



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP2649-2022

Radicación No. 54044

Aprobado acta No. 171

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintidos (2.022)

La sala decide el recurso extraordinario de casación promovido por la defensa de JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO, condenada en ambas instancias como autora imputable de tres homicidios agravados.

HECHOS

JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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.

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 compelián a quitarse la vida. En 2008 dio a luz a su hija K.J.L.M. y en 2010, a L.E.L.M.

En diciembre de 2014, y por cuanto para ese entonces había retomado el contacto con sus padres y estaba viviendo de nuevo con ellos, JOAHANA DEL CARMEN MONTOYA 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, Wilson Díaz Reales, se radicaron en una habitación alquilada en el municipio de Palmar de Varela.

Por esos días, además de seguir oyendo las ya mencionadas voces que la instaban a suicidarse, JOHANA DEL CARMEN 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.

El 18 de febrero de 2015, Wilson Díaz Reales salió a trabajar temprano en la mañana. En el inmueble se quedaron JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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.

Cuando Wilson Díaz 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 JOHANA DEL CARMEN, 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.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 19 de febrero de 2015, en audiencia celebrada ante el Juzgado Penal Municipal de Palmar de Varela, la Fiscalía legalizó la captura de JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO, a quien el 23 siguiente imputó cargos como autora del delito de homicidio agravado (arts. 103 y 104, ns. 1° y 7° del Código Penal) en concurso homogéneo. En la misma diligencia se le afectó con medida de detención preventiva en centro carcelario.

2. Radicado el escrito de acusación¹, formulada ésta² y agotado el restante trámite ordinario sin incidencias relevantes, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Soledad profirió la sentencia de 23 de noviembre de 2017, por la cual condenó a MONTOYA ROSARIO a las penas de 720 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autora imputable de los delitos mencionados³.

3. El defensor apeló ese fallo y el Tribunal Superior de Barranquilla, en decisión mayoritaria de 16 de julio de 2018, lo confirmó⁴.

4. El mismo sujeto procesal presentó el recurso extraordinario de cuyo examen se ocupa ahora esta sala.

LA DEMANDA

En un único cargo formulado con apoyo en la causal tercera, denuncia que el tribunal incurrió en errores de hecho por falso raciocinio en tanto valoró las pruebas «*de espaldas (a) los principios lógicos... las ciencias (y) la experiencia*». De no haber cometido tal yerro, dice, la corporación habría reconocido, como lo hizo el magistrado disidente en su salvamento de voto, que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA actuó como inimputable.

¹ Fs. 1 y ss.

² Fs. 17 y ss.

³ Fs. 118 y ss.

⁴ Cfr. Folios 22 a 42 del c. del Tribunal.

Explica que mediante la pericia rendida por la psicóloga Edith María Aristizábal Díazgranados se acreditó que la procesada sufre de un trastorno esquizoafectivo que, al momento de los hechos, le impidió comprender la realidad. También se aportó, a instancias de la Fiscalía, un dictamen psiquiátrico en el cual se llegó a la conclusión contraria.

El tribunal privilegió la experticia de cargo con el argumento de que el diagnóstico de enfermedades mentales compete exclusivamente a los psiquiatras, no a los psicólogos. Sin embargo, Aristizábal Díazgranados sí tiene los conocimientos necesarios para rendir un dictamen de esa naturaleza, no sólo por su preparación académica sino también por su experiencia profesional.

Además, el compañero sentimental de la procesada, Wilson Díaz Reales, cuyo dicho fue «*suprimido*» por las instancias, corroboró que aquélla exhibía síntomas compatibles con el diagnóstico elaborado por la psicóloga. Sus vecinas, Blanca Libia Mejía e Indira Guevara Carrascal, la describieron como una madre atenta y dedicada, y se sabe que durante su reclusión MONTOYA ROSARIO ha recibido tratamiento psiquiátrico.

En suma, y considerando además que la procesada «*es víctima de una cadena de miseria de orden familiar (y) social*», estima refutada la tesis de la acusación conforme la cual aquélla habría actuado «*en plena capacidad de auto determinarse al momento de cometer la conducta*». Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada y, en su

lugar, se afecte a MONTOYA ROSARIO con «*pena de seguridad (sic) contemplada en el artículo 71 de la ley 599 de 2000*».

Aparte, manifiesta que las instancias impusieron a JOHANA DEL CARMEN MONTOYA las penas de 720 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas sin motivación alguna.

INTERVENCIONES ANTE LA CORTE

1. El defensor insistió en sus argumentos y pretensión.

2. La procuradora delegada para la casación penal conceptuó favorablemente al pedido del demandante. Señaló que el tribunal afirmó la imputabilidad de la procesada «*sin tener en cuenta*» las pruebas que daban cuenta de lo contrario, pero además, sin atención al testimonio de Wilson Díaz, quien ratificó que aquella sufría de alucinaciones recurrentemente. Tampoco apreció «*el entorno de maltrato, abusos y exclusión en que se desplegaba la vida de la procesada*», de modo que, en últimas, la decisión impugnada no se fundamentó en una valoración integral y completa de los elementos de conocimiento.

Agregó que las instancias no motivaron la dofinición de la pena de prisión y excedieron el máximo permitido para la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que fijaron en el mismo monto de la principal.

3. En cambio, el fiscal delegado ante la corte se opuso a lo solicitado por el actor. Aunque la defensa presentó una pericia psicológica que sustenta la tesis de la inimputabilidad, la acusación incorporó otro dictamen, elaborado por un psiquiatra, en el cual se sostiene la conclusión contraria, esto es, que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA obró con la capacidad de comprender la ilicitud de su proceder. El tribunal ponderó ambos elementos con apego a la sana crítica y «se inclinó» por el segundo, lo cual no configura ningún error de razonamiento, especialmente por cuanto esta misma sala ha sostenido que la prueba idónea para acreditar los supuestos fácticos de la inimputabilidad es, justamente, la psiquiátrica.

4. La apoderada de las víctimas guardó silencio.

CONSIDERACIONES

1. Preliminares.

1.1 Como la demanda fue admitida, la sala estudiará las cuestiones allí propuestas sin atención a las ostensibles deficiencias técnicas que se advierten en el escrito.

1.2 Son tres, en esencia, los problemas mencionados por el actor.

La Corte abordará inicialmente lo atinente al «*contexto social, cultural, económico y los niveles de baja escolaridad*»

que poseía la encartada». En esto el recurrente es acompañado por la procuradora, quien en su concepto censuró al tribunal por haber ignorado «*el entorno de maltrato, abusos y exclusión en que se desplegaba (su) vida*». El sentido de estos reparos no es del todo evidente, pues ninguno de los dos precisó, más allá de la afirmación de esas circunstancias, cuál es su importancia para la solución o comprensión del caso. De ello se ocupará esta decisión.

Seguidamente, se examinará la cuestión de si JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO padece un trastorno mental que al momento de los hechos le impidió comprender la ilicitud de su conducta o determinarse conforme ese entendimiento.

Por último, el defensor denuncia un error en la dosificación de las penas principal y accesoria, bien por un defecto en su motivación, ora por un yerro en la interpretación o aplicación de las normas pertinentes; sin embargo, por las razones que quedarán evidenciadas más adelante, no habrá de profundizarse en tal cuestión más allá de una breve mención (§§ 2.3.3.2 y 2.3.3.4).

1.3 En el estudio de la carpeta y las pruebas practicadas, la sala pudo constatar que el registro de la audiencia de juicio celebrada el 22 de marzo de 2017, en la cual rindió dictamen la psiquiatra Manela García Vásquez, está dañado y no es posible acceder a su contenido.

Requerido el juzgado de primera instancia para que remitiera a la Corte el correspondiente archivo, fue informado por la escribiente que «*el computador de la sala de audiencia presentó daño en el board y procesador*»⁵ y que, por ende, esa dependencia no cuenta con respaldo de los registros de audio y video. Consecuentemente, el juzgado, en auto de 21 de junio de 2022⁶, ordenó por iniciativa propia la reconstrucción «*del audio de fecha 22 de marzo de 2017*» y, con ese fin, dispuso «*oficiar a los intervinientes... (para que) alleguen... los audios que tengan en su poder y en especial aquel que corresponda a la audiencia antes señalada*».

Sin embargo, no se logró recuperar esa pieza.

Frente a tal situación, se impone acudir, en virtud del principio de integración establecido en el artículo 25 de la Ley 906 de 2004, a lo regulado en el numeral 5° del artículo 126 del Código General del Proceso, a cuyo tenor «*reconstruido totalmente el expediente, o de manera parcial que no impida la continuación del proceso, **este se adelantará, incluso, con prescindencia de lo perdido o destruido***».

De acuerdo con ese precepto, ante la imposibilidad de reconstituir el acto procesal cuyo registro está averiado ha de seguirse adelante con el diligenciamiento, pues la ausencia de dicha grabación «*no impid(e) la continuación del proceso*». Ciertamente, es posible conocer su contenido partir de otras

⁵ F. 60, c. de la Corte.

⁶ F. 61, c. de la Corte.

piezas, en concreto, el informe previo elaborado por la experta, el acta de la diligencia y lo que respecto de su alcance y sentido se dijo en los fallos impugnados.

2. Sobre las condiciones sociales y familiares de la procesada.

Según el demandante, el tribunal no consideró la «*miseria de orden familiar (y) social*» en que vivía MONTOYA ROSARIO. La procuradora apoyó esa postura, aduciendo que no se tuvo en cuenta «*el entorno de maltrato, abusos y exclusión en que se desplegaba (su) vida*».

Aunque ninguno de los dos acompañó tales aserciones con un desarrollo argumentativo orientado a demostrar que cuál es la importancia de ello ni cuál sería el error cometido por la segunda instancia en ese ámbito, la sala advierte que a tales planteamientos subyace un problema jurídico que era relevante para la adecuada comprensión del caso que acá que se examina.

Revisada la actuación, se observa que, en efecto, ni *el a quo* ni *el ad quem* consideraron dichas circunstancias. La juez de primer grado ignoró íntegramente la cuestión, mientras que el tribunal - en una postura que debe rechazarse abierta e inequívocamente - las calificó de simples «*sucesos inmorales*».

Lo cierto es que ese contexto de «*miseria... familiar (y) social... maltrato, abusos y exclusión*» en que la acusada

MONTOYA ROSARIO 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.

Para sustentar lo anterior, la sala (i) realizará algunas consideraciones breves sobre el contenido de la categoría de la culpabilidad; seguidamente, (ii) recordará su jurisprudencia en relación con la aplicabilidad del enfoque de género al proceso criminal, precisando, en esta ocasión, que su carácter vinculante no está limitado a los casos en que se investigan y juzgan actos de violencia sexista *contra* la mujer, sino que se extiende también – dadas ciertas circunstancias que quedarán definidas más adelante - a los eventos en que es una mujer quien aparece como *imputada*, en cuyo caso la perspectiva diferenciada resulta relevante para *la valoración de la culpabilidad*; finalmente, (iii) explicará cuáles fueron los errores de las instancias en este ámbito.

2.1 El contenido de la culpabilidad.

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*⁷. 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.

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.

⁷ CSJ SP, 9 sep. 20202, rad. 54497.

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*»⁸, de manera que «*toda pena impuesta en el caso concreto tiene que ser adecuada a la culpabilidad*»⁹. En palabras de la sala, «*obran con diferentes grados de culpabilidad quien roba para alimentarse y quien lo hace para satisfacer la ambición, y uno y otro injusto conllevan, por tanto, grados de desvalor personal diverso*»¹⁰; por ende, una y otra conducta deben recibir respuesta punitiva distinta, aun cuando el injusto típico sea el mismo en ambos casos.

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.

Ejemplo de lo primero lo son circunstancias de menor punibilidad como las de «*obrar en estado de emoción (o pasión excusables, o de temor intenso*», «*obrar por motivos nobles o altruistas*», «*la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la*

⁸ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Ed. B.de F. (Buenos Aires, 2019), p. 39.

⁹ WESSELS, BEULKE y SATZGER. *Derecho penal, parte general*. Ed. Instituto Pacifico (Lima, 2018), p. 270

¹⁰ CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497.

conducta punible» previstas en el artículo 55 del Código Penal, así como, desde luego, el disminuyente de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas de que trata el artículo 56 ibidem. Manifestaciones de lo segundo, a su vez, son circunstancias de mayor punibilidad como «la posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad», «ejecutar la conducta punible por motivo abyecto» y la que se configura cuando «el procesado, dentro de los sesenta (60) meses anteriores a la comisión de la conducta punible, haya sido condenado mediante sentencia en firme por delito doloso».

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.*

Desde luego, la función de la culpabilidad como categoría delimitadora de la pena no debe comprenderse en lógica retributiva sino preventiva:

«El pensamiento... de que la “esencia” o el “sentido” de la pena radicaría... en la retribución... es de naturaleza irracional y no es compatible ni con un concepto de culpabilidad libre de metafísica, ni tampoco en absoluto con el derecho penal de un moderno estado democrático, pues éste no puede tener otra tarea que preservar una pacífica vida común...

... si hacemos depender la pena, según su motivo y medida, de la culpabilidad del autor, esto solamente sirve para delimitar el poder estatal de intervención en la persecución de fines preventivos»¹¹.

¹¹ ROXIN, Claus. “El principio de culpabilidad y sus cambios”. En *La teoría del delito en la discusión actual*. Ed. Grijley (Lima, 2007), ps. 303 y 304.

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»¹², 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.

¹² Sentencia C – 233 de 2016.

2.2 La perspectiva de género y su aplicabilidad a este asunto.

2.2.1 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»¹³, así:

«Esa obligación en cabeza de las autoridades judiciales tiene cabida, primero, en el ámbito de la investigación de casos relacionados con violencia contra la mujer:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso que la investigación, en los casos de violencia contra la mujer, debe “emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. En términos generales, debe desarrollarse de manera:

A. Oportuna, para evitar que el tiempo atente contra la averiguación de la verdad y para adoptar medidas de protección eficaces;

B. Exhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta;

¹³ CSJ SP, 1 jul. 2020, rad. 52897.

C. Imparcial, para lo cual fiscales y jueces deben actuar objetivamente, es decir, libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos;

D. Respetando en forma adecuada los derechos de las afectadas, para prevenir una revictimización”¹⁴.

En esa misma línea, el artículo 17 de la Ley 1719 de 2014 establece ciertos parámetros para el adelantamiento de pesquisas de delitos sexuales, mientras que el artículo 13 de ese mismo cuerpo normativo contempla algunos derechos y garantías de las víctimas de tales agresiones en el marco de la actividad investigativa, por ejemplo, a “ser atendida(s) por personas formadas en Derechos Humanos, y enfoque diferencial”, o bien, “a que se les brinde iguales oportunidades desde un enfoque diferencial, para rendir declaración como a los demás testigos, y se adopten medidas para facilitar dicho testimonio en el proceso penal”.

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”¹⁵.

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”¹⁶, y, por lo mismo, aquéllos “vulneran el derecho de las mujeres cuando (incurren en la) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones”¹⁷.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 590 de 2017.

¹⁵ CSJ SP, 1 oct. 2019, rad. 52394.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T – 012 de 2016, citada en sentencia T – 462 de 2018.

¹⁷ *Ibidem*.

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”¹⁸.

Tal postura ha sido reiterada y aplicada, *en relación con casos de violencia contra la mujer*, en varias providencias, entre ellas, SP919-2020, SP922-2020, SP931-2020, SP1270-2020, SP1729-2020, SP3002-2020, SP3274-2020, SP4624-2020, SP1289-2021, SP1793-2021, SP3614-2021, SP3583-2021, SP5451-2021 y SP849-2022. Sin embargo, poco se ha profundizado en el entendimiento y aplicación de la perspectiva de género cuando la mujer no es víctima de un acto de violencia de género, sino que concurre al proceso penal como imputada por la comisión de un delito.

Similar déficit se ha reconocido en los instrumentos internacionales pertinentes – en concreto, *«la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, la Convención de Belem do Pará, en el marco de la OEA, opiniones consultivas (soft law) y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos»¹⁹* - pues aunque en aquellos se advierte *«un avance significativo para la protección de los derechos de las mujeres... **cuando son víctimas u ofendidas del delito...** mantienen un velo de invisibilidad a aquellas mujeres que son acusadas de cometer una conducta*

¹⁸ Caso *Espinoza Gonzales v. Perú*, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), no. 278.

¹⁹ AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. *Perspectiva de género en el sistema de justicia penal. Delito de homicidio*. En IFDP (n. 18, 2014), p. 113.

delictiva, (pues)... no regulan situaciones específicas respecto a que la realización de la conducta delictiva tenga como origen la violencia de género»²⁰.

2.2.2 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:

2.2.2.1 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»²¹.

En efecto, el enfoque o perspectiva de género «es un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a

²⁰ Ibidem.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Protocolo para juzgar con enfoque de género* (México D.F., 2015), p. 73.

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»²².

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.

²² CSJ SP, 1 jul. 2020, rad. 52897.

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»*²³.

2.2.2.2 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

²³ LAURENZO COPELLO, Patricia. “La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema”. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*. Ed. Programa Eurosocial (Madrid, 2020), p. 153.

de género que le precede o acompaña, tanto así, que algunas jurisdicciones han tomado medidas de orden legal para reconocerlo. Por ejemplo, el artículo 5° de la Ley 26364 de la República Argentina expresamente dispone que *«las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que **sea el resultado directo de haber sido objeto de trata**»*.

En otros casos, dicho vínculo aparece menos ostensible. Es el supuesto, verbigracia, de la mujer que comete un delito contra el patrimonio económico en una situación de precariedad tras haber sido cargada exclusivamente con la manutención de sus hijos por el abandono del padre y la sustracción de sus deberes compartidos. Similares escenarios se perciben con frecuencia en relación con delitos de estupefacientes, actividad criminal en la cual *«las mujeres desempeñan roles limitados y secundarios en los contactos con las sustancias prohibidas, son los primeros eslabones de la cadena de tráfico y las más expuestas a la persecución penal»²⁴*, y en la que está identificado, precisamente, que *«las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre los miembros más vulnerables de la sociedad en cuanto a posibilidad de que sean llevadas a participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes»²⁵*.

En otras palabras, *«en casi todos los casos se trata de **“jóvenes, pobres, analfabetas o con bajo nivel de***

²⁴ ASENSIO et. al. “Criminalización de mujeres por delitos de drogas”. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*. Ed. Programa Eurosocial (Madrid, 2020), p. 105.

²⁵ BLACKWELL, Adam y DUARTE, Paulina. “Violencia, delito y exclusión social”. En *Desigualdad e inclusión social en las Américas*. Ed. Organización de Estados Americanos, p. 131.

escolaridad, y casi siempre son madres solteras encargadas de cuidar a sus hijos; *acusadas de transportar pequeñas cantidades de droga*²⁶.

Otro grupo de eventos que permite comprender la importancia de la valoración contextual del delito con enfoque de género alude a aquéllos de *«mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales»*²⁷, en los cuales

*«...aparece como central la conceptualización del “problema de la novia” o “la mujer de las circunstancias”, que alude a la situación de las mujeres criminalizadas como consecuencia de las actividades ilícitas llevadas a cabo por hombres con los que se relacionan. Los estudios que incorporan este concepto señalan que las reglas de autoría y participación impactan sobre las mujeres con una intensidad que no tiene en cuenta el contacto mínimo que estas mujeres tienen con el mundo criminal. Asimismo, reparan en que las características del vínculo interpersonal permite indagar en la existencia de violencia de género, que podría incidir o moldear la participación de la mujer en el delito»*²⁸.

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 realicen²⁹. De hecho, la investigación empírica ha permitido observar que *«un porcentaje relevante (de mujeres*

²⁶ PÉREZ CORREA, Catalina. “Las que se quedan: las penas de prisión desde una perspectiva de género”. En *La mujer a través del derecho penal* (México D.F., 2013), p. 134.

²⁷ ASENSIO et. al. (n. 66), p. 135.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ PITLEVNIK, Leonardo y SALAZAR, Pablo. “Eximentes de responsabilidad en los casos de mujeres víctimas de violencia”. En *Género y justicia penal*. Ed. Didot (Buenos Aires, 2017), p. 89.

procesadas por delitos sexuales) presenta antecedentes de maltrato durante su infancia»³⁰:

*«Las historias de victimización sexual **son mucho más comunes entre las delincuentes sexuales femeninas adultas y adolescentes que entre los delincuentes sexuales masculinos.** Además, sus experiencias de maltrato a menudo son más prolongadas, extensas y graves»³¹.*

2.2.2.3 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.

Ello, desde luego, no es otra cosa que una especificación especializada del deber judicial general de consultar las circunstancias de todo orden del autor del delito, concretamente a efectos de adelantar el juicio de culpabilidad.

Ciertamente, como quedó visto (§ 2.1), la culpabilidad comprende una valoración del autor al momento de la realización del injusto para esclarecer si optó libre y autónomamente por la conducta típica y antijurídica – y, de ser así, las razones y circunstancias en las que lo hizo –, ora

³⁰ CALLÉN PATIÑO, Roberto y NGUYEN VO, Thuy. “Mujeres delincuentes sexuales: las grandes desconocidas”. En *Violencia y género en las relaciones de pareja*. Ed. Marcial Pons (Madrid, 2020), p. 141.

³¹ *Ibidem*, p. 142.

para discernir si actuó sin la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o para determinarse conforme ese entendimiento.

Atendido el contenido de esa categoría, 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.

2.2.2.4 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*».

2.2.2.5 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. Es decir,

*«...no se puede perder de vista que el papel de las mujeres en la sociedad está influenciado por condiciones y factores (biológicos, socioculturales y de poder) distintos a los de los hombres; los cuales, incluso, **provocan que las actividades delictivas y el modo en el que participan en éstas también sean diferentes, en consecuencia, el tratamiento que se les otorga también debe ser distinto**»³².*

Lo expuesto tampoco supone que *siempre* que una mujer es acusada por la comisión de un delito deba asumirse

³² SOTO ACOSTA, Leticia Catalina. “La perspectiva de género y los derechos de las personas imputadas en la procuración de justicia”. En *La aplicación de la perspectiva de género y derechos de las personas imputadas y acusada*. Editado por la Fiscalía General de la República (México D.F., 2013), p. 18.

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.

2.2.2.6 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 yerro será de interpretación o selección normativa, según el caso.

2.2.2.7 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. En efecto,

«...el componente intrínseco de género que es propio de los delitos de estatus se detecta de forma muy significativa cuando se trata de concretar el alcance del deber jurídico de garante derivado del vínculo que, si bien en abstracto es igual para mujeres y hombres, en la práctica suele valorarse en términos más rigurosos para la madre por esa responsabilidad reforzada que se infiere del rol de cuidado atribuido de forma prioritaria al género femenino»³³.

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 defensa³⁴, 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*

³³ LAURENZO COPELLO, Patricia (n. 65), p. 155.

³⁴ Di Corleto J. “Mujeres que matan Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis (2006). Citado en LEONARDI, María Celeste y SCAFATI, Ezequiel. “Legítima defensa en casos de violencia de género”. En *Revista Intercambios* (No. 18, 2019).

*una lesión*³⁵ -, ora como un criterio reforzador de la presunción de inocencia³⁶.

Sin embargo, como estas aproximaciones no resultan directamente aplicables al asunto que acá se examina, no habrá de profundizarse en ellas más allá de la ejemplificación introductoria efectuada.

2.2.2.8 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.

³⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel. *La feminización del derecho penal*. En Revista Electrónica de Derecho Penal e Política Criminal (2017), p. 19.

³⁶ PÉREZ RIVERA, Héctor Alberto. *Juzgar con perspectiva de género a mujeres acusadas de cometer un delito. ¿Existe un estándar legal aplicable?*. En Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos (2020), ps. 203 y ss.

2.3 El caso concreto.

2.3.1 En este asunto se demostró que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA 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, JOHANA DEL CARMEN 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, sometiéndola 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.

2.3.2 El juzgado de primera instancia, al calcular la pena impuesta a la procesada, razonó así:

«En este caso las partes no alegaron circunstancias de mayor punibilidad del artículo 58 del C.P. Así las cosas, nos ubicamos en el primer cuarto de movilidad (400 a 450 meses), por ello la pena por el delito de homicidio agravado es de cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión.

(...)

El “hasta otro tanto” será de 900 meses de prisión, que es el resultado de sumar 450 más 450 meses. Esto es, la pena de uno de los tres delitos en concurso multiplicada por dos. Sin embargo, debe observarse el límite establecido de sesenta años (720 meses de prisión) para la pena privativa de la libertad en los eventos de concurso...

(...)

Dichos incrementos serán así: 225 meses de prisión por el homicidio agravado en contra de K.J.L.M. y 225 meses de prisión por el mismo delito contra L.E.L.M. para un total de la pena de 950 meses de prisión... no obstante, no puede perderse de vista que la misma excede el límite de los 60 años... por lo tanto, la sanción definitiva... será de 720 meses de prisión.

Ahora bien, el artículo 52 del código penal prevé la posibilidad de imponer penas accesorias, en este sentido, el suscrito procederá a imponer como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas... por un tiempo igual al de la pena principal... esto es, 720 meses...».

El *ad quem*, por su parte y al abordar la queja del apelante en relación con la «*excesiva pena que se dedujo en la sentencia condenatoria*», descartó el reparo aludiendo a «*la gravedad de la conducta, que son entre otras cosas tres homicidios cometidos ni más ni menos por su progenitora*», y señalando que «*no imponer... la pena a que llegó el juez 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*». En cuanto al contexto de desamparo y violencia en que vivía MONTOYA ROSARIO simplemente señaló que «*si en verdad todos esos sucesos inmorales ocurrieron*» ello es irrelevante porque «*la acusada actuó con consciencia y voluntad*».

2.3.3 Son varios, ostensibles y sustanciales los errores que en este ámbito cometieron los juzgadores de primero y segundo grado:

2.3.3.1 Resulta incontrovertible que las instancias, *en tanto descartaron que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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 MONTOYA ROSARIO 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.

2.3.3.2 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 proceso³⁷. 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

³⁷ Entre muchas otras, CSJ SP, 16 sep. 2015, rad. 46485.

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 intimidatorio³⁸.

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).

2.3.3.3 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*».

³⁸ Cfr. sentencia C – 407 de 2020.

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 (§ 2.1).

Es verdad que MONTOYA ROSARIO 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 JOHANA DEL CARMEN – 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 MONTOYA ROSARIO 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 JOHANA DEL CARMEN MONTOYA 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»*.

2.3.3.4 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»*.

2.4 En suma, es evidente que MONTOYA ROSARIO, *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.

2.5 No obstante, la corrección de estos dislates es puramente conceptual, pues, como se explicará seguidamente, en el trámite quedó probado que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO cometió los injustos investigados como inimputable y en tales términos se le condenará. En tal virtud, no hay lugar a hacerle juicio de reproche alguno ni a realizar valoraciones de necesidad de pena. El monto de la medida de seguridad no responde a criterios de culpabilidad sino a razones terapéuticas y de protección.

3. Sobre la inimputabilidad de JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO.

No se debate la participación de MONTOYA ROSARIO en los hechos investigados. Tanto la Fiscalía como la defensa admiten (y ello, en efecto, demuestran las pruebas) que fue la acusada quien, en las circunstancias ya narradas, degolló a sus tres hijos antes de intentar suicidarse. La controversia refiere únicamente a la cuestión de si cometió ese hecho como imputable o como inimputable, específicamente en razón al posible padecimiento de un trastorno esquizoafectivo con manifestaciones psicóticas.

Así, la Corte (i) partirá por recordar brevemente su criterio en relación con la inimputabilidad derivada de trastornos mentales permanentes; luego, reseñará en lo pertinente (ii) las pruebas practicadas y (iii) los razonamientos que en este ámbito presentó el tribunal (anticipando, desde ya, que fueron varios y de distinta índole

los errores en que incurrió) para, finalmente, (iv) analizar el caso con supresión de los dislates advertidos en la sentencia cuestionada.

3.1 Sobre la inimputabilidad por trastornos mentales permanentes.

3.1.1 En providencia SP3218 de 28 de julio de 2021, la Corte se refirió al tema en los siguientes términos:

«Irrebatible es que en el actual orden constitucional sólo pueden ser sancionados con pena los comportamientos típicos y antijurídicos realizados con culpabilidad. En palabras de la Corte Constitucional, “ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es el fruto de una decisión” y, por ende, “no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad... De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto”³⁹. Así lo recoge el Código Penal, cuyo artículo decimosegundo expresamente prevé que “sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad”.

En ese orden, la culpabilidad – al margen de las muchas y variadas discusiones que ha suscitado y sigue suscitando su comprensión⁴⁰, al punto en que en algunos sectores se propugna incluso por su abolición como elemento integrante del delito⁴¹ - tiene, en la (legislación) colombiana, un sentido normativo finalista en virtud del cual se le comprende como “un reproche o censura contra quien, teniendo a mano la alternativa de lo jurídico-socialmente adecuado, opta libremente por lo que no lo es”⁴².

La conducta es culpable, pues, cuando su autor ha optado libremente por ella, es decir, la ha elegido, en ejercicio de su autonomía y albedrío, sobre otras conductas ajustadas a derecho que podría también haber asumido. Estas facultades – la

³⁹ Sentencia C – 239 de 1997.

⁴⁰ Véase ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal*. Ed. B de F. Buenos Aires (2008).

⁴¹ «Últimamente – para algunos como apertura hacia un nuevo derecho penal – se trata de superar todos esos criterios; los nuevos, aunque son bastante dispares, parecen encontrar su punto de partida en la idea de la culpabilidad como juicio de necesidad de imposición de la pena, realizado con miras a las finalidades de prevención general y especial de ésta. No es raro que esta tendencia quiera dejar de lado hasta la expresión misma de “culpabilidad”, para proponer otras designaciones (como “responsabilidad” – Roxin)». CREUS, Carlos. *Derecho penal. Parte general* (n. 4), p. 232.

⁴² CSJ SP, 9 sep. 20202, rad. 54497.

autonomía y el albedrío -, desde luego, no pueden probarse, pero “una organización liberal y democrática se expresa en que el Derecho considera libre al hombre, séalo o no en verdad”⁴³, al modo de una presunción sin la cual la actual teoría del delito devendría ilegítima.

Lo anterior explica que quienes obran en situaciones motivacionales anormales, por ejemplo, de coacción ajena o miedo insuperables, lo hacen sin culpabilidad, pues en tales eventos la realización del injusto no es producto de su elección libre y voluntaria, sino de fuerzas externas que truncan su capacidad de optar por el comportamiento ajustado a derecho. A idéntica conclusión se llegaría en aplicación de las posturas recién aludidas que propenden por la sustitución de la noción de culpabilidad por otras, como la necesidad de pena; si, según éstas, “lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al actor de su actuación”⁴⁴, aparecería claro de todas maneras que no hay razón para responsabilizar criminalmente a quien ha actuado movido por influencias que no podía razonablemente superar.

Ahora bien, el juicio de culpabilidad requiere que aquél contra quien se formula tenga la capacidad de ser culpable, pues a quien sencillamente no tiene la facultad de optar por un comportamiento ajustado a derecho no puede exigírsele que lo haga.

Eso – la capacidad de ser culpable – es la imputabilidad, elemento integrante de la culpabilidad que se presume de “quienes exhiben características de sanidad y madurez mental, por un lado, y de inserción en la cultura hegemónica, por otro”⁴⁵, y de la que carece, al tenor del artículo 33 del Código Penal, “quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares”.

Ese precepto, ha dicho la sala,

“... contempla dos supuestos normativos de inimputabilidad; el primero, la incapacidad del agente de comprender la ilicitud de su comportamiento y, el segundo, la de determinarse conforme a dicha comprensión.

⁴³ GUZMÁN DALBORA, José Luis. En ENGISCH, Karl. *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del derecho penal* (ref. 37), p. 17.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Ed. B. de F. (2019), p. 75.

⁴⁵ CSJ SP, 9 sep. 20202, rad. 54497.

Se trata de situaciones marcadamente distintas. En la primera es imposible para el autor aprehender el sentido de su comportamiento y el desvalor que entraña; no puede discernir el significado ético-social de la acción, es decir, que ésta “contrasta con las exigencias de la vida en sociedad”⁴⁶ porque falla su capacidad de comprensión, su facultad de “aislar, identificar y entender datos externos e integrarlos de forma coherente con la información de la cual la persona dispone, para aplicarlos con flexibilidad ante una situación determinada”⁴⁷.

En la segunda, en cambio, el sujeto puede comprender que lo que hace es jurídico-socialmente reprochado. Sus facultades intelectivas no son defectuosas. Lo que sucede es que, a pesar de entender el significado de la acción, no puede abstenerse de ejecutarla y orientar su comportamiento consecuentemente a ese entendimiento, porque carece de “autosuficiencia... autodirección individual... y autorregulación”. Lo que aquí falla, pues, no es su órbita intelectual sino la volitiva, “la habilidad para desempeñar una conducta con libertad, autonomía, conocimiento y comprensión”⁴⁸⁴⁹.

La incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión puede devenir, de acuerdo con el artículo en examen, de inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Para el caso que ahora se examina, basta enfatizar que el trastorno mental se entiende como «una disfunción o anomalía mental» que generalmente «se sustenta en un diagnóstico clínico de acuerdo a los parámetros y criterios de clasificaciones internacionales vigentes como la CIE o el DSM»⁵⁰, así:

“... (los trastornos mentales permanentes) “son aquellas afectaciones mentales graves, perfectamente instauradas, de evolución crónica y difícil recuperación, que al momento de los hechos investigados alteran de manera significativa las capacidades cognoscitivas y volitivas. Requieren tratamiento médico especializado, de manera inicial en un centro hospitalario y por definición son incurables. Sin embargo, con tratamiento se puede lograr una remisión de la sintomatología aguda que le permita a la persona reintegrarse a la sociedad.”

⁴⁶ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Citado en BASILIO, Laura. *L'imputabilità nel diritto italiano*. En ADIR (2002).

⁴⁷ Instituto Nacional de Medicina Legal. *Guía para la realización de pericias psiquiátricas forenses sobre capacidad de comprensión y autodeterminación*. 2009, p. 11.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ CSJ SP, 9 sep. 20202, rad. 54497.

⁵⁰ Sentencia C – 107 de 2018.

De igual manera, el trastorno mental puede ser transitorio y tener o no base patológica, el transitorio con base patológica consiste en “la alteración mental severa que se genera en una disfunción biológica o de personalidad, de presentación aguda o crónica episódica (como en los casos de patología dual), que recidiva si no se somete a tratamiento y que, durante la ocurrencia de los hechos investigados, altera de manera significativa las capacidades cognitivas y volitivas. Requiere tratamiento psiquiátrico que, de acuerdo al caso, puede ser hospitalario o ambulatorio”⁵¹.

Resta precisar que el artículo 33 en comento expresamente prevé que para la declaración judicial de la inimputabilidad no basta con la constatación de que el agente padece de un trastorno mental (o de inmadurez psicológica, o que se encuentra en una condición de diversidad sociocultural). Ello constituye apenas el presupuesto fáctico del posterior juicio valorativo que debe adelantar el Juez, a quien entonces corresponde discernir con exclusividad, a partir de las pruebas practicadas, si dicho trastorno efectivamente comportó para el autor del injusto, al momento de realizarlo, la incapacidad de comprender su ilicitud o, comprendiéndola, de ajustar su comportamiento a ese entendimiento.

Es que “la comprobación del elemento biológico no resulta suficiente para aceptar la exclusión de culpabilidad. Al mismo debe añadirse que el trastorno psíquico repercute sobre la capacidad de comprensión o de autocontrol”⁵².

(...)

Así las cosas, y en síntesis, la declaración de inimputabilidad está supeditada a la verificación de dos condiciones:

“Primero, la existencia de la condición mental que afecta al agente (inmadurez psicológica o trastorno mental), lo cual corresponde a una cuestión propia de las ciencias (médicas) y se acredita, debate y controvierte, por tanto, según los estándares epistemológicos de aquéllas. El conocimiento de esa circunstancia, por consecuencia, habrá de llevarse al juicio preferentemente a través de prueba pericial, y su valoración estará ceñida a los criterios establecidos para ese fin en el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo, el juicio valorativo-normativo sobre la incidencia que dicha condición haya tenido, en el caso concreto, en la comisión del injusto, o lo que es igual, a la constatación de

⁵¹ Ibidem.

⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte General*. V. I. Ed. Pacífico Editores (2014), p. 649.

que entre aquélla y el hecho investigado existe un vínculo que permite sostener que el autor, en ese momento, no comprendía su ilicitud, o bien, que sí la entendía pero no podía determinarse consecuentemente»⁵³.

Debe insistirse en que, como la existencia del trastorno mental es una cuestión de hecho para cuya comprensión se requieren «*conocimientos científicos... especializados*»⁵⁴, 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*». La razón de ser de tal proscripción, ha dicho la sala, es que

«...la capacidad de culpabilidad del procesado... constituye un elemento de la responsabilidad penal, (por lo cual) su afirmación o negación únicamente le está permitida a quien administra justicia. En (otras) palabras... «la inimputabilidad es una categoría jurídica que le corresponde determinarla al juez encargado de decidir el asunto y no a los especialistas traídos al juicio por las partes»⁵⁵. Igual sucede con la tipicidad y la antijuridicidad. Los hechos jurídicamente relevantes son, obviamente, tema de prueba y sobre su ocurrencia o no ocurrencia pueden y deben pronunciarse los

⁵³ CSJ SP, 9 sep. 20202, rad. 54497.

⁵⁴Art. 405 de la Ley 906 de 2004.

⁵⁵ CSJ SP, 23 ene. 2019, rad. 49047.

medios de prueba, pero el juicio de tipicidad, es decir, la valoración normativa de si esos hechos se subsumen o no en una descripción típica, compete exclusivamente al juez y ningún perito podría opinar en uno u otro sentido. A su vez, los presupuestos fácticos de la antijuridicidad han de demostrarse, pero el discernimiento de si el hecho típico menoscabó o amenazó el bien jurídico, en tanto juicio normativo sobre uno de los elementos de la responsabilidad, sólo puede adelantarlos el funcionario judicial»⁵⁶.

3.1.3.2 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 social⁵⁷) 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.

3.2 Las pruebas practicadas.

En este asunto, como quedó esbozado, el presupuesto fáctico a partir del cual se discutió la eventual inimputabilidad de MONTOYA ROSARIO lo fue el del trastorno mental permanente. Sobre esa cuestión giró fundamentalmente la controversia del juicio. Las pruebas practicadas, en lo pertinente, fueron las siguientes:

⁵⁶ CSJ SP, 2 mar. 2022, rad. 52207.

⁵⁷ Cfr. CSJ SP, 9 sep. 2020, rad. 54497.

3.2.1 Pericia elaborada por Manela Sorana García Vásquez, perito del Instituto Nacional de Medicina Legal⁵⁸. Es médico y psiquiatra de la Universidad de Cartagena y «*docente de pregrado y postgrado*»⁵⁹. Rindió dictamen a instancias de la Fiscalía. Para dar su opinión, realizó a JOHANA DEL CARMEN MONTOYA «*entrevista y evaluación psiquiátrica*» y estudió las piezas procesales. Concluyó que la nombrada «*al momento de los hechos... NO presentaba un diagnóstico clínico psiquiátrico*», aun cuando exhibe rasgos antisociales de personalidad que no configuran un trastorno. A partir de allí conceptuó que «*tenía la capacidad para comprender la ilicitud de los hechos y de autodeterminarse de acuerdo a esta comprensión*».

Evocó que al entrevistar a MONTOYA ROSARIO ésta pudo rememorar perfectamente los hechos – aun cuando en un primer momento dijo que «*no se (acordaba) de nada*» - y los describió con «*nitidez y lucidez*», lo cual descarta «*un estado alucinatorio en su momento*». También aseguró que «*para concluir que un paciente presenta trastorno esquizoafectivo... no (basta)... que presente alucinaciones, deben presentarse otro tipo de síntomas*», y que al momento de la valoración la procesada «*no presentaba alteraciones conductuales, afectivas y de pensamiento*»⁶⁰. Añadió que la acusada, al momento de la entrevista, no mostraba «*una actitud de arrepentimiento*» sino «*una actitud fría*», como si «*no*

⁵⁸ Fs. 63 y ss., c. 2.

⁵⁹ F. 62, c. 2.

⁶⁰ F. 135, c. 2.

tuviera conciencia de un acto tan magno como el que había realizado», por lo cual, en su criterio, «no hay explicación científica a la actuación de JOHANA»⁶¹.

3.2.2 Dictamen elaborado por Edith Teresa Aristizábal Díazgranados⁶². Es psicóloga con maestrías en desarrollo social y en educación. Tiene un doctorado en psicología con énfasis en neurociencia cognitiva aplicada. Se desempeña como docente y coordinadora de la especialización de psicología forense de la Universidad del Norte y como jefe de la unidad de salud mental del hospital de esa misma universidad. Profesionalmente se ha desenvuelto en el ámbito clínico en hospitales mentales. Rindió dictamen en este caso a solicitud de la defensa sin cobrar honorarios.

Para dar su opinión, entrevistó a MONTOYA ROSARIO los días 7, 8 y 24 de noviembre de 2015 durante un total ocho horas, siguiendo los protocolos forenses de entrevista a personas acusadas de delitos. Además, revisó las piezas procesales y le realizó a la procesada cuatro pruebas, de las que explicó lo siguiente:

«... una... de rastreo neurocognitivo... (para) ver si hay algún compromiso neurológico u orgánico... se llama Addenbroke's cognitive examination... el resultado de la prueba es sobre cien, JOHANA obtuvo un puntaje de 76/100... un poco bajo, pero adecuado para población poco escolarizada colombiana...; luego... una mini entrevista neuropsiquiátrica internacional versión V en español... es una entrevista breve, altamente estructurada, que rastrea todos los trastornos mentales... el resultado... arrojó indicadores de trastornos del estado afectivo... alteraciones en la conducta social... trastorno psicótico y del estado del ánimo con síntomas psicóticos... es una prueba de rastreo...;... dos protocolos

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² Sesión de 24 de agosto de 2016, récord 36:00 y ss.

de simulación para enfermedad mental... las dos dieron negativas para simulación... la primera se llama "inventario de síntomas"... el otro protocolo... se llama PES, "protocolo estandarizado de simulación", evalúa, a través de pruebas cognitivas, varias áreas del cerebro... se evalúan zonas del cerebro que hacen la misma función... contiene cinco pruebas neurocognitivas para valorar si hay o no simulación... lo que arrojan las pruebas es que son negativas para simulación de síntomas... psicóticas... esas pruebas hacen parte del protocolo forense...».

Con base en lo anterior, dictaminó que JOHANA DE CARMEN MONTOYA ROSARIO padece un trastorno esquizoafectivo que durante las fases de crisis le produce alucinaciones e ideas delirantes. En su entender, dicha condición la desarrolló después del nacimiento de su primer hijo, cuando empezó a escuchar voces que la compelián a suicidarse. El rasgo característico de ese padecimiento es, a su decir, que las manifestaciones psicóticas son provocadas por los cambios anímicos.

Opinó, así mismo, que al momento de los hechos la acusada estaba en medio de una crisis psicótica aguda, posiblemente desencadenada por el evento ocurrido semanas antes con su padre, a quien descubrió abusando sexualmente de su hija, y por lo sucedido inmediatamente después, cuando, al denunciar lo ocurrido ante el I.C.B.F. le fue advertido que perdería la custodia de de la niña si no abandonaba el hogar del agresor. En el marco de esa crisis habría tenido alucinaciones e ideas delirantes que le impidieron «una adecuada comprensión de lo que hacía... (y) de la realidad».

Tales crisis psicóticas, dijo, comienzan con síntomas afectivos - depresivos o maníacos -, con alteración de la conducta del sueño, del apetito, ansiedad y dolores de cabeza «*muy fuertes*». A ello le siguen las alucinaciones y delirios.

Descartó, gracias a la aplicación de las mencionadas pruebas de simulación, que MONTOYA ROSARIO estuviese fingiendo o imitando los síntomas propios del trastorno diagnosticado, lo cual además corroboró porque con posterioridad a su dictamen logró establecer que la está siendo psiquiátricamente tratada en la prisión y se encuentra medicada con antipsicóticos.

3.2.3 Testimonio de Maryuri Rodríguez, psicóloga, magíster en psicología clínica, estudiante de doctorado en salud mental y docente de la Universidad del Norte⁶³.

Tuvo dos entrevistas de dos horas con MONTOYA ROSARIO. Le realizó una entrevista diagnóstica por la cual concluyó que la nombrada padece trastorno esquizoafectivo. Se trata, a su decir, de una forma de esquizofrenia que provoca alucinaciones visuales y auditivas y pérdida de contacto con la realidad.

La psicóloga elaboró un informe base de opinión pericial que, sin embargo, no se incorporó porque el defensor no provocó su autenticación a cargo de la autora ni pidió que se tuviera como prueba.

⁶³ Sesión de 24 de agosto de 2016, cuarto archivo, récord 36:00.

3.2.4 Testimonio de Wilson Díaz Reales⁶⁴. Fue novio de MONTOYA ROSARIO aproximadamente desde 2013 y convivió con ella y sus hijos desde diciembre de 2014 en una habitación en Palmar de Varela. Relató que el día de los hechos salió temprano en la mañana a trabajar. Con él despertó también JOHANA DEL CARMEN, quien desde ese momento le dijo tener un fuerte dolor de cabeza. Regresó a la habitación aproximadamente a las 9:25 P.M., encontró la puerta cerrada y nadie respondía. Algún vecino le dijo que no había visto salir a la ahora procesada, de manera que debía estar adentro. Luego de varios minutos, y con la asistencia de un conocido, logró forzar la entrada y encontró los cuerpos.

Aseguró que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA fue siempre «*muy cuidadosa*» con sus hijos y se mantenía «*pendiente de todas sus cosas*». Los llevaba al colegio en las mañanas, los recogía en las tardes y les organizaba sus «*meriendas*». También evocó que la nombrada llevaba cierto tiempo exhibiendo señales de alguna condición mental. Escuchaba gente en el techo y voces que le decían «*que no la querían... que estaba sola, que se quitara la vida, que ella estaba sola en este mundo*»; en las noches salía al patio «*llorando sola, constantemente andaba llorando tanto de día como de noche*», no se miraba en espejos porque «*veía a otra persona distinta, la cara de otra mujer*». Relató, así mismo, que MONTOYA ROSARIO fue violada por su padre en la infancia y su madre, en vez de apoyarla cuando lo supo, la

⁶⁴ Sesión de 18 de abril de 2016, récord 6:00 y ss.

reprendió y «*no le hizo caso*». Le consta que intentó suicidarse cuando menos en una ocasión tomándose «*un guayaquil*». En alguna ocasión le sugirió buscar asistencia psicológica o psiquiátrica aquélla pero rehusó la propuesta y lo recriminó por «*tratarla de loca*».

Agregó que JOHANA DEL CARMEN descubrió a su papá abusando de K.J.L.M. en diciembre de 2014. Al denunciar ese hecho, el día 4 de ese mes y año, «*no le dieron ayuda*» y la amenazaron con quitarle la custodia de la menor. Ese evento fue «*muy fuerte para ella*», razón por la cual se radicaron juntos en Palmar de Varela a partir de entonces.

3.2.5 Testimonios de Inírida Carrascal Guevara⁶⁵, Libia Mejía Blanca⁶⁶ y Alexander Pullman Mejía⁶⁷, vecinos de MONTOYA ROSARIO al momento de los hechos. En términos concurrentes, los tres declararon que «*trataba muy bien a los hijos*». La primera sostuvo que «*todo el día*» de los hechos oyó en la habitación de la procesada el sonido del televisor. La segunda aseguró que en la mañana vio a los hijos de JOHANA DEL CARMEN en el patio; los percibió «*tristes, atribulados, como nerviosos*» y uno de ellos le manifestó que la acusada «*tenía un dolor de cabeza muy fuerte*». El último dijo ser quien ayudó a Wilson Díaz Reales a forzar la entrada de la habitación.

⁶⁵ Sesión de 25 de mayo de 2016, récord 12:00 y ss.

⁶⁶ Ibidem, récord 29:00 y ss.

⁶⁷ Ibidem, récord 47:00 y ss.

3.2.6 La versión de JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO, 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 inmediación 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 profesional⁶⁸.

3.3 Los argumentos y errores del tribunal.

3.3.1 El *ad quem*, ya se dijo, privilegió el dictamen aportado por la Fiscalía y desestimó el alegado por la defensa. Consecuentemente, dio por cierto que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA actuó como imputable y así la condenó.

Para sostener esa conclusión razonó así:

⁶⁸ Al respecto, y entre muchas otras, CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50637.

3.3.1.1 La experticia psiquiátrica «se practicó con todos los protocolos legítimos y aconsejables del escenario de medicina legal» y, en esas condiciones, la psicológica «no tiene la fuerza suasoria» para enervarlo⁶⁹. En efecto, la experta de la acusación «fue amplia dentro de la evacuación de su testimonio» y dictaminó que la procesada «poseía la capacidad para comprender la ilicitud de los hechos que estaba cometiendo y de autodeterminarse de acuerdo a esta comprensión».

3.3.1.2 El dictamen elaborado a instancias de la defensa «tiene como fuente los elementos de convicción que sirvieron de fulcro para construir el dictamen psiquiátrico y el texto mismo de éste, sin que se hiciera una evaluación psicológica directa y con todos los protocolos a la... acusada»⁷⁰. En cambio, la médico psiquiatra, para elaborar su concepto, sí entrevistó a MONTOYA ROSARIO.

3.3.1.3 El Instituto Nacional de Medicina Legal (en un texto que en el fallo se transcribe pero no se identifica), tiene precisado que la psiquiatría es la rama de la medicina «que estudia científicamente la naturaleza de los disturbios mentales», mientras que la psicología «estudia el comportamiento normal o patológico de la persona». Así, un psiquiatra es más idóneo que un psicólogo para diagnosticar un trastorno mental.

⁶⁹ F. 34.

⁷⁰ Ibidem.

3.3.1.4 En todo caso, el análisis de las circunstancias que rodearon los hechos permite inferir que la procesada «*sí fue consciente de la magnitud de los actos delincuenciales*». De una parte, porque cerró las puertas, apagó las luces y sabía que «*un instrumento filoso es capaz con su uso en la humanidad de una persona de acabar con su vida*». De otra, por cuanto reconoció en las entrevistas psicológicas que fue ella misma y no otra persona quien mató a sus hijos y escondió sus cuerpos. Además, si de verdad hubiera actuado en medio de una crisis psicótica, no se entendería que «*recuerde los antecedentes y consecuentes especiales de los hechos*» y, aunque su novio atestó que la acusada «*oía voces*» y exhibía «*otros comportamientos (indicativos de) inestabilidad mental*», ello no basta para tenerla por inimputable porque lo demostrado es que «*actuó con consciencia y voluntad*».

3.3.2 Son varios, como ya se anticipó, los errores que subyacen a estos razonamientos del tribunal. Véase:

3.3.2.1 El demandante no discute la apreciación según la cual la pericia psiquiátrica se elaboró «*con todos los protocolos*». Tampoco rebate que la experta de la Fiscalía fue «*amplia*» al rendir dictamen en la vista pública. Sin embargo, tales argumentos son dialécticamente neutros porque lo anterior es cierto también de la experticia elaborada a instancias de la defensa y de la intervención de la psicóloga Edith María Aristizábal Díazgranados en el juicio. Como se vio (§3.2), ésta explicó con total solvencia cuáles fueron los protocolos y técnicas a los que se ciñó para dar su opinión, y

absolvió con claridad el interrogatorio y contrainterrogatorio formulados en el juicio.

Si ambas opiniones periciales se realizaron con acatamiento de los protocolos aplicables y las dos expertas se condujeron en la vista pública con suficiencia y espontaneidad, ello no constituye motivo razonable para privilegiar una y desestimar la restante.

Además, el tribunal acogió la conclusión del dictamen psiquiátrico conforme la cual MONTOYA ROSARIO «poseía la capacidad para comprender la ilicitud de los hechos que estaba cometiendo y de autodeterminarse de acuerdo a esta comprensión» aun cuando, según se explicó (§ 3.1.3.1), tal opinión le está legalmente vedada al experto y debió, por ende, ser excluida de la valoración del dictamen.

3.3.2.2 Muy en contra de lo afirmado por el *ad quem*, la psicóloga Edith María Aristizábal Díazgranados fue clara al aseverar que su dictamen psicológico tuvo por insumo primordial «cuatro sesiones de entrevista de dos horas cada una» llevadas a cabo los días 7, 8 y 24 de noviembre de 2015⁷¹. Expuso, así mismo, que en el curso de esas conversaciones le aplicó a MONTOYA ROSARIO varias pruebas; una primera, que denominó “de rastreo neurocognitivo”, con el objeto de establecer afectaciones neurológicas u orgánicas en sus facultades mentales; otra, llamada “mini-entrevista neuropsiquiátrica”, para auscultar

⁷¹ Sesión de 24 de agosto de 2016, récord 36:00 y ss.

indicadores de posibles trastornos; finalmente, dos pruebas de simulación, con miras a descartar que la acusada estuviese fingiendo, inventando o imitando síntomas o signos de algún padecimiento. Después, según relató, estudió las piezas procesales y a partir de todo ello rindió su dictamen.

De manera incomprensible, y a pesar de la extensa e inequívoca exposición que de todo ello hizo la psicóloga en la vista pública, el juez colegiado afirmó que Aristizábal Díazgranados no examinó personalmente a MONTOYA ROSARIO y que basó su opinión profesional sólo en la evaluación de las piezas procesales. El cercenamiento de la prueba es manifiesto.

3.3.2.3 A efectos de afirmar la mayor competencia de la psiquiatra sobre la psicóloga para diagnosticar un trastorno mental, el tribunal invocó «*una literatura*» del Instituto Nacional de Medicina Legal según la cual mientras «*la psicología... estudia el comportamiento normal o patológico de una persona*», la psiquiatría sí se encarga de «*los disturbios mentales, sus causas, desarrollos y efectos*».

Con todo, y al margen del mérito que pueda otorgarse a esa “literatura” anónima (pues no tiene identificación, referencia o fuente alguna), sucede que también acá el fallo impugnado encierra un ostensible cercenamiento del dictamen rendido en juicio por Edith María Aristizábal Díazgranados, pues su aptitud profesional para rendir el dictamen no se sustentó en su titulación como psicóloga, sino en su preparación

académica y empírica en los ámbitos de la psicología *clínica* y la *«neurociencia cognitiva aplicada»*.

En efecto, aquella admitió ser psicóloga de profesión y reconoció que, en principio, la labor de valorar el estado de salud mental de una persona *«no (la) hace un psicólogo»*. Sin embargo, y a su decir, ello sí puede hacerlo *«un psicólogo clínico»*, cual es, justamente, su perfil. A ese respecto, dijo tener un doctorado en *«neurociencia cognitiva aplicada»* y ejercer como jefe de la unidad de salud mental del hospital de la Universidad del Norte; además, su experiencia laboral, siguiendo su declaración, ha sido *«siempre... en hospitales mentales... (en) clínica»*.

Se observa entonces que la corporación, como consecuencia del cercenamiento probatorio identificado, le restó mérito al dictamen de Aristizábal Díazgranados a partir de un argumento que en realidad no refuta de ninguna manera su idoneidad para rendirlo: aunque la “literatura” mencionada pueda llevar a colegir que un *psicólogo* no tiene la competencia para dictaminar un trastorno mental, ese texto nada dice sobre la idoneidad que para ello tiene un *psicólogo clínico con estudios doctorales en neurociencia cognitiva aplicada*.

Por demás, la aptitud de los psicólogos clínicos para diagnosticar trastornos mentales fue corroborada por la también experta Marturi Rodríguez⁷², quien explicó que esa

⁷² Sesión de 24 de agosto de 2016, cuarto archivo, récord 36:00.

área del conocimiento se ocupa de la «*evaluación, **diagnóstico** e intervención dependiendo de la patología o la enfermedad mental que arroje el proceso de evaluación*». Esta información fue soslayada por el tribunal.

Y es que – no sobra agregarlo – la literatura especializada corrobora lo dicho por Aristizábal Diazgranados y Marturi Rodríguez a este respecto. La psicología clínica «*se interesa principalmente en establecer un **psicodiagnóstico**, cara a **identificar el trastorno**, en **analizar la condición psicopatológica**, cara a una explicación, y en llevar a cabo un tratamiento, cara a remediar el problema y, en su caso, prevenirlo*»⁷³. Justamente por ello se estima que «*aun dentro de la psicología, **dispone de sus propios métodos, modelos y procedimientos**, en particular, métodos **psicodiagnósticos**, **modelos psicopatológicos** y procedimientos psicoterapéuticos*»⁷⁴.

Visto entonces que «*los psicólogos clínicos se interesan fundamentalmente en el **diagnóstico**, causa y tratamiento de los trastornos psicológicos*»⁷⁵, no había lugar a desestimar las opiniones reseñadas a partir de argumentos relacionados con la idoneidad o competencia de quienes las rindieron.

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

⁷³ Psicología clínica y psiquiatría. En *Papeles del Psicólogo* no. 85 (2003). Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77808501>, p. 3.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, Itzel y NÚÑEZ PÉREZ, Rubén. *Psicología clínica: ¿qué es, qué hace, cómo lo hace, para qué sirve?*. Universidad Autónoma Metropolitana (2010), p. 9.

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, en la cual la Corte sostuvo que *«el medio probatorio para determinar si al momento de ejecutar la conducta el individuo no tenía la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es el dictamen pericial psiquiátrico»*. Sin embargo, inmediatamente después se precisó que lo anterior debe entenderse *«sin perjuicio... del principio de libertad probatoria, según el cual toda circunstancia puede demostrarse a través de cualquier medio de convicción, siempre que su apreciación resulte razonable»*.

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 tenersele como *única evidencia* posible (pues existen otras similarmente

calificadas, como la ofrecida, justamente, por un psicólogo *clínico* con conocimientos acreditados en neurociencias).

Tanto es así que en el caso invocado por el fiscal, en el cual se discutía la posible inimputabilidad del acusado con fundamento en una pericia psiquiátrica y una psicológica que se refutaban entre sí, la Corte acogió la primera y desestimó la segunda, pero no porque aquélla proviniera de un psiquiatra y ésta de un psicólogo, sino porque al valorar ese segundo elemento advirtió que el experto

«...no explicó los principios científicos o técnicos en que fundamentó su análisis; guardó silencio sobre los métodos empleados en la investigación y análisis del caso, remitiéndose a unos actos de averiguación que no fueron descubiertos a las partes como sustento de su aplicación fáctica; eludió el interrogatorio cuando se le conminó a que sustentara los protocolos empleados en su peritación, haciendo mención, de manera exclusiva, a su experiencia como soporte de metodología, y, nunca aclaró si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza».

3.3.2.4 Como se explicó antes, 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 MONTOYA ROSARIO 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 JOHANA DEL CARMEN MONTOYA 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 Aristizábal Díazgranados:

*«En efecto, así pasó. **Los primeros dos meses que JOHANA estuvo internada en el CARI, ella no recordaba haber hecho nada de esto; inclusive, cuando su hermana le preguntaba sobre los hijos, ella decía que estaban en la casa, es decir, ella no tenía recuerdo alguno de lo que había hecho. La hermana empezó a llevarle periódicos... empezó a tener recuerdos primero fragmentados, que es lo común... ideas, pedacitos, cosas que recordaba... meses después... había logado hacer una cierta reconstrucción de la historia, pero no es como yo la presento, aquí yo la estructuro, ella dice pedazos, trozos, la coherencia se la he dado yo para que sea entendible...**»⁷⁶.*

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 JOHANA DEL CARMEN MONTOYA 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 Aristizábal Díazgranados 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.

⁷⁶ Sesión de 24 de agosto de 2016, segundo corte, récord 18:20 y ss.

(ii) Del hecho de que MONTOYA ROSARIO 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, JOHANA DEL CARMEN MONTOYA 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.

También en relación con lo segundo – el hecho de que la acusada cerró la puerta de acceso a la habitación – el *ad quem* razonó equivocadamente. Es verdad que esa conducta permite inferir, en ciertas circunstancias y junto con otros indicios, la conciencia de la ilicitud. Por ejemplo, en la providencia SP3392 de 9 de septiembre de 2020, la Corte estudió el caso de un hombre adulto que padece una discapacidad mental severa y accedió carnalmente de manera violenta a un joven de once años. La agresión sucedió cuando el menor ingresó a una bodega persiguiendo un balón

de fútbol que por accidente rodó hacia allí. En el sitio fue abordado por el acusado, quien *«tras cerrar la puerta, lo cargó hasta el fondo de la edificación, le llenó la boca con espuma, lo asió de ambas manos y lo penetró por la vía anal»*. Al examinar el contexto del injusto para establecer si el procesado obró como imputable o inimputable, la sala ponderó el hecho de que cerrara la puerta de la bodega así:

«Ese proceder revela la intención de evitar tanto la intrusión sorpresiva de terceros como la posibilidad de que quienes se encontraban por fuera de la edificación pudiesen observar lo que sucedía en su interior. El propósito de crear ciertas condiciones de privacidad para la realización del hecho es indicativo de la comprensión (y la capacidad de comprensión) del significado jurídico-social de lo que se disponía a llevar a cabo..».

Pero un análisis análogo al elaborado en ese asunto no tiene cabida en éste, porque MONTOYA ROSARIO no acudió a una edificación ajena, menos una de carácter comercial que normalmente permanece abierta, para perpetrar el delito, sino que estaba *en su propia residencia* desde que despertó en la mañana. Es normal que las personas mantengan cerrada la puerta de sus hogares cuando se encuentran al interior de los mismos, no sólo por la naturaleza inherentemente íntima de tales recintos, sino también por motivos obvios de seguridad. Ello, por ende, no tiene ningún sentido indiciario en el asunto que acá se examina.

(iii) El tribunal también invocó, como hecho indicador de que MONTOYA ROSARIO 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». A partir de ello, afirmó que actuó con «*consciencia y voluntad*».

A este argumento subyace una comprensión equivocada de la imputabilidad en la cual se le confunde con los aspectos subjetivos de la tipicidad.

Que MONTOYA ROSARIO 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.

3.3.2.5 Por último, y aunque el *ad quem* dijo que valoraría los hechos y circunstancias que rodearon la ejecución del injusto para discernir si JOHANA DEL CARMEN 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.

Ciertamente, en el juicio declararon Inírida Carrascal Guevara y Libia Mejía Blanca, vecinas de la acusada, quienes relataron contestemente que ésta era una madre dedicada al cuidado y protección de sus hijos. Nunca vieron que los maltratara, les alzara la voz o golpeará; los llevaba y recogía del colegio y los alimentaba adecuadamente⁷⁷. Esos testimonios - que el tribunal soslayó íntegramente - fueron corroborados por Wilson Díaz Reales (cuya declaración fue cercenada en estos puntuales aspectos), quien reiteró que MONTOYA ROSARIO trataba con ternura y atención a sus hijos⁷⁸.

Estos elementos de juicio resultaban relevantes para la decisión del caso por las razones sobre las cuales volverá la sala más adelante (§ 3.4.2).

⁷⁷ Sesión de 25 de mayo de 2016, récord 12:00 y ss.; récord 29:00 y ss.

⁷⁸ Sesión de 18 de abril de 2016, récord 6:00 y ss.

Además, aunque el tribunal mencionó las aseveraciones de Wilson Díaz en relación con los síntomas que la acusada exhibía – oía gente en el techo, temía a los espejos, lloraba incesantemente, no dormía etc. – lo hizo sólo nominalmente, pues no realizó una verdadera valoración de ellas. Se limitó a decir que esas circunstancias no bastan para tenerla por inimputable (lo cual es obvio) sin hacer una ponderación sustancial de esos hechos en articulación con el dictamen rendido por la psicóloga Aristizábal Díazgranados y los demás hechos demostrados.

3.3.2.6 Resta señalar que el *ad quem* ignoró integralmente el testimonio de la psicóloga clínica Maryuri Rodríguez, quien también valoró a JOHANA DEL CARMEN MONTOYA y rindió una opinión profesional sobre su salud mental. Ni siquiera hizo mención de dicha pieza.

3.3.3 En síntesis, la conclusión del *ad quem* en cuanto a la imputabilidad de JOAHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO está apoyada en múltiples errores de valoración y apreciación probatoria, así como en algunas distorsiones en la comprensión de las categorías jurídicas pertinentes.

En tal virtud, corresponde a la sala examinar las pruebas practicadas con supresión de esos dislates para discernir si la procesada obró como imputable o como inimputable.

3.4 El caso concreto.

Inicialmente debe establecerse si se acreditó que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO padece un trastorno mental. De ser ello así, habrá de analizarse si tal condición afectó material o sustancialmente su capacidad de culpabilidad.

3.4.1 En la primera de tales labores, pártase por recordar que el mérito de la prueba pericial no depende de su conclusión – pues *«como el juez no es conocedor de la ciencia o técnica de que trata el dictamen, le es imposible discernir (su) acierto»*⁷⁹ -, sino de la idoneidad *«técnico científica y moral»*⁸⁰ de quien la rinde y de que aquél *«explique suficientemente la base “técnico-científica” de su opinión»*⁸¹.

En este asunto, las experticias psiquiátrica y psicológica aportadas por la Fiscalía y la defensa se refutan entre sí: la primera niega que MONTOYA ROSARIO padezca alguna condición mental y la segunda sostiene que sufre de un trastorno esquizoafectivo desde su juventud. Como ambas fueron elaboradas por profesionales idóneas (§ 3.3.2.3), con apego a los protocolos aplicables, a partir de la valoración directa de la acusada y por expertos que respondieron de manera igualmente clara y exacta las preguntas que las partes les hicieron en el juicio (§ 3.2), ninguna de ellas,

⁷⁹ CSJ SP, 2 mar. 2022, rad. 52207.

⁸⁰ Art. 420 de la Ley 906 de 2004.

⁸¹ CSJ SP, 11 jul. 2018, rad. 50637.

considerada aislada o insularmente, puede privilegiarse sobre la restante.

Lo anterior impone la necesidad de examinar las demás pruebas con miras a establecer cuál de las dos posturas técnicas, si es que alguna, goza de mayor corroboración.

A ese efecto, se observa que el diagnóstico de la psicóloga Aristizábal Díazgranados tiene por uno de sus fundamentos que MONTOYA ROSARIO ha exhibido por varios años signos compatibles con el trastorno esquizoafectivo, como insomnio, inapetencia y alucinaciones visuales y auditivas. Aunque es verdad que no existe una historia clínica previa que dé cuenta de ello porque la nombrada nunca recibió asistencia psicológica (lo cual se debe a las condiciones sociales y personales de la procesada), la realidad de dichos signos fue corroborada por su novio, Wilson Díaz Reales.

Éste, en efecto, evocó que desde que empezó su relación con la procesada, lo cual sucedió alrededor de 2013, percibió en ella comportamientos «*que no eran normales*»; rehusaba mirarse en el espejo porque veía a otra mujer, escuchaba pasos en el techo y voces amenazantes, y lloraba habitualmente, tanto en el día como en el medio de la noche. Incluso precisó que en alguna ocasión intentó suicidarse tomándose un «*guayaquil*».

Desde luego, para la sala no pasa desapercibido que Díaz Reales no tiene ninguna preparación psicológica o

psiquiátrica; se trata de un hombre que trabaja en un «estanco» cargando y vendiendo mercancía. Pero aunque ello le impide calificar profesionalmente los síntomas y signos que percibió en su pareja, su ignorancia en dichos temas no es obstáculo para que los observara y reconociera como anómalos desde la experiencia común. Es más: el hecho de que el testigo no tenga ningún conocimiento en cuestiones de salud mental refuerza el mérito de su dicho; ello permite descartar razonablemente la posibilidad de que esté mintiendo para favorecer a la acusada, pues no tendría cómo atinar en la descripción de padecimientos que justamente coinciden con el diagnóstico de la psicóloga.

En todo caso, Aristizábal Díazgranados aplicó dos pruebas diferentes para descartar que JOHANA DEL CARMEN estuviese fingiendo sus síntomas y ambas, conforme su opinión profesional (que no fue rebatida de ninguna manera en ese aspecto) «arrojaron negativo para simulación».

Como si fuera poco, la experta constató que, luego de su detención y cuando empezó a recibir atención psiquiátrica en la cárcel, MONTOYA ROSARIO fue diagnosticada con «síndrome maníacodepresivo, psicosis (y) esquizofrenia interrogada», y medicada consecuentemente ante el reporte de «alucinación auditiva, labilidad emocional (e) insomnio»⁸².

Naturalmente, ese diagnóstico posterior no fue elaborado por la propia Edith María Aristizábal Díazgranados

⁸² F. 114, c. 1; sesión de 24 de agosto de 2016, segundo corte, récord 4:30 y ss.

sino por el psiquiatra Jairo Palacio del hospital CARI, de modo que aquélla no puede demostrar su fundamentos, de los cuales sólo tiene conocimiento referencial; pero la experta sí podía declarar sobre *la existencia* de esa valoración profesional, de la cual se enteró personalmente al revisar la historia clínica elaborada en el centro de reclusión. En esas condiciones, tal información concurre a corroborar el dictamen rendido en la vista pública.

