión y, por el contrario, la tuvo por demostrada sin fundamentos probatorios razonables. No obstante, aun cuando en gracia de discusión tal falencia pudiera tenerse por subsanada; de todas maneras, la conducta de trasladar los archivos desde una carpeta compartida hasta la «papelera de reciclaje», en el mismo disco duro, sigue siendo atípica de borrar datos informáticos».

DAÑO INFORMÁTICO - Dolo / **TENTATIVA** - No se configura

«[...]» GGS contaba con habilidades informáticas, por lo menos con las más básicas; no obstante, limitó su conducta, por su propia voluntad, a enviar archivos a la “papelera de reciclaje”.

[...]

De otra parte, no se probó en el juicio la concurrencia de alguna circunstancia externa que impidiera a la procesada adelantar actos posteriores que le tomarían solo unos segundos o minutos adicionales, por ejemplo: vaciar la “papelera de reciclaje”, si es que su cometido era el borrado de los archivos.

En otras palabras, ella realizó toda la conducta que se propuso, la que no consistió en el inicio de ejecución, a través de actos idóneos e inequívocos, de borrar datos informáticos. Por tanto, tampoco habría lugar a predicar una eventual tentativa conforme a los presupuestos establecidos en el artículo 27 del C.P.».

Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9317
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá