2019

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL
RELATORÍA
BOLETÍN NO. 1

MAYO DE 2019

MAGISTRADOS

JOSE JAIRO AGUDELO PARRA
PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO
FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ
FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER
JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-penal/92

ACCESO CARNAL VIOLENTO / Apelación auto que excluyó prueba - PRUEBA DOCUMENTAL / Ponderación entre el derecho fundamental a la defensa y el derecho a la intimidad de la víctima.

Rad. 11001600072120170041201

(25-02-2019)

Magistrado Ponente:

JAIRO JOSÉ AGUDELO PARRA

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

1.1. De la formulación de *acusación* se extrae que, "*Según denuncia instaurada por la señora CLAUDIA PATRICIA GÓMEZ BOHÓRQUEZ…, el día 18-04-2017 en nombre propio e indica que para el año 2010 conoció al imputado cuando laboraban en la misma empresa, con quien entabla una relación de noviazgo al cabo de un año recibe una llamada de quien manifestó ser la esposa y por ello se alejó de él y empezó una nueva relación. Para sep. 30 de 2011 comenzaron a extorsionar a su familia ya que tienen una panadería y ese día lanzaron una granada al interior del establecimiento, a consecuencia de ello fallecio (sic) una persona.*

"Dentro de los capturados uno de ellos se allanó a cargos y reconoció que fue el imputado el presunto autor del hecho y de la extorsión. Para el año 2015 el imputado comienza nuevamente a buscarla para que salieran y accede a sus pretensiones por temor ya que conoce sus alcances.

*"La última vez que se encontró fue el 4 y 5 de abril del presente año -*2017*-, bajo amenazas se trasladó junto con el imputado a la población de Girardot a un hotel donde fue accedida violentamente y en varias oportunidades ha ocurrido lo mismo en esta capital, siendo amenazada con arma de fuego en todas las ocasiones".*

PROBLEMA JURIDICO

¿Es procedente la utilización como material probatorio, de fotografías y videos guardados en el celular del procesado, que fueron realizados con anterioridad a los hechos, pero que no fueron consentidos por la víctima?

La Corte Constitucional se ha pronunciado por "la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad forma parte de esta garantía. Así mismo, la Corte ha señalado que el derecho a la intimidad "permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores" y que la protección "de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares" es un "prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo". En este orden, la Corte ha establecido que el área restringida que constituye la intimidad "solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley" y ha precisado este derecho puede ser limitado únicamente por "razones legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente" " (Resalta la Sala)

También ha precisado esa Corporación:

"[…] constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales,

Tribunal Superior de Bogotá

los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel". (Subraya la Sala)

(…)

De cara a las pruebas documentales solicitadas por la Defensa, –videos y fotos del teléfono celular del acusado-, observa el Tribunal, en efecto, el defensor solicitó la admisión de la copia espejo del dispositivo Sony propiedad del acusado, en el cual hay varios videos y fotos de diversos encuentros sexuales entre la denunciante y el aquel mismas que, en sentir del abogado, son conducentes, pertinentes y útiles, porque con ellas pretende demostrar que la presunta víctima y su prohijado sostuvieron múltiples encuentros sexuales, de todo tipo, consentidos, pues existía una relación sentimental entre ellos. Tales pruebas documentales, se reitera, fueron excluidas por el juez a quo, tras considerar que vulneran el derecho a la intimidad de la víctima, máxime por cuanto ésta afirmó no haber autorizado tales grabaciones.

(…)

En tal contexto, como sucede en el asunto que concita la atención de la Sala, existen casos en los que surge una tensión entre el derecho fundamental a la defensa, –contradicción-, de una parte, y el derecho a la intimidad de la víctima, de otra. Como quiera que se trata de dos derechos fundamentales de igual rango, acorde a la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, es necesario acudir al sistema de ponderación, el cual implica un examen en 4 pasos: i) análisis sobre el fin buscado por la defensa con la solicitud de pruebas, a efecto de establecer si es imperioso para la defensa; ii) examinar si el medio para llegar a dicho fin es legítimo; iii) relación entre el medio y el fin con fundamento en el principio de necesidad y, iv) examen o juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado.

(…)

Así, de cara al caso que concita la atención de la Corporación se observa que dentro de las pruebas documentales el defensor solicitó la exhibición, en juicio, de la copia espejo de videos y fotografías de diversos encuentros sexuales entre la víctima y el acusado, obtenidos del celular de éste, que sería presentada en informe pericial por el analista en evidencia digital Mauricio Javier Vargas Sánchez; no obstante, advierte la Sala, en ningún momento el togado definió si los vídeos, cuya admisión y consecuente exhibición en el juicio oral pretende, corresponden a grabaciones realizadas en la fecha de la presunta ocurrencia de los hechos investigados, vale decir, guardó silencio respecto a una cuestión trascendental como es si los videos fueron grabadas durante los días 4 y 5 de abril de 2017, calenda en la que de acuerdo a lo denunciado por la víctima, ÁNGEL ANDRÉS GIRALDO RUBIO, bajo amenazas, la condujo hasta un hotel en el municipio de Girardot donde la accedió violentamente. En el momento de indicar la pertinencia, conducencia y utilidad de la aludida prueba expresó: "…su señoría observará cómo la evidencia digital le indicará que existen fotografías, videos y archivos que demuestran que entre el señor Ángel Andrés y la presunta víctima se sostuvieron múltiples relaciones de naturaleza sexual de todo tipo, consentidas y que de hecho existía una relación entre ellos. En otras palabras se acreditará con estas imágenes que dentro de esa relación consensuada las actividades sexuales anales y vaginales eran entre ellos absolutamente normales…"

En ese orden de ideas, en tanto no aparece acreditado que el contenido de los mencionados videos corresponda al acto objeto de denuncia e investigación para, con esa certeza, examinar si

Tribunal Superior de Bogotá

hubo o no consentimiento, mal podría suponerse éste con fundamento en grabaciones realizadas presuntamente en fechas anteriores al 4 y 5 de abril de 2017 y circunstancias diferentes. Como lo señala la Corte Constitucional tal intromisión no responde a un fin imperioso, y por lo tanto, debe ser rechazada.

EXTINCIÓN DE DOMINIO / Identificación y ubicación de bienes para extinción de dominio.

Rad. 05000312000220170002901

(19-03-2019)

Magistrado Ponente:

PEDRO ORIOL AVELLA FRANCO

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

Fueron expuestos en la sentencia de primera instancia[2] de la siguiente manera:

"Las presentes diligencias se originan de la compulsa de copias efectuada por el Fiscal 23 Especializado contra el crimen organizado, mediante comunicación fechada 31 de agosto de 2016, colocando en conocimiento de la Jefe de la Unidad Nacional para la Extinción de Dominio y Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación, la incautación de un dinero con ocasión de la diligencia de allanamiento y captura ordenada por dicho delegado al señor Oscar David Gómez González. (Sic)

Es así como en desarrollo de la fase inicial el ente Fiscal estableció que, Mónica Janey Parra Restrepo compañera permanente del antes mencionado para la época de la incautación del dinero tenía bajo su titularidad unos vehículos tipo motocicletas, determinando que esta no reporta ninguna actividad económica, como tampoco algún tipo de obligación que indique el origen lícito del dinero para la adquisición de esos muebles"

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es necesario que la FGN deba realizar y determinar la ubicación exacta de bienes muebles como requisito para elevar requerimiento de extinción de dominio?

"Artículo 132. Requisitos del acto de requerimiento al juez. El requerimiento presentado por el fiscal ante el juez de extinción de dominio es un acto de

Tribunal Superior de Bogotá

parte, mediante el cual se solicita el inicio del juicio y se fija de manera definitiva la pretensión de la Fiscalía frente a los bienes objeto del trámite. Este requerimiento deberá cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

1. La identificación y ubicación de los bienes.

2. Las medidas cautelares adoptadas sobre los bienes.

3. La formulación de la pretensión de la Fiscalía, expuesta en forma clara y completa.

4. Los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la pretensión

5. Las pruebas en que se funda la pretensión.

6. Identificación y lugar de notificación de los afectados reconocidos en el trámite.

Ahora bien, para la Colegiatura la interpretación del numeral primero no puede ser en sentido restringido, porque surge claro que esa ubicación está atada o dependerá de la naturaleza del bien por el que se procede.

En efecto, cuando se trata de inmuebles no existe discusión alguna respecto de tal requisito, pues de conformidad con el artículo 656 del código civil se trata de cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras, las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios o los árboles, es por ello que la manifestación en torno a su localización no ofrece dificultad alguna.

Pero en el caso de los bienes muebles definidos legalmente como aquéllos que pueden transportarse de un lugar otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales, o por una fuerza externa como las cosas inanimadas -Art. 655 del C.C.-, puede suceder que existen jurídicamente y prueba de ello lo sea el registro correspondiente, que como en este caso de las motocicletas de placas IWG-60D y IWL-02D se certificó con documento expedido por la Secretaría de Transportes y Tránsito del municipio de Yarumal, pero que su ubicación no sea un dato exacto o conocido al momento de la presentación de la demanda de extinción de dominio, precisamente por ser de su esencia el desplazamiento de un sitio a otro, es decir por radicar en ello, precisamente, su función social.

(…)

En el subjudice, se advierte que el Juez se abstuvo de emitir pronunciamiento frente a los vehículos de placas IWG-60D y IWL-02D, ordenando la ruptura de la unidad procesal, manteniendo las medidas cautelares sobre las mismas, hasta tanto se lograra su ubicación exacta, para que una vez adelantada en debida forma esta actividad por la Fiscalía se procediera con la actuación respectiva.

Quiere decir lo anterior que en realidad el fallador no se pronunció de fondo en relación con la pretensión del ente Fiscal, por el contrario dispuso una actividad orientada a impulsar la actuación ante la inferida ausencia de un requisito contenido en la ley; es por ello que, en principio se podría afirmar que tal determinación, aun cuando se halla inserta en la sentencia no sería susceptible de recurso.

Sin embargo, es necesario considerar, en primer lugar, que la motivación expuesta en la sentencia para disponer la ruptura de la unidad procesal, guarda íntima relación con uno de los presupuestos que debería contener el requerimiento de extinción de dominio formulado por la Fiscalía por modo que es una temática relevante, dado que se torna necesario precisar si en tratándose de bienes muebles el requisito de la ubicación es imprescindible para el proferimiento de sentencia.

En segundo, porque el Ente investigador tenía la expectativa de que el a quo se pronunciaría materialmente respecto de las dos motocicletas,

Tribunal Superior de Bogotá

pues aun cuando en el escrito de subsanación que data de 24 de noviembre de 2017 manifestó la imposibilidad de ubicar los susodichos rodantes, lo cierto es que el Juzgado resolvió la admisión del requerimiento presentado y la continuación del juicio, y es sólo hasta la sentencia que expone los argumentos para ordenar la ruptura, motivo por el cual se torna imperativa la resolución de la impugnación presentada por la Fiscalía, para garantizar su derecho de contradicción - artículo 8° del CED.

Ahora, se precisa que el acto de presentación de la demanda, subsanación y finalmente el pronunciamiento del a quo admitiéndola se consolidó, y es por ello que la Fiscalía entendió subsanada la falencia que en su momento le había señalado el Juzgado, operando de este modo el principio de preclusión de los actos procesales, ya que las formas propias del juicio obedecen a una sucesión ordenada y preclusiva de estancos procesales, metodológicamente concatenados en orden a la obtención de su precisa finalidad, los cuales de ninguna manera se pueden reemplazar, porque se han promulgado precisamente para limitar la actividad del funcionario judicial y para preservar las garantías constitucionales que permitan un orden social justo; por manera que no es posible revivir dicho trámite acudiendo al remedio extremo de la nulidad, pues la circunstancia aquí planteada puede ajustarse resolviendo el recurso formulado contra la sentencia de primera instancia.

6.3.2. Del requisito de ubicación del bien, para emitir decisión de fondo respecto de la solicitud de declaratoria de extinción del derecho de dominio.

Acorde con el artículo 17 del Código de Extinción del Derecho de Dominio, se tiene que esta acción es de naturaleza constitucional, pública, jurisdiccional, directa, de carácter real y de contenido patrimonial, y procederá sobre cualquier bien, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, cuando se actualice respecto del mismo cualquiera de las causales previstas en la referida normatividad al efecto.

(…)

Si lo anterior es así, lógico es concluir que para la procedencia de la acción se torna necesario establecer que los bienes respecto de los cuales se reputa una génesis o destinación contraria a la constitución y la ley, existan y se puedan individualizar, es por ello que la ley dotó de especiales facultades investigativas a la Fiscalía General de la Nación para que en la fase inicial del trámite adelante los actos necesarios y conducentes para identificar, localizar y ubicar los bienes que se encuentran en causal de extinción de dominio, como así lo dispone el numeral 1° del artículo 118 del CED.

Luego de adelantadas estas labores, así como el cumplimiento de los fines de la fase inicial, podrá el representante de la Fiscalía elevar requerimiento de extinción del derecho de dominio o presentar la demanda según el caso, para el caso que nos ocupa, el primero de los actos mencionados, que acorde con el artículo 132 del CED debe cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

(…)

Por manera que exigir a la Fiscalía que sea imperativo señalar la ubicación de los bienes muebles constituye una carga exagerada para dicho sujeto procesal, dado que con la inscripción de la medida cautelar y la orden de secuestro a cargo de las autoridades policiales puede materializarse en cualquier momento.

Además la experiencia enseña que siempre o casi siempre las organizaciones delictivas o quien haya obtenido un bien como producto de actividades al margen de la ley, o destinado a la comisión de los delitos, tratará o buscará eludir el actuar de las autoridades, por manera que en tratándose de la acción de extinción del derecho de dominio, lo sería ocultar aquéllos bienes cuya naturaleza lo permita,

Tribunal Superior de Bogotá

como por ejemplo los muebles, es por ello que si se avala la postura de la primera instancia se crearía una regla que eventualmente podría impedir la debida impartición de justicia.

Y es que, la solución no radica en mantener las medidas cautelares hasta tanto se logre la localización de los bienes afectados en el trámite extintivo porque de conformidad con el artículo 89 del C.E.D., estas no podrán extenderse por más de 6 meses, término dentro del cual el Fiscal deberá definir si la acción debe archivarse, acto que no resulta razonable si la justicia cuenta con elementos materiales probatorios que sustenten la inferencia estatal, encaminada a solicitar la extinción del derecho de dominio.

LESIONES PERSONALES DOLOSAS / DOLO EVENTUAL – Procedimiento médico / DUDA RAZONABLE - Se debe demostrar que el procesado conocía la calidad de la sustancia que aplicaba.

Rad. 11001600005020112084401

(04-03-2019)

Magistrado Ponente:

FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

Jessica Eliana Cediel Silva, denunció al ciudadano MARTÍN HORACIO CARRILLO GÓMEZ, quien se desempeñaba como médico estético, por cuanto en el año 2009 le ofreció realizarle el procedimiento denominado "*rehidratación glútea con ácido hialurónico -HIALUCORP*", consistente en la inoculación de la mencionada sustancia y tras varios años de la aplicación, cuando Cediel Silva, se estaba sometiendo a una intervención quirúrgica para eliminar adiposidades de la parte baja de su espalda con el cirujano plástico Oscar Tirado, éste galeno se percató que la paciente tenía adherida en la región sacra, una sustancia no identificada, que al ser retirada y enviada a estudios de patología, arrojó como resultado "Polímero-Silicona", lo que ocasionó deformidades en la espalda y glúteos de Cediel Silva, puesto que tuvo que someterse a otras 3 cirugías, en las que en todo caso, no logró retirarse el producto en su totalidad.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se configura el dolo eventual, cuando dentro de un procedimiento médico estético, el médico al realizar dicha intervención inocula una sustancia que ha aplicado anteriormente sin problemas en muchos pacientes, pero que sufrió un cambio inadvertido en su calidad por parte del proveedor, generando malestar, dolencias y secuelas en la víctima?

Ahora bien, ¿es posible afirmar más allá de toda duda razonable que MARTIN CARRILLO tenía

Tribunal Superior de Bogotá

conocimiento que el producto que estaba aplicando era SILICONA LIQUIDA y no ACIDO HIALURONICO? O que a simple vista, por la experticia en su profesión, ¿podía diferenciar ambas sustancias, como para haberse percatado que lo que iba a inocular en la humanidad de JESSICA CEDIEL era un producto falsificado?

Para responder al segundo de estos interrogantes, es relevante acudir a los manifestado por los galenos expertos testigos de la Fiscalía, quienes en la vista pública señalaron que, a simple vista no era posible determinar diferencias entre Acido Hialurónico y un Polímero –Silicona u otros-, ya que la textura puede ser, dependiendo del laboratorio que lo produzca, desde un líquido hasta un gel de apariencia viscosa.

Así lo refirieron IVAN SANTOS, Cirujano Plástico que intervino a JESSICA CEDIEL, intentando extraer la Silicona que le fue inoculada, señalando que es imposible determinar a simple vista de qué sustancia se trata y el experto Dr. FELIPE COIFFMAN quien depuso que es difícil que un médico diferencie las sustancias, pues eso solo lo puede determinar el laboratorio .

(…)

3. El Dolo Eventual.

(…)

Esta modalidad de acción, conforme a la dogmática del delito actualmente vigente, se concentra en lo que fue la capacidad de entendimiento y comprensión del actor, a ciencia y paciencia de un saber indiscutible, en este caso del producto que utilizaba y sus eventuales consecuencias. Tal ingrediente subjetivo es fundamental en la predicación de esta clase de conductas, cuyo examen es anterior a las incidencias procesales de la vigencia de la acción penal. En esto radica el respeto al principio de legalidad imperante tanto para la fiscalía como para los jueces.

Lo dicho, porque la segunda parte del canon 22 de la Ley 599 de 2000, consagra el dolo eventual, así: «También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar». De manera que en esta modalidad, el autor no quiere directamente la realización del resultado lesivo, pero se lo representa como un resultado probable, y aunque no desea que se realice, está dispuesto a aceptarlo si se ocasiona; en otras palabras, que el acusado CARRILLO GOMEZ, a sabiendas de que aplicaba silicona líquida a su paciente, no esperaría que se afectara su cuerpo, y que si llegara a producirse, sería simple casualidad, como esbozó la instancia en algunas los rutinarias expresiones de la doctrina eco del texto de la norma, dejar la producción del resultado "librada al azar", o lo que sería, igual, que la probable causación del resultado dañino no detiene su actuar, asumiendo así las consecuencias de su conducta .

(…)

En lo que tiene que ver con "la representación", ha sostenido el máximo Tribunal que "…lo que se sanciona es el que sujeto prevea como probable la realización del tipo objetivo y no obstante ello decida actuar con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro… ", y esa representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo, en este caso, del daño en el cuerpo de la paciente, debe darse en el "plano de lo concreto", es decir, frente a la situación de riesgo definida y no en lo impreciso. Y que la posibilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente "seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto".

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con total

Tribunal Superior de Bogotá

indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

La Alta Corporación ha definido ese "Azar" como "optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina. La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual ".

Visto está, que se requiere un nivel superior de exigencia para que logre configurar la imputación de unas lesiones personales a título de dolo eventual, superando la imprudencia, impericia, falta de cuidado, negligencia, entre otras formas; tanto que la Corte Suprema indicó que: "…no basta tan solo con haber previsto la producción del resultado para descartar imprudencia e imputar dolo. Debía también establecerse que el conocimiento del agente sobre la situación riesgosa le permitía suponer que las condiciones que podrían conducir a la realización de dicho resultado no estaban bajo su control. O, en el caso de haber contado con tal suposición de controlar los factores de riesgo, que ello obedeció a un error o estado irracional, en lugar de uno racional, como por ejemplo cualquiera relacionado con la eficacia de las medidas que de hecho empleó para neutralizar el peligro ".

(…)

En ese entendido, y lo que traducen las pruebas allegadas, no podemos inferir algo diferente, sino que la sustancia que contenía el HIALUCORP no se correspondía con ácido hialurónico, sino con silicona líquida, y por la misma vía de la trascendencia probatoria, resulta a la Sala, ciertamente dudable, con las pruebas que tenemos, inferir con probabilidad de verdad, que MARTIN CARRILLO tenía conocimiento de que la sustancia que estaba aplicando en realidad era otra, y más distante en la construcción probatoria, que podía representarse que era sustancia fraudulenta a partir de los registros del INVIMA y las restricciones de aplicación en pocas cantidades para tratamientos faciales y no corporales, y aun así dejó los nefastos resultados que podrían producirse en JESSICA CEDIEL, librados al azar, como expuso la fiscalía, la apoderada de la víctima y en parte la instancia, al condenarlo bajo la modalidad "Eventual" del Dolo, temas que abordamos a continuación.

(…)

Entonces, existen incertidumbres sobre si para el año 2009, MARTIN CARRILLO pudo o no conocer sobre las modificaciones que se le realizaron al registro sanitario del HIALUCORP, ya que no se pudo establecer cuál era la forma de acceder a la información en la página web del INVIMA, ni se determinó si esa entidad anunció cada una de las 8 resoluciones que se expidieron concernientes a este dispositivo médico desde su registro hasta el año de aplicación -2009-. Ello considerando además, que tanto el acusado como su colaboradora DIANA MAGNOLIA SÁNCHEZ CASAS, han referido haber sido estrictos en la revisión de los registros sanitarios de los medicamentos y otros dispositivos que se usaban en el consultorio y que las preguntas que se realizaron a los testigos médicos que citó la Fiscalía, se enfocaron en el procedimiento para

Tribunal Superior de Bogotá

consultar información sobre un dispositivo con registro sanitario en el año en que rindieron su declaración -2017-, es decir, nada se indagó sobre cómo se realizaban las consultas en la época de los hechos -2009-, 8 años atrás.

(…)

Ante esta connotación probatoria, resulta forzado mantener el cargo de una actuación dolosa del acusado a ciencia y paciencia del saber y conocer que la sustancia aplicada provocaría los resultados finalmente conocidos, y por ello, imperativamente sobreviene la absolución por duda de acuerdo con el art. 7º del C de P.P.

Lo anterior, porque la ciudadana JESSICA ELIANA CEDIEL SILVA sufrió unas lesiones de orden físico y psíquico que fueron valoradas y dictaminadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, pero no puede afirmarse más allá de toda duda razonable, que esas lesiones fueron determinadas en total aceptación intelectual del curso causal de la aplicación de la sustancia en cuanto fraudulenta (silicona lìquida) de principio a fin, por MARTIN CARRILLO, porque además no se acopiaron los testimonios de quienes suministraron el llamado Hialucorp, sin perjuicio de lo que compete a la Fiscalía, dado que se compulsaràn copias de los titulares de los registros (por un presuntos delitos contra la salud pública de que tratan los arts. 372 y ss del C.P.), por la presunción del fraude en la sustancia para el cual en un principio el INVIMA, concedió registros de importación, distribución y comercialización, y sin perjuicio de que la víctima reclamare perjuicios de orden civil, porque en este momento solo se resuelve lo concerniente la conducta delictiva –lesiones personales dolosas- de que se ocupa el derecho penal, agotándose el objeto de nuestro conocimiento.

HURTO POR MEDIOS INFORMÁTICOS / ADECUACIÓN TÍPICA – Concurso aparente de delitos.

Rad. 110016100000201600064 02

(28-02-2019)

Magistrado Ponente:

FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

De acuerdo con el escrito de acusación , la Policìa Judicial, en marzo 19 de 2015, dio cuenta a la Fiscalía, que se conoció por fuente humana no formal, información de la existencia de un grupo de personas dedicado a la falsificación, comercialización y distribución de tarjetas "Tu Llave" para el ingreso al sistema de transporte masivo "Transmilenio", clonando y alterando sus códigos internos, habiéndose constatado luego de las

Tribunal Superior de Bogotá

indagaciones a través de interceptaciones de comunicaciones legalmente autorizadas a abonados telefónicos celulares, intervenciones con agente encubierto y estudios de documentología de tarjetas que aparecían reportadas en transacciones inusuales por la empresa Recaudo Bogotà S.A.S.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Las conductas desarrolladas en los Arts. 269 A y 269 I del C.P., que dentro de este caso, se encuentra la primera conducta contenida en la segunda, pueden ser consideradas un concurso de delitos?

Vista así la acción en cada una de las alteraciones, no se somete a duda el delito de hurto por medios informáticos o semejantes de que trata el art. 269 I, del C. Penal, en la variedad de eventos detectado y denunciado, más, los actos medios del acceso y la afectación de la eficiencia del sistema, se advierte estaban directamente relacionados y dirigidos al provecho patrimonial, por lo que si tal modo de actuar para lograr el propósito pecuniario, integra las variedad enunciativa de modos en la riqueza de aquella tipificación, cuales son, "superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239 manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos..", entonces no es viable atribuir el concurso real de delitos, sino adscribirlos en la complejidad del hurto, como un solo comportamiento.

Se estableció que la organización criminal estaba compuesta por Cesar Augusto Leòn Rodrìguez, Martha Janeth Novoa García, Yeferson Jaier Ruiz Calderón, José Dionel Ospina Medellín, Juan Manuel León Mejía, Gabriel Orlando Gallego Medellín y JUAN MANUEL PINEDA TORRADO, habiéndose alcanzado una defraudación patrimonial que alcanzó, por utilizaciones irregulares de tarjetas entre 2014, 2015 y 2016, la suma de $167.485.500,oo.

(…)

Atendiendo la temática de la impugnación, que se dirige a cuestionar la sentencia condenatoria en el aspecto de la adecuación típica, porque aduce la defensa vulneración del principio de nom bis in ídem, en la aplicación de las penas, por desatender las reglas que solucionan el concurso aparente de delitos en razón de las descripciones comportamentales según los arts. 269 A y 269I del C. Penal, nos ocuparemos de aquel tema con preponderancia a partir de la realidad de los hechos de la imputación, que es donde debe iniciar el discernimiento permitido de las adecuaciones jurídicas que habrán de prevalecer en el devenir de las instancias.

(…)

2. Los hechos y la asunción típica relevante

Las imputaciones jurídicas que se han relacionado desde el comienzo, en la imputación y posteriormente en el escrito contentivo de la acusación luego de la aceptación de cargos, se han remitido a las conductas previstas en el Código Penal en los arts. 269 A- ACCESO ABUSIVO A UN SISTEMA INFORMATICO, cometido en concurso homogéneo; Art. 269 I, HURTO POR MEDIOS INFORMATIVOS Y SEMEJANTES con la agravante del ART. 267 Nral 2º, cometido en concurso; Art. 289. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO, cometido en concurso.

Los cuestionamientos se fundan en la imposibilidad de que las dos primeras infracciones, en los hechos que particularizan este caso, se pueda considerar un concurso material, porque la modalidad de

Tribunal Superior de Bogotá

HURTO POR MEDIOS INFORMATICOS, recoge en su descripción el acceso ilegal o abusivo al sistema informático y no sería viable considerarlo dos veces dentro de la misma acción criminosa; y a su vez, que la remisión que hace la norma solo es con relación a la pena para el tipo penal de hurto del art. 239 y 240 ibíd, y no para la agravante del art. 267-2 ibíd, porque las infracciones del Titulo VII (bis), tienen agravantes propias en el art. 269 H, planteamientos que se abordan en el orden indicado, aunque la defensa los propuso inversamente, porque lógicamente es preferente atender los aspectos básicos y posteriormente los circunstanciales, que necesariamente penden de los primeros.

2.1. La discusión por el concurso de los arts. 269 A y 269 I del C.Penal.

Las normas enunciadas, configuran en la técnica legislativa nacional un título propio, relacionado con la PROTECCION DE LA INFORMACION Y DE LOS DATOS, como una exigencia actual del derecho de los ciudadanos en la variedad de los bienes de que son titulares a la autodeterminación informativa (art. 15 Constitucional) , y por ese mandato, la legislación ha regulado aspectos en los cuales esos registros deben ser respetados no solo en el ámbito personal, sino de las actividades en que se involucren, garantizando la confianza en las relaciones económicas, sociales y culturales.

Luego, en ejercicio de la configuración legislativa, ha sobrevenido la Ley 1273 de 2009, que realmente crea un nuevo bien jurídico como fue discernido en las deliberaciones previas al texto definitivo; norma aquella, que acogiendo la garantía fundamental mencionada se ocupa de compendiar lo que resulta más pertinente a fin de preservar la integridad y confianza de los ciudadanos en los sistemas que utilizan las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones; pues, los medios virtuales pueden ser utilizados para afectar intereses jurídicos fundamentales desde la intimidad, buen nombre, el derecho a detentar cierta información y hasta la propiedad en sus variadas expresiones, siendo para el caso que nos ocupa el patrimonio económico.

(…)

Y para el capítulo segundo, se avanza en la categorización de las acciones por el contenido y la utilidad pecuniaria perseguida por los actores, remitiendo a los modos ya descritos en infracciones que recogen la misma acción respecto a un bien jurídico en estricto sentido, como el patrimonio económico; tal es la enunciación de Los atentados informáticos y otras infracciones, que se tipifica en los arts. 269 I 269 J, por cuya estructura descriptiva aluden claramente al apoderamiento de bienes ajenos del art. 239 del C.P, o la transferencia de activos no consentida a partir de acciones semejantes a las del capítulo primero, con o por medios informáticos, pero connotadas por la clase de bien jurídico contra el que se dirigieron las conductas, lo cual caracteriza y define la acción en sí.

(…)

En consecuencia, la probabilidad de que en ciertos casos, los hechos conocidos en los delitos que se ocupan de la protección de la información y de los datos, puedan ser sugerentes de un concurso aparente de delitos, es frecuente y debe ser discernida a partir de la identificación de las conductas realmente desarrolladas en cuanto únicas, por situaciones de modo, espacio y tiempo, porque también es alta la probabilidad de que el actor o los actores realicen en los mismos aspectos una conducta en toda su dimensión, y luego se decidan avanzar hacia las otras también reguladas conformando conducta independiente, v.gr, se puede acceder sin permiso simplemente a una base de datos para conocer sus incidencias o contenidos en previsión de ánimo previamente determinado,

Tribunal Superior de Bogotá

lo cual por sí, es delictivo en el rigor del art. 269 A, y también acceder con o sin permiso a la misma base con el fin de dañarla, o violarla usurpando los datos o dándolos a la publicidad con algún provecho que no recoge expresamente otra disposición, caso en el que se estaría en eventos de los arts. 2569 D, 269 F.

(…)

2,2. El hurto por medios informáticos y semejantes, y las circunstancias de agravación sucedáneas a la acción principal del art. 239 del C.P. Integración normativa.

(…)

Luego, si el criterio sostenible en función de la riqueza descriptiva del delito de hurto por medios informáticos, está directamente relacionado en la acción sustancial del "apoderarse" de cosas muebles ajenas, del art. 239, entonces, las circunstancias que rodean esa acción en las modalidades hurtadoras cualquiera que estás sean, estén donde estén, o se trate de tipos penales en blanco, y los modos de ejecución criminosa fueren los comunes de violencia, asalto con armas, contacto físico entre víctima y victimario, amenaza, destreza, entre otras, o por medios informáticos, habrán de recibir la misma connotación en la respuesta penal conglobante de la acción fundamental del acto atentatorio del mismo bien jurídico en todas las modalidades realizadoras del "apoderarse", en este caso del patrimonio económico ajeno.

(…)

En conclusión, no compartimos el argumento de la exclusión de la agravante del art. 267-2 del C.P, que no fue desestimada en lo factico por la defensa impugnante, sino en la integración jurídica, y por tanto, la punibilidad determinada en la instancia habrá de mantenerse por esa causal, suprimiendo solo, el incremento en razón de los delitos de Acceso abusivo a un sistema informático, quedando como sigue y respetando la tasación que hizo el a-quo, porque no fue objetada por la defensa y hacer otras modificaciones que pudieran resultar desfavorables por la cantidad de respuesta penal a la gravedad de los hechos para fijar una pena superior a la que escatimó la instancia dentro del mismo cuarto de movilidad, como sería sustentable en los arts. 3,4 y 61 del C.P, resultaría contrario al principio de prohibición de reforma peyorativa en casos de apelante único.

AUDIENCIA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – FINALIDADES DE LA MEDIDA – Se debe superar la inferencia simplemente objetiva de la temporalidad de la acción delictiva frente al tiempo en que el actor es llamado a la justicia, y valorar su actualidad.

Rad. 11001600010220170055702

(16-11-2018)

Magistrado Ponente:

FABIO DAVID BERNAL SUÁREZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

Se analiza la procedencia de una medida de aseguramiento y cuales son sus finalidades.

Dada la pretensión de la Fiscalía, avalada por la representante del Ministerio Público, para decretar una medida de aseguramiento, se acudirá en primer orden a las exigencias del art. 308 del C de P.P, en punto a los aspectos sustanciales de orden objetivo y subjetivo, esto es, la ocurrencia de los hechos y la inferencia de que el imputado es su autor o partícipe y en segundo lugar, discernir la

Tribunal Superior de Bogotá

procedencia de la medida en cuanto necesaria para fines constitucionales sometiendo excepcionalmente ciudadanos a la restricción de algunas de sus garantías fundamentales comenzando por la libertad, como lo requiere la doctrina constitucional a los jueces, "[…] para que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, […] que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma" .

(…)

La Fiscal delegada funda las imputaciones al referir que JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA, en el año 2011, cuando era candidato a la Gobernación de Boyacá , se reunió con el entonces Senador de la República Plinio Olano Becerra, en la residencia de este último, junto con representantes de la constructora Odebrecht, reunión en la que se pactó un aporte de la firma de 200 millones de pesos en efectivo, que se dice entregados a Olano Becerra, para la campaña de GRANADOS BECERRA, a cambio de que una vez, siendo Gobernador, beneficiara a la constructora en el plan de obra que se contratara de la vía Duitama-Charalá-San Gil.

(…)

3. La procedencia de medida de aseguramiento en sus exigencias de necesidad, peligro y riesgo.

En relación con el análisis de los presupuestos a que alude el Art. 308, del C de P.P., deben abordarse el de los requisitos que comprenden la acreditación por parte del peticionario, de la finalidad constitucional que legitime la medida, en armonía con lo previsto en los arts. 296 ibid, y 250.1 Constitucional.

Para ello es pertinente precisar que el examen debe circunscribirse a las finalidades invocadas por la Fiscalía y los elementos que así lo sugieran en la medida que la intervención del funcionario de control de garantías es rogada en torno a la acreditación de los presupuestos que respalden la decisión, porque si fuera de oficio, se afectaría la imparcialidad y la igualdad de las partes.

Ahora, el requisito de necesidad por obstrucción de la justicia, según el planteamiento de la Fiscalía, existe el riesgo que JUAN CARLOS GRANADOS BECERRA, pueda destruir, modificar, dirigir, impedir, ocultar o falsificar elementos de prueba e interferir en el recaudo de evidencias (Artículo 309 C.P.P.), dado que las mismas personas que lo rodeaban mientras delinquió, lo acompañan ahora mismo en la Contraloría, esto es, BERNARDO UMBARILA SUÁREZ, MARIA ANAYME BARÓN DURÁN y LEIDY GONZÁLEZ, quienes lo han acompañado desde la campaña y que laboran en la Contraloría de Bogotá a su servicio.

(…)

Por otra parte, el Informe rendido por el investigador TOVAR PÁEZ, únicamente revela un acto propio de la defensa, del que dio cuenta el apoderado de GRANADOS BECERRA, señalando que era su deber auscultar en relación con los actos de investigación que desplegó la fiscalía, en lo que tiene que ver con las presuntas reuniones ilícitas realizadas en el apartamento del imputado, con el fin de contrastar fechas, ingresos y horarios de estas reuniones, y advierte este Despacho que no hay nada irregular en esa actuación, pues el investigador únicamente solicitó una revisión de los libros y de las órdenes de la Fiscalía, como igual se dieron a conocer en la audiencia la orden y el resultado, sin que se haya dejado constancia de algún acto anómalo, sino únicamente de una pesquisa propia de la defensa.

Acerca del peligro para la comunidad, indicó la fiscalía que de conformidad a lo establecido en el numeral 2º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004,

Tribunal Superior de Bogotá

con las modificaciones de las leyes 1142/2007; 1453/2011 y la más reciente L.1760/2015, art. 3°, se destacaban el número y la naturaleza de los delitos imputados, así como la probable pena a imponer, enunciando que se trataba de conductas sumamente graves, pues se afectaban bienes jurídicos, directamente relacionados con la convivencia social.

(…)

Pues bien, consideramos, que si bien hemos encontrado en el grado de probable, la ocurrencia de dos conductas que son graves en catálogos de la reserva legal que así permite calificarlos en las normas procesales cuando se restringen ciertos beneficios, tal supuesto, a la postre configuraría una sola de las guías, que la misma legislación exige a los jueces no atender en exclusiva a la hora de ponderar la necesidad y urgencia de una medida de aseguramiento, como deriva del art. 2° de la Ley 1760/2015 "El juez de control de garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga".

(…)

Es decir, se debe superar la inferencia simplemente objetiva de la temporalidad de la acción delictiva frente al tiempo en que el actor es llamado a la justicia, y valorar su actualidad, para pronosticar razonablemente sí pudiese continuar en devenir criminoso, siendo aquí donde advertimos una insuficiencia de probabilidad de un actuar negativo ahora, o entiempo mediato, porque se han traído elementos indicadores de que no podría ser así aún el cargo que ejerce de Contralor Distrital, pues no se vislumbra a este momento, control alguno de orden fiscal en actos que involucren a otros que se relacionaron para los años 2011 y 2012, no aparecen mencionados por la Fiscalía, eventos posteriores y todo quedaría para la demostración definitiva en las fases siguientes y si es el caso en alguna sentencia que llegara a hacer tránsito a cosa juzgada, donde se advierte seria oposición a las tesis de la Fiscalía, que igualmente dentro de lo razonable no desautorizando el principio de igualdad de las partes y oportunidades para llevar al juez de conocimiento cada quien sus pruebas, tenga necesariamente que afrontar ese debate el imputado en privación de libertad.

(…)

De modo que la imputación de la Fiscalía contra una persona, por sí sola no es condición necesaria ni suficiente, para la privación de la libertad o la imposición de una medida cautelar, es exigible que se tengan elementos para inferir cómo pudiera ser a futuro la actuación del procesado con ocasión de tales conductas. Y tampoco se configuran los numerales 1, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 310 del C.P.P., puesto que no se ha acreditado que GRANADOS BECERRA esté vinculado con una organización criminal; el imputado no se encuentra disfrutando de un mecanismo sustitutivo de la pena por la comisión de otro delito; no existen en su contra sentencias condenatorias vigentes; en la presunta comisión de las conductas imputadas no se utilizaron armas de fuego o armas blancas, ni se trata de un delito sexual contra menor de 14 años y menos se acreditó que el imputado haga parte de un grupo de delincuencia organizada.

(…)

De otra parte, también resulta pertinente recordar que las finalidades de la medida no comprenden un eventual peligro de fuga del acudido al cual aluden el numeral 3º del artículo 308 y el artículo 312, modificado por la Ley 1142 de 2007 , procesal penal, pues no lo invocó la fiscalía, con lo cual se entiende que está reconociendo que el imputado ha estado presto a los requerimientos que se le han hecho en la indagación y su presencia en las

Tribunal Superior de Bogotá

audiencias preliminares, como ya se anotó lo ha hecho informando que va a salir y asistiendo a los llamados, presumiéndose aferrado a la convicción de inocencia que no le impide afrontar el juzgamiento en libertad hasta cuando una sentencia en firme pueda disponer lo contrario, notándose la urgencia de que sus eventuales retiros del lugar de ubicación puedan entenderse como una actitud de evasión de la justicia, por eso, al parecer las comunicaciones a la Fiscalía reportando sus ausencias, sin dejar de lado la demostración de un arraigo familiar sobre el que adujo elementos de valoración , no quedando más que decir y agotándose entonces el objeto de nuestro pronunciamiento.

FEMINICIDIO AGRAVADO Y HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO / IRA E INTENSO DOLOR – Concepto y Diferenciación.

Rad. 11001 6000 028 2016 00003 01

(19-03-2019)

Magistrado Ponente:

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HECHOS

EL 1 de enero de 2016 ROSA PINEDA alertó a las autoridades de una riña que hubo entre inquilinos en el inmueble ubicado en la carrera 87K Nº 57-34 sur, barrio Holanda de Bogotá. Cuando la policía llegó al lugar fueron atendidos por HENRY CUBILLOS, quien les informó que JOHANA PETECHE estaba herida, pudiéndose verificar que estaba sin vida en una cama con el cuerpo cubierto por cobijas, lugar donde también se encontraba YZPR, menor de edad, que fue trasladada al CAMI de Bosa porque tenía heridas en el tórax interior derecho y en el hombro derecho, quien señaló al procesado como responsable de lo que pasó.

PROBLEMA JURÍDICO

La sala hace un recuento de la evolución normativa en contra de la discriminación negativa hacia la mujer en nuestra legislación.
Además, realiza una distinción de los conceptos de ira e intenso dolor.

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "CONVENCIÓN DE BELEM DO PARA", en su artículo 1 definió la violencia contra la mujer como cualquier acción basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, en el ámbito público y en el privado. La CIDH en sentencia Caso Rosendo Cantú y otra vrs México, del 31 de agosto de 2010, precisó: "… la discriminación contra la mujer "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque [i)] es mujer o [ii)] le afecta en forma desproporcionada". Asimismo,

Tribunal Superior de Bogotá

también ha señalado que "[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre…" .

(…)

La Corte Constitucional precisó que no toda violencia contra la mujer es violencia de género:"… no necesariamente cualquier tipo de violencia tiene el grado o una presencia objetiva de discriminación que configure los elementos contextuales de la intención de matar por razones de género. Esto, puesto que no toda violencia contra una mujer es violencia de género y aun cuando se trate de violencia de género, no todas las acciones previas a un hecho generan una cadena o círculo de violencia que cree un patrón de discriminación que pueda demostrar la intención de matar por razones de género. Por ejemplo, el homicidio de una mujer después de un altercado sobre límites de propiedad de vecinos, no necesariamente evidencia un elemento de discriminación en razón del género que pueda configurar un trato bajo patrones de desigualdad y estereotipos de género, pero sí constituye un antecedente de violencia. De la misma forma, el homicidio de una mujer después de abusos sexuales, mutilaciones y tratos crueles y degradantes sí constituyen un antecedente claro que evidencia un móvil de matar en razón del género…".

(…)

7.3 INEXISTENCIA DE IRA O INTENSO DOLOR

Si bien la defensa, en su apelación, alegó la posible existencia de una ira o intenso dolor, se debe considerar que no fueron atribuidas por la fiscalía ni la defensa demostró ningún elemento constitutivo de las mismas. Estas dos figuras (la ira y el intenso dolor) son diferentes y por eso la mención simultánea e indistinta de las dos instituciones, no es apropiada. La ira y el intenso dolor tienen en común que producen alteraciones de tipo fisiológico y mental de tal entidad, que no impiden, pero sí dificultan al sujeto comprender las consecuencias de su conducta, por lo cual la ley penal reconoce esta situación como un atenuante punitivo.

No obstante, se diferencian en que la ira es una emoción violenta, impetuosa, súbita e inmediata a una provocación, es decir, que se produce de manera instantánea como resultado de una agresión grave e injusta por la víctima. El intenso dolor, en cambio, implica un sufrimiento que se prolonga en el tiempo desde la agresión grave e injusta que la desata y va socavando la capacidad de control de la conducta hasta que en un momento concreto, la vence y se exterioriza mediante una conducta atormentada que es delito.

El estado de ira y el del intenso dolor son atenuantes punitivos, solo en la medida en que se parta de la premisa según la cual el procesado es autor material de la conducta. Pero en este caso no se presentaron pruebas que desvirtuaran las de la fiscalía o demostraran la alegación que pretende, ni se observa que la víctima haya incurrido en una agresión injusta, como acto provocador, de modo que sea comprensible la reacción del procesado al cometer el delito, pues lo que se demostró fue que el procesado atacó a la víctima mientras dormía, porque ya no quería estar con él, hecho que desde ningún punto de vista ameritaría, desde las valoraciones del derecho penal, una atenuación como ésta.

(…)

La Ley colombiana indica que aún en una relación de pareja, cada uno de quienes la componen conserva, individualmente, derechos inalienables, como el libre desarrollo de su personalidad, la autonomía de su voluntad y la igualdad personal, entre otros, reconocidos en la parte dogmática de la Constitución Política. De modo que si existiendo

Tribunal Superior de Bogotá

la relación de pareja, alguno de los dos tiene relación afectiva o sexual con un tercero, se viste y se comporta socialmente de un modo que el otro miembro de la pareja no aprueba, éste no tiene derecho, por ese solo hecho, de insultarlo, golpearlo ni matarlo. Ello le daría un motivo para terminar la relación de pareja, permanecer así o buscar una solución conciliada y/o terapéutica. Si dicha relación de pareja ya ha terminado, aún si hay hijos en común, con más y mejores razones se cumple esta regla, aunque no se desconocen las complejidades sicológicas y sociológicas que este hecho trae a quienes afecta su ocurrencia.

La renovación de valores que trajo la Constitución Política de 1991 incluye la superación de previsiones, como la contenida en el artículo 383 del CP de 1936: "… cuando el homicidio o las lesiones se comentan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes. Lo dispuesto en el inciso anterior, se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aún cuando no sean en el momento del sorprenderlas en el acto carnal. Cuando las circunstancias del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este el perdón judicial y aún eximírsele de responsabilidad…". El artículo 384 agregaba: "… las atenuantes previstas en el artículo anterior no se aplicarán cuando se trate de cónyuges separados o divorciados o cuando el padre, el marido o el hermano hubieren abandonado el hogar…".

(…)

La discriminación negativa de la mujer, por el hecho de serlo, no solo generó en el pasado reciente una cultura machista y estructuras sociales patriarcales que trascendieron al sistema legal del país, que después de reconocerse como una condición indeseable en las democracias sociales de derecho, por ser fuente de injusticias, abusos y arbitrariedad, se han tratado de superar no solo reivindicando la igualdad (diferenciación) entre todas las personas más allá de su género o identidad de género, sino inclusive mediante medidas de discriminación positiva, como la de prever un tipo penal específico a favor de ellas, como el contenido en el artículo 104A CP, que protege solo a la mujer de una forma particular de vulnerarla en su vida y dignidad de tal.

Tribunal Superior de Bogotá

ABUSO DE CONFIANZA CALIFICADO AGRAVADO / DUDA RAZONABLE - Presunción de inocencia -/INFORME PERICIAL - No constituye prueba documental.

Rad. 11001 6000 050 2011 13574 02

(21-03-2019)

Magistrado Ponente:

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

¿Puede la presentación de un dictamen pericial sobre un elemento probatorio, constituirse como una prueba documental dentro de un proceso, y reemplazar la introducción en el juicio del elemento probatorio estudiado?

Por regla general, el dictamen pericial sobre un elemento probatorio no reemplaza, probatoriamente, ese elemento probatorio, el cual debe entrar al juicio según la técnica procesal adecuada, que en este corresponde a la aducción de la prueba documental, que como se dijo, no se cumplió. El dictamen solo tendrá el efecto de darle un valor demostrativo determinado a ese elemento probatorio. El dictamen lofoscópico sobre las huellas dactilares entintadas en los títulos judiciales, sin la introducción de tales títulos judiciales, no demuestran lo que se pretende en las apelaciones, y por tanto no se aprecia yerro por el juzgado al resolver sobre este aspecto. El artículo 416 del CPP dice, en lo pertinente: "… Los peritos … tendrán acceso a los elementos materiales probatorios … a que se refiere el informe pericial o a los que se hará referencia en el interrogatorio…". No tiene sentido que los peritos puedan acceder, en su labor, a evidencias que a su vez las partes no, por no haber sido introducidas al juicio pudiendo haberlo sido, pues además así lo indica el artículo 278 del CPP que dice que: "… la identificación técnico científica consiste en la determinación de la naturaleza y características del elemento material probatorio y evidencia física, hecha por expertos en ciencia, técnica o arte. Dicha determinación se expondrá en el informe pericial…".

(…)

No se probaron los hechos ni la responsabilidad del procesado, pues los testimonios de PEDRO MONTAÑO y CARLOS LINARES dieron cuenta de las labores que como abogados con vínculo contractual con FEN, adelantaron en cumplimiento de sus funciones, pero a ninguno de los dos le constaban los hechos que configuran el delito atribuido, de modo que al declarar sobre ellos infringieron el artículo 402 del CPP, sobre que el testigo solo podrá declarar sobre sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de percibir. Ninguno presenció la contratación del procesado como apoderado de la FEN, tampoco que él haya pedido los títulos judiciales, que los haya recibido, que los haya cobrado y que no haya entregado su valor a la FEN, como tampoco los términos del contrato ni los honorarios pactados o su forma de pago.

(…)

Los documentos tienen una fuerza demostrativa propia, en particular los públicos, cuya autenticidad se presume según el artículo 425 del CPP, teniendo en cuenta que según la providencia del 16 de mayo de 2012, radicado 38.497, de la Sala de Casación Penal, todos los documentos que integran un expediente son documentos públicos, aun lo que por su origen son privados. Pero para que dentro del proceso esa fuerza demostrativa se despliegue es necesario cumplir el rigor previsto en el sistema

Tribunal Superior de Bogotá

acusatorio para ese efecto, que en este caso consiste, según el artículo 429 del CPP, en que los documentos se aporte en original o en copia, siempre que ésta sea autenticada, si además se acredita una de las causales para admitir la copia: cuando no fuere posible o si al hacerlo se causare grave perjuicio a su poseedor.

(…)

También se infringió el artículo 433 del CPP, cuando ordena que cuando se exhiba un documento como prueba, se debe presentar el original del mismo como mejor evidencia de su contenido. Se infringió porque no se trajo el original sino una copia simple. También lo fue el artículo 434, que exceptúa de esta regla los documentos públicos o cuando se trata de documentos voluminosos y solo se requiere una parte del mismo, pues al final agrega que es indispensable el original cuando se requiere la realización de estudios técnicos o forme parte de la cadena de custodia. Se infringió porque en este caso se requería para la realización de una pericia lofoscópica, que finalmente entró al juicio.

(…)

A GERMAN RUIZ, Perito Lofoscopista del CTI , se le puso de presente el informe que fue introducido como prueba , en el que analizó las huellas que obran en los títulos judiciales que le fueron puestos a su disposición y dijo que cotejados con el dactilograma de datos AFIS de la Registraduría Nacional del Estado Civil a nombre del procesado, concluyó que las huellas se identificaban entre sí y las mismas corresponden al procesado. Sin embargo, la fiscalía no introdujo como prueba la base o fuente probatoria del dictamen pericial, es decir, los títulos judiciales.

(…)

En algunos casos, como la necropsia respecto del cadáver, la prueba de química forense respecto de una sustancia que se deba destruir después de analizada, por su peligrosidad, o de balística respecto de un arma de fuego, se trae la pericia sobre la evidencia sin traer la evidencia, dándole al dictamen un valor demostrativo especial, pero ello ocurre porque por la naturaleza de la evidencia o por una norma vinculante sería exorbitante exigir que se introduzca también la evidencia. Pero en estos casos, precisamente, el propio dictamen incorpora la descripción de suficientes elementos objetivos de la cosa misma para compensar ese déficit demostrativo o de credibilidad, como se indica en el auto del 11 de febrero de 2015, radicado 45.121, de la Sala de Casación Penal.

(…)

Además, el peritaje solo refiere un aspecto de los títulos judiciales: que las huellas dactilares en todos ellos era un mismo dactilograma, que era apto para su análisis y que comparado el mismo con el que reposa en el AFIS, se concluyó que el mismo correspondía al procesado. Pero ello no dice nada más sobre los títulos, sobre su contenido, cuantía, dónde reposaban, quién lo entregó, si se cobraron, o si su valor se llevó a la FEN, como dice nada sobre el contrato del procesado con esa empresa ni de la condición de apoderado de él, los términos de sus honorarios, en cuanto a su precio, plazos o forma de pago.

Conforme lo previsto en el artículo 381 del CPP, para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, carga que corresponde a la fiscalía y que en este caso no se cumplió.

(…)

La presunción de autenticidad abarca al documento público en su especie original, pero cuando un documento público se introducen juicio a través de una copia, ésta debe estar debidamente

Tribunal Superior de Bogotá

autenticada, y en todo caso su introducción al juicio debía cumplir el rigor previsto en el artículo 431, en cuanto dice que el mismo será leído y exhibido de modo que todos los intervinientes en la audiencia puedan conocerlo, o ser proyectados y de ser necesario, explicados por un experto. Nada de esto se cumplió.

Las pruebas no brindan el conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad del procesado para condenar al procesado como autor de abuso de confianza calificado agravado. Una duda es el estado de perplejidad en el que se encuentra una persona cuando al tratar de conocer un hecho, encuentra que éste pudo ser o no, y no tiene mejores razones para preferir una opción sobre la otra. En lo penal, la duda es razonable si versa sobre un aspecto sustancial del delito o la responsabilidad, y si además no es producto de la arbitrariedad de la persona sino de la valoración razonable del conjunto de las pruebas disponibles. Si bien la fiscalía contaba con probabilidad de verdad para acusar, el juzgado no contaba con el estándar probatorio de más allá de toda duda razonable para condenar el procesado.

Se confirmará absolución al no haberse superado esa duda, pues la ley ordena resolverla a favor del procesado, aplicando el principio in dubio pro reo previsto en el artículo 7 del CPP, pues la inocencia se presume, a consecuencia de lo cual se impone la absolución, en cuanto a que en los dos recursos de apelación no se trajeron elementos críticos que desacreditaran los del juzgado para absolver.

CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

APELACIÓN SENTENCIA INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL

Rad. 11001 6000 050 2011 13574 02

(10-04-2019)

Magistrado Ponente:

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

¿Procede la indemnización integral para el medio ambiente, debido a los daños causados por la conducta punible de "Daño al medio ambiente" realizada por una persona natural a una fuente hídrica?

12. En este caso, la Secretaría Distrital de Ambiente, como víctima dentro de la actuación penal, solicitó la condena de Hugo Alfonso Corredor Romero al pago de $623.583.564,84 por concepto del daño ocasionado con su conducta delictiva al medio ambiente y soportó su pretensión en el

Tribunal Superior de Bogotá

dictamen pericial No. 00981 de 27 de julio de 2016 de la Subdirección de Recurso Hídrico y del Suelo de la Secretaría Distrital de Ambiente. El juzgado de primera instancia no accedió a ello y el ente territorial le pide a este Tribunal que reconsidere esa postura.

(…)

13. Ante tal panorama, para la Sala es evidente que las pretensiones indemnizatorias de la Secretaría Distrital de Ambiente se enmarcan dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual por daños ecológicos, en este caso, derivado de la comisión del delito de contaminación ambiental y de la declaratoria de responsabilidad penal de su autor. En tal virtud, emprenderá el proceso de imputación de responsabilidad para determinar si es viable una condena indemnizatoria. De ser así, revocará la sentencia; de lo contrario, la confirmará.

(…)

15. En primer lugar, el juzgado reprochó que la Secretaría Distrital de Ambiente haya anunciado de manera abstracta el daño ocasionado al medio ambiente y que no haya cumplido con el requisito de acreditar un perjuicio individual. Sin embargo, tal como se expuso anteriormente, el régimen de responsabilidad civil extracontractual por daños ecológicos no recurre a las tradicionales construcciones que gravitan en torno a los derechos subjetivos y la clasificación de sus perjuicios en materiales –daño emergente y lucro cesante- e inmateriales –daño moral, daño a la vida de relación, entre otros-.

Ante daños ecológicos y pretensiones reparadoras como las requeridas por el incidentante, el deber del juzgador es superar el paradigma de la responsabilidad civil extracontractual y advertir que lo que se pretende es indemnizar un daño causado a un bien jurídico inmaterial, autónomo y diverso a los que giran alrededor de las personas y que no puede ser clasificado bajo las categorías tradicionales de responsabilidad. Por lo tanto, le asiste la razón a la recurrente, pues la contaminación ambiental imputable a Hugo Alfonso Corredor Romero y que se reclama en este incidente no corresponde a un daño ambiental que haya repercutido sobre intereses concretos de personas determinadas, sino al daño ecológico que sufrió el recurso hídrico del río Tunjuelo, cuya titularidad recae en la colectividad, y lo que se persigue es la restauración o la recuperación de la fuente natural afectada.

(…)

e. El dictamen está debidamente sustentado. En él es posible advertir los criterios tenidos en cuenta para la afectación ambiental –intensidad, extensión, persistencia, reversibilidad y recuperabilidad-, sus definiciones y las valoraciones cuantitativas otorgadas a cada uno; las categorías de importancia de la afectación y la fórmula matemática por medio de la cual se calcula el valor en salarios mínimos mensuales vigentes –que para la época fueron del año 2016- de esa afectación ambiental.

Los criterios descritos fueron desarrollados en el acápite 3.2 del informe técnico, en relación con los datos captados por la Secretaría Distrital de Ambiente en las visitas de control y vigilancia cuyos resultados quedaron consignados en los conceptos técnicos. Ese desarrollo cruzado de datos permitió establecer la severa afectación del agua superficial del río Tunjuelo por el impacto del aumento en la carga orgánica y de sólidos sobre la fuente hídrica ocasionada por la actividad industrial de la empresa de Hugo Alfonso Corredor Romero y su aplicación a la fórmula matemática, dio como resultado la valoración monetaria de la afectación ambiental de $623.583.564, 84.

De modo que hay motivos para afirmar que las conclusiones del dictamen pericial son claras,

Tribunal Superior de Bogotá

firmes, consecuentes y conducentes en relación con la cuantificación económica del perjuicio producido por el daño ecológico ocasionado al río Tunjuelo.

f. Como la defensa no solicitó la práctica del interrogatorio del perito que suscribió el dictamen o, en su defecto, ofreció el testimonio de otro experto o presentó otro dictamen que desvirtuara la información en él reflejada, esta prueba no fue objeto de contradicción por voluntad de esa parte. Solo lo descalificó en sus alegatos de conclusión, pero sin fundamento probatorio alguno.

(…)

18. En definitiva, como la entidad demandante acreditó la posibilidad de reparación de los efectos producidos por la contaminación ambiental al río Tunjuelo imputable a Hugo Alfonso Corredor Romero y cuantificó técnicamente el monto de su indemnización, este Tribunal acogerá el criterio del especialista en temas ambientales y tomará como base de la condena la suma de $623.583.564,84, como reparación al daño ecológico del recurso hídrico.

(…)

En consecuencia, con base en las pruebas que obran, no es posible atribuirle a la Secretaría Distrital de Ambiente una falla, omisión o mal ejercicio de sus competencias. El daño al río Tunjuelo se ocasionó a pesar de las acciones positivas a cargo del ente distrital y, por tanto, con base en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, la indemnización debe reconocerse a favor de la entidad pública no culpable que tenga como función la tutela y protección del interés colectivo, es decir, a favor del incidentante.

20. En conclusión, el Tribunal encuentra que al interior del proceso quedó acreditado que los vertimientos desautorizados de residuos sólidos contaminantes de la empresa Trituradora Planta del Sur, representada legalmente por Hugo Alfonso Corredor Romero, en el río Tunjuelo, aumentaron sus cargas orgánicas y de sólidos en el agua superficial, lo que generó una afectación severa de ese ecosistema.

Es cierto que los efectos del desarrollo social urbano y rural implican necesariamente una contaminación del ambiente y lesión a los recursos naturales que todos los seres humanos deben soportar. No obstante, la modificación del equilibrio por la actividad humana, como los vertimientos contaminantes, degradó la calidad de esa fuente hídrica y ocasionó un daño ecológico que la colectividad no estaba en la obligación jurídica de soportar. De esta manera, no hay duda frente a la causa de la contaminación ambiental, que esta le es imputable a Hugo Alfonso Corredor Romero y que aquella es la consecuencia del daño ecológico del río Tunjuelo.

Por tal motivo, en aras de mantener la indemnidad del bien colectivo lesionado, a Hugo Alfonso Corredor Romero le asiste el deber de repararlo integralmente. Por último, como el perjuicio ocasionado es susceptible de reparación y de cuantificación económica, hay lugar a declarar la responsabilidad civil por el daño ecológico, derivado de la declaratoria de responsabilidad penal del autor, y a condenar a este a indemnizarlo por el monto de los perjuicios que fueron acreditados.

21. Debido a que la axiología que rige esta indemnización responde a la obligación del Estado de proteger las riquezas naturales, entre ellas la diversidad e integridad del ambiente –artículo 8° de la CP-, de intervenir en la economía para propender por su protección –artículo 334 de la CP- y de actuar oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental –artículo 80 de la CP-, la Sala considera que el rubro

Tribunal Superior de Bogotá

reconocido en esta sentencia a favor de la Secretaría Distrital de Ambiente, debe ser destinado a financiar la ejecución de políticas de descontaminación del río Tunjuelo.

22. Las razones expuestas en precedencia suministran una base razonable para afirmar que la sentencia apelada es jurídicamente incorrecta y materialmente injusta y que debe ser revocada, puesto que en ella se desconocieron el régimen normativo y los profundos desarrollos que sobre el sistema de responsabilidad civil ambiental ha efectuado la jurisprudencia civil y de lo contencioso administrativo. Por tal motivo, con el propósito de obtener una reparación integral al recurso hídrico afectado, el Tribunal condenará a Hugo Alfonso Corredor Romero al pago de $623.583.564,89, suma que será destinada a la ejecución de políticas orientadas a su descontaminación.

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIERREZ
Presidente

JULIAN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN
Vicepresidente

JAVIER RICARDO DIAZ GUAMÁN
Relator

Tribunal Superior de Bogotá