Pero hay más: en el juicio declaró también la psicóloga clínica Maryuri Rodríguez, quien luego de realizar a JOHANA DEL CARMEN MONTOYA una entrevista semiestructurada «*con criterios específicos para diagnosticar*» y de valorar la historia clínica que se le construyó en la cárcel, dictaminó que aquélla sufre trastorno esquizoafectivo con manifestaciones psicóticas «*como alucinaciones y delirios*». Se trata, pues, de una prueba pericial que ratifica directa, conteste y concurrentemente el diagnóstico elaborado por Aristizábal Díazgranados y confirma entonces que la procesada sí sufre del trastorno mental mencionado.

Dicho dictamen estuvo precedido por un informe base de la opinión pericial que sin embargo, como quedó explicado (§ 3.2.3) no se incorporó a la carpeta como consecuencia del deficiente interrogatorio efectuado por el defensor, quien no provocó su autenticación ni solicitó su introducción. Quizás fue por ello que el tribunal lo ignoró íntegramente.

Sin embargo, el hecho de que el informe precedente no fuese incorporado no constituye obstáculo para valorar lo

dicho por la experta. Recuérdese que la prueba pericial no es el informe base, sino el dictamen rendido de viva voz por la profesional en la vista pública, en frente del juez y con contradicción de las partes⁸³. De hecho, la existencia de un informe base previo no es presupuesto fundamental de la prueba pericial, tal como lo prevé el artículo 412 de la Ley 906 de 2004 y lo tiene discernido esta sala⁸⁴. De todas maneras, en este caso (i) el informe base fue oportunamente descubierto, (ii) el fundamento fáctico de la opinión pericial (la percepción directa que tuvo la experta de la acusada) fue acreditado en juicio mediante su propio testimonio, y (iii) la Fiscalía ejerció libre y plenamente el contrainterrogatorio de la perito.

Así las cosas, a partir de la apreciación conjunta e integral de los elementos de juicio aportados se concluye que MONTOYA ROSARIO 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).

3.4.2 Precisado lo anterior, queda por discernir si esa condición incidió en la capacidad de JOHANA DEL CARMEN MONTOYA de comprender la ilicitud de lo que hacía o de determinarse por esa comprensión.

⁸³ CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 30214; en igual sentido, CSJ SP, 17 jun. 2009, rad. 31475.

⁸⁴ CSJ SP, 21 feb. 2007, rad. 25920; CSJ AP, 14 sep. 2009, rad. 31981.

La opinión profesional de Aristizábal Díazgranados es que la acusada agredió a los menores en el marco de una crisis psicótica desencadenada por el descubrimiento, en los días inmediatamente anteriores, de que su padre estaba abusando de K.J.L.M., y por la posibilidad de perder la custodia de sus hijos como consecuencia de ese evento, según le habría sido informado en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar al denunciar lo sucedido. La experta aseguró que dicha crisis impidió formar «*una adecuada comprensión de lo que hacía... (y) de la realidad*».

También tal apreciación, advierte la sala, encuentra respaldo en las pruebas practicadas:

El testigo Wilson Díaz Reales evocó que «*varias veces... encontr(ó) que (la acusada) salía una o dos de la mañana llorando sola... constantemente andaba llorando*», que con frecuencia le decía que oía personas caminando en el techo y escuchaba voces que la conminaban a quitarse la vida. Téngase presente que, aunque Díaz Reales y MONTOYA ROSARIO llevaban más de un año de relación sentimental al momento de los hechos, sólo empezaron a convivir luego de diciembre de 2014 y por una duración aproximada de un mes. Ello es importante porque el testigo fue enfático al señalar que las afectaciones anímicas y alucinaciones que describió corresponden a su observación de la acusada durante el período en que «*estuvo viviendo con (él)*», de modo refieren justamente al mes anterior la comisión del injusto. Así mismo, aseguró que cuando MONTOYA ROSARIO padecía dolores de cabeza «*se impresionaba*» al verlo, «*se*

ponía azarada, cuando se le acercaba alguien sentía temor, como aterrorizada». Si se considera que Díaz Reales también narró que el día de los hechos, cuando salió a trabajar, JOHANA DEL CARMEN se «sentía mal» y tenía un fuerte dolor de cabeza, al punto en que, contrario a su conducta cotidiana, «no le hizo desayuno», puede razonablemente inferirse que esas afectaciones anímicas estaban presentes el 18 de febrero de 2015.

De hecho, Libia Mejía Blanca ofreció información que afianza la anterior apreciación. Narró que en la mañana del día los hechos observó lo siguiente:

*«... yo ese día me levanté y vi los niños que estaban arrunchaditos allá contra una pared, la pared que viene así por el patio... yo les pregunto “¿su mamá, que no la he visto?”, me dicen “no, vecina, **ella está con un dolor de cabeza muy fuerte**”... los vi muy tristes, muy atribulados... como nerviosos... después de eso ella salió con una taza verde a recoger agua... cuando ella salió a coger agua, **ella sale con la cabeza agachada... yo no le hablé porque la vi a ella como... como triste, como aburrida, estresada...**».*

Esa declaración da cuenta de que, en efecto, la acusada no sólo sufría del dolor de cabeza que refirió su novio, sino también de que su estado anímico ese día no era el normal. Recuérdese, de acuerdo con la opinión pericial de la psicóloga Aristizábal Díazgranados, que los episodios psicóticos de quienes padecen trastorno esquizoafectivo son producto, justamente, de las alteraciones del ánimo.

Por otra parte se tiene, según fue probado por los testimonios de Wilson Díaz y de los vecinos Inírida Carrascal Guevara, Libia Blanca Mejía y Alexander Pullman Mejía, 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 MONTOYA ROSARIO 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 contatarse que ese ataque comportó una ruptura radical respecto de la conducta antecedente de la enjuiciada.

Así mismo, se acreditaron los presupuestos fácticos en que se apoya la opinión profesional respecto del detonante de la crisis psicótica que afectaba a la procesada al momento de los hechos, esto es, la presunta agresión sexual desplegada contra K.J.L.M. por parte de su abuelo, la comparencia de JOHANA DEL CARMEN ante el I.C.B.F. para denunciar ese hecho y la determinación que tomó aquélla de abandonar el hogar familiar después del suceso. De ello dio cuenta Wilson Díaz Reales, quien se enteró por sus propios sentidos de tales eventos y circunstancias, en los términos que ya fueron reseñados (§ 3.2.4). Sería del caso compulsar copias de esta providencia a la Fiscalía para que se investigue ese comportamiento de no ser porque, de acuerdo con

información abierta de medios de comunicación⁸⁵ y la base de datos de la Rama Judicial⁸⁶, el padre de la acusada ya fue capturado y está siendo juzgado por ese hecho ante el Juzgado Once Penal del Circuito de Barranquilla.

Desde luego, ninguno de los hechos indicadores demostrados, *considerado aisladamente*, permitiría concluir que al momento del injusto MONTOYA ROSARIO 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.

3.4.3 En suma: aunque la Fiscalía allegó un dictamen según el cual JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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 MONTOYA ROSARIO actuó sin la capacidad de discernir el reproche de su proceder, porque en

⁸⁵ <https://www.elcolombiano.com/colombia/capturan-al-abuelo-de-los-ninos-asesinados-en-palmar-de-varela-MA1345493>; <https://www.vanguardia.com/colombia/detenido-abuelo-de-ninos-asesinados-en-atlantico-OAVL300349>.

⁸⁶ Proceso rad. 08001600876820140084500.

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 MONTOYA ROSARIO como inimputable**, solución por la cual propugnó con acierto el magistrado disidente de la sala de decisión del tribunal⁸⁷.

3.4.4 Como la anterior determinación tiene por fundamento fáctico la comprobación de que JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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»*.

3.4.4.1 Recuérdese, con la Corte Constitucional, que *«el tiempo de internación del inimputable no depende de la*

⁸⁷ Fs. 43 y ss., c. del Tribunal.

*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»⁸⁸. 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 contitucional⁸⁹ – 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*

⁸⁸ Sentencia C – 107 de 2018.

⁸⁹ Sentencia C – 370 de 2002.

de la correlación que haya entre este y la comisión del hecho punible»⁹⁰.

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

3.4.4.2 En el caso concreto quedó evidenciado que el trastorno mental padecido por MONTOYA ROSARIO puede tener, durante las fases de crisis, una incidencia profunda, grave y muy marcada en sus facultades cognitivas y de comprensión de la realidad, al punto de llevarla a realizar conductas tan lesivas como las acá investigadas. En esas crisis también se pone en peligro su propia vida, como se hace obvio al constatarse que intentó quitarse la vida después de ejecutar el injusto típico juzgado.

En tales condiciones, la Corte estima apropiado fijar la medida de seguridad, especialmente en aplicación de las funciones de protección y tutela que la rigen, en veinte (20) años. Lo anterior, sin perjuicio de que, como quedó recién explicado, la misma sea levantada, a instancias del juez de la ejecución, de llegarse a verificar que la acusada «*se encuentra mentalmente rehabilitada*», ora suspendida en caso de que se establezca que es «*susceptible de ser tratada ambulatoriamente*».

⁹⁰ Sentencia C – 107 de 2018.

Con ese fin, el funcionario competente, según lo ordena el artículo 77 del Código Penal, «*solicitar(á) trimestralmente informaciones tendientes a establecer si la medida debe continuar, suspenderse o modificarse*».

El INPEC determinará – con asistencia del Instituto Nacional de Medicina Legal, si hay lugar a ello - el establecimiento en que dicha medida de seguridad habrá de ejecutarse, teniendo en consideración la naturaleza del trastorno de MONTOYA ROSARIO, la necesidad del tratamiento requerido y sus necesidades de protección y tutela.

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión. En consecuencia **CONDENAR** a JOHANA DEL CARMEN MONTOYA ROSARIO 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, de carácter oficial o privado, en donde se le prestará la atención especializada que requiera.

Notifíquese y Cúmplase.



FABIO OSPITIA GARZÓN
PRESIDENTE

Sala Casación Penal@2022



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

1@2022

Sala



GERSON CHAVERRA CASTRO



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

Sala Ca...ón Penal@


HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria