



República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Casación N° 32422
Patricia Acosta Acosta

Proceso n.º 32422

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta N° 73

Bogotá D. C., diez (10) de marzo de dos mil diez (2010)

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de PATRICIA ACOSTA ACOSTA, contra la sentencia proferida en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó, excepto en cuanto la magnitud de la sanción impuesta y la cuantía de los perjuicios, la dictada en el Juzgado Trece Penal del Circuito esta ciudad, mediante la cual fue declarada coautora responsable de la conducta punible de tráfico de migrantes, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir agravado y estafa agravada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL



1. Según se extrae de los registros procesales, con base en una fuente anónima escrita recibida en el mes de agosto de 2007 por un agente de la Policía Judicial de la Fiscalía General de la Nación, este organismo adelantó un trabajo investigativo que le permitió establecer que PATRICIA ACOSTA ACOSTA, desde principios del año 2006, previo convenio con otros individuos, venía haciéndose pasar como funcionaria de la Embajada de Canadá, con el fin de convencer a incautos ciudadanos de que podía conseguirles asilo político en ese país mediante la gestión de ONGs de papel, y con el concurso de los demás concertados, llevó a cabo sendas reuniones en el Club de la Policía Nacional y en el Hotel Tequendama de Bogotá, en las que convocó a un sinnúmero de interesados para suministrarles la información acerca de los requisitos para acceder al supuesto programa por ella prometido.

Una vez que las personas se dejaban cautivar por la oferta, que incluía, además del asilo, la posibilidad de obtener la residencia en el país de destino, vivienda y vehículo propios, toda suerte de subsidios y ayudas en dinero y en especie por parte del gobierno foráneo, etc., se exigía a aquellas que con los documentos requeridos para iniciar los respectivos trámites (tales como pasaportes, constancias de estudio, registros civiles, etc.), debían cancelar el cincuenta por ciento del costo del paquete, el cual oscilaba entre doce (\$12'000.000) y ochenta (\$80'000.000) millones de pesos aproximadamente, dependiendo de si el viaje se hacía solo o en grupos de hasta de diez personas.

Tras ese primer pago, meses después los interesados eran convocados a centros asistenciales señalados por la precitada y



sus asociados, con el argumento de que allí les practicarían el examen médico exigido por la Embajada de Canadá —requisito que si bien ésta demandaba, en modo alguno había sido autorizado y menos en aquellos lugares— ya que era un hecho el otorgamiento del refugio en ese país, advirtiéndoles que debían cancelar cuanto antes el cincuenta por ciento restante del valor del programa, a lo que en efecto procedían los aspirantes a asilados, en espera de ser luego contactados por delegados diplomáticos de la respectiva embajada quienes los trasladarían al lugar de destino, lo cual nunca se materializó, no obstante que durante meses los timados creyeron pacientemente en las excusas brindadas por el grupo de defraudadores para justificar los reiterados aplazamientos del viaje, proceder con el que éstos lograron hacerse a una suma superior a los seiscientos millones de pesos.

2. Con fundamento en lo expuesto por la “FUENTE ANÓNIMA”¹ y la constatación que de esos hechos hizo la Fiscalía a través de agentes del Cuerpo técnico de Investigación quienes practicaron un considerable número de entrevistas a distintas víctimas², el 8 de noviembre de 2007 la Fiscalía obtuvo de un juez con funciones de control de garantías la expedición de órdenes de captura contra PATRICIA ACOSTA ACOSTA³, entre otros⁴, medida que se hizo efectiva el 19 de diciembre siguiente, y el 20 de dicho mes se llevó a cabo, ante el Juez Cincuenta y Ocho Penal Municipal, audiencia preliminar para legalizar las diligencias de allanamiento y registro y de aprehensión, así como para la formulación de imputación por las conductas punibles de tráfico de migrantes,

¹ Carpeta, folios 271-281.

² Ídem, folios 282-294, 260-270, 255-259, 248-254, 236-247, 215-235 y 197-214.

³ Sobre # 1, DVD # 0, record N° ...110014088042_0 y ...110014088042_3.

⁴ Además de la citada, se ordenó capturar a Pablo Antonio Sánchez Guerreo, Juan Carlos Millán Gómez, Gonzalo Aguirre Montoya, Luis Alberto Guevara Díaz y Diana Inés Vaca Ortiz.



estafa agravada y concierto para delinquir agravado, cometidos en concurso, de conformidad con los artículos 31, 188 (modificado por la Ley 747 de 2002, artículo 1°), 246, 267-1, y 340 (modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 8°) del Código Penal (Ley 599 de 2000).

3. Finalizada la diligencia de imputación, luego de interrogar uno a uno a los implicados acerca de su comprensión de los cargos, de viva voz PATRICIA ACOSTA ACOSTA expresó que los aceptaba⁵, ante lo cual el juez constató que esa decisión fue libre, consciente y debidamente informada, motivo por el que ante el Juez Trece Penal del Circuito con funciones de conocimiento, en sesiones de 4 de marzo y 30 de abril de 2008 se realizó audiencia en la que se impartió aprobación a la aceptación de responsabilidad, tras verificar nuevamente el funcionario respectivo la incolumidad de las garantías de la acusada, y hacer precisión acerca de las víctimas, algunas de las cuales se hicieron reconocer en esas actuaciones para efectos del incidente de reparación integral⁶.

4. El Defensor de la procesada, en la audiencia de 30 de abril de 2008, solicitó anular parcialmente la aceptación de la imputación, arguyendo la atipicidad de los delitos de tráfico de migrantes y concierto para delinquir, pretensión resuelta adversamente por la juez de conocimiento y que, en razón del recurso de apelación formulado por aquél, recibió pronunciamiento en igual sentido el 2 de julio de 2008, ante el Tribunal Superior de Bogotá⁷.

5. El incidente de reparación integral se tramitó en sesiones de 29 de octubre, 11 y 21 de noviembre y 5 de diciembre de 2008⁸, y

⁵ Sobre # 4, DVD # 3, record N° ..._110014088058_7, minuto 16:30 a 33:20.

⁶ Sobre #7, DVD # 6, record ...110013109013_8, y Sobre # 9, DVD #8, record ...110013109013_6.

⁷ Sobres # 10 y 11, DVD 9 y 10.

⁸ Sobres # 16 a 21, DVD: 16; 17, record ...110013109013_6; 18, record ...110013109013_2 y_3; 19, record ...110013109013_5; 20, record ...110013109013_6; y 21, record ...110013109013_7 y_8.



finalmente el 17 de enero de 2009 se practicó audiencia en la que se dio lectura a la sentencia mediante la cual PATRICIA ACOSTA ACOSTA fue condenada a las penas principales de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de treinta y nueve (39) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad, y a la de carácter civil consistente en pagar los perjuicios ocasionados a las víctimas reconocidas, en la cuantía señalada para cada una en el incidente de reparación⁹.

6. Del fallo de primer grado apelaron la defensa y la procesada, y dos de los apoderados de las víctimas, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia de 22 de abril de 2009, lo modificó, atendiendo la pretensión de los apoderados de las víctimas, y en tal virtud incrementó las penas principales a noventa y cuatro (94) meses de prisión y multa de ochenta y siete coma setenta y cuatro (87,74) salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como la cuantía de los perjuicios tasados en favor de cada una de ellas, los cuales redosificó en términos de salarios mínimos, y adicionó la decisión en el sentido de también condenar a la acusada al pago del daño moral en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de los afectados reconocidos en la actuación¹⁰, decisión contra la que el representante de la acusada interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación, cuya demanda la Corte encontró formalmente ajustada a los requisitos de ley.

DEMANDA DE CASACIÓN

⁹ Sobre # 23, DVD # 23, record ...110013109013_3.

¹⁰ Cuaderno del Tribunal, folios 41-66.



Y SUSTENTACIÓN ORAL

1. En desarrollo de la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario, el impugnante expresó que se remitía a los planteamientos hechos en el correspondiente escrito, en el que formuló tres cargos al amparo de la causal segunda de casación (Ley 906 de 2004, artículo 181-2°), cuyos fundamentos se resumen como sigue:

1.1. Alega la nulidad por “*incongruencia fáctica entre la formulación de la imputación y el escrito de acusación*” que determinó el adelantamiento de la audiencia de individualización de pena y sentencia, debido a que en ese escrito se atribuyeron hechos diferentes a los comunicados en la imputación y por los que aceptó cargos su defendida.

El demandante transcribió en lo pertinente la audiencia de imputación, así como el supuesto fáctico relacionado en el “*Escrito de Acusación con Aceptación de Cargos*”, para luego concluir, en términos generales, que hay una sustancial diferencia entre los hechos comunicados en aquella primera diligencia y los que fueron plasmados en el posterior escrito, al abarcar supuestos fácticos nuevos, muchos de ellos ambiguos o contradictorios, como por ejemplo que en la imputación se dio apenas una cifra global respecto del dinero esquilado a través de la estafa, afirmando sólo su estructuración en modalidad de concurso homogéneo, sin individualizar víctimas, y luego se incluyó una relación de éstas, lo cual era necesario concretar desde la imputación.



La pretensión por parte del libelista en este reproche se contrae a que la Sala declare la nulidad “*desde la presentación del escrito de acusación para que se le formulen a la procesada los hechos jurídicamente relevantes de manera adecuada*”.

1.2. Propone también la nulidad por incongruencia “*entre la situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma*”, lo cual determinó que la procesada fuera condenada indebidamente por la conducta punible prevista en el artículo 188 del Código Penal, modificado por la Ley 742 de 2002, artículo 1°, con falta de aplicación de los artículos 6 y 9 de la Ley 599 de 2000 y 448 del Código de Procedimiento Penal.

Luego de transcribir las consideraciones plasmadas en los fallos de primero y segundo grado acerca de la adecuación típica del comportamiento atribuido a la acusada en el delito de tráfico de migrantes, y de puntualizar que lo que pretende con el cuestionamiento no es la retractación de la aceptación de cargos, asegura que los supuestos fácticos aceptados por su representada no se acomodan a la hipótesis normativa de promover la salida de personas del país sin el cumplimiento de los requisitos legales, ya que de acuerdo con los mismos juzgadores todo se trató de un engaño, pues lo pretendido por la acusada y demás compañeros de ilicitud era embaucar a las víctimas para apoderarse de su patrimonio económico, bajo un plan estratégicamente diseñado para estafarlos.

El recurrente cita jurisprudencia de esta Sala relacionada con la antijuridicidad de la conducta punible de tráfico de migrantes, y con sustento en la misma afirma que en el asunto examinado tampoco se puso en peligro el bien jurídico de la autonomía



personal, toda vez que como las víctimas no iban a salir del país e ingresar a otro sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues todo se trató de la venta ficticia de un viaje a Canadá, no iban a quedar en situación de gran vulnerabilidad y expuestos a todo tipo de vejámenes y maltratos en el supuesto lugar de destino.

Afirma que si los actos ejecutados y aceptados por la procesada no se ajustan a la acción típica expresamente atribuida, y no causaron atentado o puesta en peligro efectivo del bien jurídicamente tutelado por la norma, obligado es concluir que su defendida tampoco obró con la intención de incurrir en el delito atribuido, siendo en consecuencia atípica la conducta observada por ella en relación con dicho punible, y evidente, por lo tanto, que los juzgadores violentaron la garantía fundamental de legalidad de los delitos al condenarla por tráfico de migrantes.

Con base en lo anterior solicita decretar la nulidad de lo actuado para que se formule la imputación con adecuado encuadramiento típico del comportamiento desplegado por su defendida.

1.3. Finalmente, también deprecia la nulidad por violación de garantías fundamentales, al incurrir los falladores en falta de aplicación del artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, lo cual condujo a la indebida aplicación de los artículos 246 y 267-1° del Código Penal.

Precisa que los juzgadores, atendiendo el “escrito de acusación” en el que la imputación se hizo consistir en un concurso homogéneo y sucesivo de estafas, apreciaron tales comportamientos como hechos independientes y autónomos realizados por la procesada,



luego, siguiendo ese criterio, no podían sumar las cuantías de las diferentes ilicitudes para considerarlas como un delito único y por lo tanto agravado por la cuantía, ya que eso implica aceptar que se trata de un delito masa, modalidad que tampoco fue incluida fáctica y jurídicamente en la audiencia de imputación.

Agrega que como no se atribuyó ni se condenó por la modalidad del delito masa, y dado que la categoría seleccionada fue la de concurso homogéneo, se requería para la judicialización de los respectivos comportamientos de la querella presentada por cada una de las víctimas, como requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal.

Indica que partiendo de la base de que únicamente podían tenerse en cuenta como víctimas a Diego Alberto Vicente Gutiérrez, Edgar Hernández Castañeda y Edgar Yuri Castellanos Pardo, dado que sus entrevistas son las únicas que fueron allegadas con la imputación y sólo a éstas se hace referencia en la acusación, la cuantía de la ilicitud no supera los cien salarios mínimos mensuales legales vigentes porque a cada uno la suma esquilada fue muy inferior a ese límite, lo cual, a su vez, también implica que se requería de querella de parte para iniciar la acción penal en nombre de aquellos.

De acuerdo con lo anterior solicita decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, para que se realice un adecuado encuadramiento típico, cumpliendo con el requisito de la querella como condición de procedibilidad.

2. Por su parte, el Fiscal Delegado hizo las siguientes precisiones:



2.1. En relación con el primer reproche señala que no es cierto que haya incongruencia entre la audiencia de imputación, en la que la procesada aceptó cargos, y el posterior escrito de acusación que presentó el instructor, toda vez que los referentes fácticos expuestos en uno y otro acto concuerdan, solo que en el último era deber legal de la Fiscalía ser más detallada y explícita, lo cual de todas formas la acusada no resultó sorprendida, porque en lo óptico y en lo jurídico las circunstancias fácticas contenidas en las aludidas piezas son coincidentes con las evidencias presentadas por el ente investigador, y constituyeron el fundamento de la condena.

2.2. Respecto del segundo cargo aduce que el censor se equivocó en la selección de la causal por la que condujo el ataque, pues la alegación se contrae a cuestionar a los juzgadores por la valoración jurídica de los hechos, es decir, el demandante no discute los sucesos fácticos que se declararon probados, sino la adecuación de los mismos a la figura delictiva de tráfico de migrantes.

De acuerdo con lo anterior el Delegado de la Fiscalía considera que el debate resulta inútil, debido a que la acusada aceptó responsabilidad por el referido comportamiento, sin que pueda ser atendida ahora la retractación que se pretende del allanamiento so pretexto de la atipicidad de la conducta.

2.3. Finalmente, el representante de la Fiscalía estima que el tercer reproche tiene vocación de prosperidad, debido a que como efectivamente en la imputación se adujo que el delito de estafa



había ocurrido en concurso homogéneo, al discriminar las sumas esquilgadas a cada una de las víctimas, se observa que ninguna es superior a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes, luego, no sólo no podía atribuirse la conducta punible en modalidad agravada, sino que se requería querrela de parte como condición de procesabilidad, requisito que al no estar satisfecho según el Fiscal Delegado, vicia el procedimiento siendo forzosa la declaración de nulidad reclamada por el demandante.

3. A su turno, el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, señaló:

3.1. En cuanto al primer cargo puntualiza que no está llamado a prosperar, por una parte, debido a que el objeto de la alegación es una aparente disparidad entre los términos de la imputación a la que se allanó la procesada y los del posterior escrito de acusación, propuesta que deviene irrelevante como quiera que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación la garantía de congruencia debe exigirse respecto de la acusación, sea cual fuere el acto que la contenga, y la sentencia.

Y por otra, porque en realidad no hubo movilidad de la imputación aceptada por la encausada y el fallo, sino que entre los términos de aquella y el posterior escrito que recogió el resultado de la mentada actuación hay una variación en simples aspectos circunstanciales que no mudaron ni cambiaron el sentido y alcance de los cargos a los que libre y voluntariamente se allanó la procesada.



3.2. Acerca del segundo reproche el agente del Ministerio Público es del criterio que debe prosperar la queja, pero no conforme lo solicita el actor, ya que éste se habría equivocado al invocar la nulidad por vía de la causal segunda de casación, cuando lo que debió fue reclamar la casación parcial con base en las causales primera o tercera, toda vez que el sustrato de su alegación constituye un vicio in iudicando.

Destaca el Delegado que consecuente con lo anterior debe la Sala proceder a casar parcialmente de oficio el fallo, pues tal y como lo plantea actor, no se discute que la acusada y un grupo de personas se concertaron para desplegar una actividad criminal, ofreciendo a una multiplicidad de ciudadanos la oportunidad de viajar y radicarse en Canadá a cambio de millonarias sumas, promesa que luego de obtenido el pago de éstas, jamás, ni antes ni después, estuvieron dispuestos a cumplir.

Señala que avanzando en el estudio de los hechos jurídicamente relevantes formulados en la imputación y de las evidencias allegadas a la carpeta que contiene la actuación, resulta indiscutible que PATRICIA ACOSTA y los otros procesados investigados por cuerda separada, nunca hicieron absolutamente nada para cumplir el cometido de sacar del país a esas personas sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Refiere que todo el obrar de la procesada que rodeó y acompañó el ofrecimiento a un sinnúmero de personas de un supuesto viaje a Canadá en condición de asiladas, no es más que la “*mise en scène*” de la estafa, es decir, que constituyó el artificio o engaño inherente a esa conducta punible, e indica que la prueba de que el



objeto perseguido por la procesada era timar y no cometer el delito de tráfico de migrantes, está dada por los resultados obtenidos en las diligencias de registro a los inmuebles en los que se materializó la captura de los procesados, lugares en los que los miembros del C.T.I. recuperaron gran cantidad de sobres de manila contentivos de todos los documentos solicitados a los defraudados para supuestamente tramitar el ficticio viaje.

Puntualiza que si bien el allanamiento a cargos de la procesada respecto de la conducta de tráfico de migrantes constituye un agotamiento anticipado de la actuación con fines de sentencia condenatoria, tal resultado no puede concretarse a cualquier precio, de suerte que ante la atipicidad de la conducta atribuida respecto de la citada hipótesis delictiva, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte, lo procedente es casar el fallo recurrido porque la condena en los términos edificados en primera y segunda instancia es injusta y vulnera las garantías fundamentales de la encausada.

3.3. Por último, respecto del tercer cargo el Agente del Ministerio Público también estima que la censura debe prosperar con sujeción al planteamiento de la defensa, por cuanto la Fiscalía Seccional cometió un error en la imputación al atribuir el delito de estafa en términos de concurso homogéneo, como sin ninguna crítica lo respaldaron el juez de control de garantías y finalmente los falladores de primero y segundo grado.

Sostiene el Representante de la Sociedad que en la audiencia de imputación, en el posterior escrito de acusación y en las sentencia de instancia jamás se aludió al delito masa, y por supuesto no se



tasó la pena en los términos del párrafo del artículo 31 del Código Penal.

Agrega que aun cuando la Fiscalía en la imputación de los hechos jurídicamente relevantes hizo alusión a un sinnúmero de estafas y luego hizo la sumatoria de todas las cantidades para predicar la causal de agravación en razón de la cuantía, por resultar ésta superior a seiscientos millones de pesos, lo cual es lógico y racional con una comprensión de los sucesos como un delito masa de estafa, posteriormente se contradijo al precisar que la conducta punible se había cometido en concurso homogéneo y sucesivo.

Precisa el Ministerio Público que si se respeta la idea del concurso homogéneo de estafas, cada uno de los respectivos comportamientos, individualmente considerados, es querellable, y por lo tanto debía estarse a lo dispuesto en los artículos 74 y 522 de la Ley 906 de 200, normas que se erigen en condicionamientos de procesabilidad respecto de delitos de esa naturaleza.

Puntualiza que al incumplirse aquellos presupuestos, se atentó contra la garantía fundamental del debido proceso, toda vez que las entrevistas de que se dio cuenta en la imputación no equivalen a la querrela, la cual exige de unos requisitos señalados en el artículo 69 ibídem, mientras que la entrevista regulada en el artículo 206 de la misma codificación es simplemente un acto informal con el que la policía judicial busca establecer qué tanto sabe una persona de los hechos, en orden a determinar si es víctima u ofendido, o en fin para que se perfile como posterior testigo.



El Delegado, para concluir, destaca que la aceptación de cargos de la procesada no subsana el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad señalados en los artículos 74 y 522 del Código de Procedimiento Penal, y solicita por tanto acceder a la nulidad reclamada, de manera parcial, en relación con el delito de estafa, a partir de la audiencia de imputación.

4. Los representantes de las víctimas coincidieron en solicitar la desestimación de la demanda, aduciendo que de tener eco la pretensión del demandante resultarían vulnerados los derechos las personas por ellos representadas, quienes confiadamente entregaron a la acusada sumas que en total superan los cien millones de pesos, sin que ésta hubiese cumplido con el otorgamiento del asilo ofrecido.

Destacaron los encargados de la representación de los ofendidos, que aun cuando en esta actuación no se demostró la salida del país de alguna persona en concreto, comentarios que han recibido las víctimas indican que sí se obtuvo en algunos casos ese resultado y los supuestos favorecidos fueron deportados.

También hicieron énfasis en que el recurrente, con la pretensión de nulidad expuesta en los tres cargos, no precisó cuál era el beneficio que ello reportaría a la procesada, desconociendo la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, en razón de lo cual las supuestas irregularidades denunciadas, resultan purgadas con el allanamiento a cargos voluntariamente expresado por la procesada.



De acuerdo con lo anterior solicitan no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Propuso el censor en el cargo principal la nulidad de lo actuado por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, pues considera que no hay congruencia entre el acto de imputación, en desarrollo del cual su defendida aceptó los cargos allí formulados, y el escrito de “...acusación con allanamiento de cargos...”¹¹ presentado luego al juez de conocimiento y con base en el cual se emitió sentencia condenatoria contra aquella “...en su condición de coautora de los delitos cometidos en grado concursal heterogéneo de tráfico de migrantes, concierto para delinquir y estafa agravada...”¹², toda vez que en el aludido documento, según el actor, fueron modificados los supuestos fácticos expuestos en la primera actuación al incluir “...hechos nuevos y contradictorios...” que desbordan “...los términos y alcances de los hechos jurídicamente relevantes...” acogidos por su representada en la audiencia de imputación.

Desde ahora advierte la Sala la improsperidad del reproche por la manifiesta ausencia de razón del recurrente, tal y como con acierto lo destacaron al unísono los delgados de la Fiscalía y la Procuraduría General de la Nación, y lo corrobora la Sala por las siguientes razones:

¹¹ Carpeta, folios 31-36.

¹² Ídem, folio 342, parte resolutive de la sentencia de primera instancia.



1.1. Como se sabe, el proceso penal tiene una *estructura formal* y una *estructura conceptual*. La primera guarda relación con el principio antecedente-consecuente, inherente al conjunto de actos sucesivos, con carácter preclusivo, que lo integran como unidad dentro del marco de una secuencia lógico-jurídica (en la sistemática señalada en la Ley 906 de 2004: imputación, acusación, audiencia preparatoria, juicio y sentencia); y la segunda con la definición progresiva y vinculante de su objeto, que no es otro que el de establecer, mas allá de toda duda, la realización de una conducta punible y la responsabilidad penal del procesado.

La estructura formal del proceso, ocasionalmente y con fundamento en expresos mandatos constitucionales y legales, sustentados en razones de política criminal, justicia premial, eficacia y eficiencia de la administración de justicia, etc., puede dar cabida a mecanismos que agoten anticipadamente el objeto del proceso, esto es, sin surtirse todas sus etapas. Claro ejemplo de ello lo constituye el actual sistema de enjuiciamiento (Ley 906 de 2004), en el que, no obstante ser de su esencia que un juez imparcial decida en un juicio público, concentrado, con inmediación y controversia probatoria, acerca de la ocurrencia de un hecho de connotación jurídico-penal y la responsabilidad del procesado en el mismo, se consagró la aplicación del novísimo principio de oportunidad, así como trámites que permiten decidir sobre su finalidad sin controversia probatoria ni juicio.

Justamente la aceptación de los cargos es una modalidad de terminación abreviada que consiste en el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta punible motivo de



investigación (artículo 283). Mediante tal acto unilateral —o consensuado— el imputado o enjuiciado, según el caso, renuncia no sólo al derecho de no auto incriminación, sino a la posibilidad de tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, a cambio de obtener, dependiendo del momento en que se dé esa manifestación¹³ —o de lo acordado con el fiscal—, una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle por la conducta llevada a cabo, para el evento en que el proceso culminara con fallo condenatorio por los cauces ordinarios.

En otras palabras, la figura premia al procesado que mediante la manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asistido por un abogado defensor, acepta sin ningún condicionamiento la responsabilidad penal en el comportamiento de trascendencia social y jurídica atribuido por la Fiscalía, al permitirle al Estado ahorrar esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento.

Sin embargo, para que esa manifestación de voluntad por parte del imputado o enjuiciado pueda surtir consecuencias jurídicas, no solamente debe cumplir los requisitos de estar exenta de vicios en el conocimiento y consentimiento, y haber sido presentada con la asesoría de un profesional del derecho, sino que debe ser aprobada por un juez de la República (Ley 906 de 2004, artículo 31), sea que se trate de un juez con funciones de control de garantías o de conocimiento durante el juicio oral, dependiendo de la etapa procesal en que aquella se presenta.

¹³ Cfr. Auto de 2 de diciembre de 2008, radicación N° 30684.



Satisfechos esos presupuestos, con sujeción al principio de lealtad que las partes e intervinientes están obligados a acatar, la ley no prevé posibilidad de retractación alguna frente a la aceptación de cargos, precisamente en consideración de que ello resultaría contrario al principio de seguridad jurídica, y señala que cuando tal aceptación se produce en la *diligencia de formulación de la imputación* —como ocurre en el presente asunto—, lo hasta allí actuado se entiende como acusación, debiendo remitirse las diligencias al juez de conocimiento, funcionario que, de no observar quebrantamiento de garantías fundamentales, con base en el allanamiento procederá a convocar a una audiencia para individualizar la pena y proferir sentencia de carácter condenatorio (artículo 12, 293 y 351 ídem).

1.2. Ahora bien, como de acuerdo con el esquema diseñado en la Ley 906 de 2004 es posible que una vez *formulada la imputación* se abra paso a una terminación anticipada acerca del objeto del proceso, resulta necesario precisar la naturaleza y requisitos de aquella, advirtiendo que de acuerdo con la codificación adjetiva, esta constituye el acto mediante el cual la Fiscalía General de la Nación hace efectiva su facultad de ejercer la acción penal, al vincular formalmente a una persona a una investigación por la probable comisión de un delito, momento a partir del cual aquella adquiere la condición de imputado(a).

La citada legislación señala que el acto de imputación procederá cuando del material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida de que disponga la Fiscalía le permita inferir razonablemente que la persona indiciada es autora o partícipe de la conducta punible motivo de indagación (artículos 286 y 287),



debiéndose cumplir esa diligencia de contenido sustancial ante un juez con funciones de control de garantías, en presencia del indiciado o su defensor, en la que el fiscal en forma oral expresará: *i)* la individualización del imputado, con su nombre y todos los datos que permitan identificarlo, así como el lugar donde puede ser ubicado; *ii)* una relación clara y sucinta de los *hechos jurídicamente relevantes*, en lenguaje comprensible y *iii)* la posibilidad de aceptar los cargos imputados para obtener una rebaja hasta del cincuenta por ciento de la pena eventualmente imponible (artículos 153, 154, 288 y 289).

De ahí que la formulación de la imputación implica, entonces, para el respectivo funcionario investigador la obligación de que al comunicarla verbalmente sea en extremo cuidadoso, de manera tal que el imputado y su asistencia técnica conozcan sin asomo de duda los *hechos jurídicamente relevantes* y la forma como éstos se acomodan en las normas que contienen los respectivos presupuestos fácticos y prevén las respectivas consecuencias.

Importa resaltar el énfasis puesto por el legislador al exigir que la imputación verse acerca de *hechos jurídicamente relevantes*, lo cual resulta de significativa importancia, toda vez que debido a la estrecha relación entre el derecho penal sustancial y el de naturaleza adjetiva, éste únicamente puede ocuparse de la investigación de conductas previamente definidas en la ley como delictivas, razón por la cual desde el acto de imputación es esencial el cariz jurídico de los hechos con base en los cuales la Fiscalía ejercita su derecho de poner en movimiento el aparato judicial.



Además, al satisfacerse en la imputación el aludido requisito, se hace tangible y real la admonición prevista como tercer presupuesto, lo cual redundará en garantía del eficaz y efectivo ejercicio del derecho de defensa, pues el conocimiento claro de los hechos de connotación jurídico-penal atribuidos y sus correspondientes consecuencias, permite que debido a esa comprensión, desde la imputación, libre y voluntariamente pueda el procesado decidirse a aceptar los cargos con miras a lograr una rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los supuestos fácticos condicionantes de la hipótesis delictiva o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o contravirtiendo las que se aduzcan en su contra.

La univocidad de la imputación formulada en sede de audiencia preliminar necesariamente ha de atender o contemplar el principio de progresividad de la actuación judicial, y por lo tanto debe sustentarse en un juicio de probabilidad acerca de que el imputado es autor o partícipe de una conducta punible, ponderación que habrá de hallar anclaje en los elementos materiales probatorios, la evidencia física o la información legalmente obtenida por el fiscal, sin que tal evaluación se traduzca para el instructor en la obligación de descubrir en ese momento aquellos medios cognitivos, salvo lo necesario para solicitar la imposición de medida de aseguramiento, si a ella hay lugar (artículo 288-2).

Finalmente, dígase que las exigencias sustanciales previstas por el legislador a cargo de la Fiscalía General de la Nación en relación con la formulación de la imputación, se relacionan estrechamente con el principio de congruencia, toda vez que



Corte Suprema de Justicia

cuando el imputado se allana a los delitos expresados en esa diligencia, ese es el marco que de modo inexorable vincula fáctica y jurídicamente al juez de conocimiento para emitir el respectivo fallo, dado que cuando ello ocurre, lo hasta ese momento actuado equivale a acusación formal, con todas las consecuencias que ello implica, en particular, que de acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el sujeto pasivo de la pretensión punitiva, es decir, el procesado, “*no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se haya solicitado condena*”.

La Sala,¹⁴ con ocasión de la entrada en vigencia del sistema de enjuiciamiento acusatorio (en consideración, entre otros, de los principios: *acusatorio*, según el cual no hay proceso sin acusación proferida previamente por un órgano independiente, *igualdad de armas* o de partes, cuya función es moderar el ejercicio del *ius puniendi* para que la Fiscalía y la defensa cuenten con las mismas facultades y prerrogativas, y el *derecho de defensa*), ha sido reiterativa en precisar que aquella garantía —la de congruencia— traduce la obligación de formular la imputación, la presentación de preacuerdos o negociaciones y la acusación, con todos los factores que incidan en el grado del injusto.

Y ha de ser así porque si el allanamiento a la imputación significa la renuncia por parte del imputado a las garantías de no autoincriminación, del juicio oral, debate y controversia probatoria, lo mínimo que se puede esperar del fiscal que la formula de manera oral, es que, además de fijarla con suma precisión en sus facetas fáctica y jurídica, la exprese de manera tan clara que tanto el investigado como la defensa sepan a cabalidad cuál es el marco de la imputación y puedan proyectar con gran margen de

¹⁴ Cfr. Entre otras, sentencias de casación del 28 de febrero y 27 de julio de 2007, radicciones 26087 y 26468 respectivamente.



proximidad las consecuencias punitivas de aceptar los cargos imputados.

1.3. Precisado lo anterior, a efectos de lo que aquí es motivo de controversia, hay que recordar que de acuerdo con decantado criterio jurisprudencial¹⁵ el quebranto del principio de congruencia, únicamente se configura cuando se condena: *i)* por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación; *ii)* por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación y *iii)* por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la de acusación, pero incluyendo alguna circunstancia, genérica o específica que intensifica la sanción, o suprimiendo una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o en la de acusación.

En el caso que concita la atención de la Sala, ninguna de esas hipótesis de infracción se estructura, toda vez que en la audiencia de imputación, la Fiscalía hizo un claro y circunstanciado recuento de un acontecer fáctico concreto, con base en el cual atribuyó a la procesada PATRICIA ACOSTA ACOSTA la condición de coautora en las conductas punibles de: tráfico de migrantes, estafa agravada (en razón de la cuantía, cercana a los \$ 680'000.000, atendido el menoscabo patrimonial sufrido por las múltiples víctimas) y concierto para delinquir agravado, en el caso de la acusada por ser dirigente u organizadora de la asociación criminal.

¹⁵ Cfr. Sentencias de 6 de abril de 2006 y 30 de octubre de 2008, radicciones 24668 y 29872, respectivamente.



De lo expuesto por la delegada de la Fiscalía¹⁶ se desprende que con base en un informe ejecutivo suscrito por un investigador de la misma institución, se tuvo conocimiento de la probable comisión de conductas punibles y en desarrollo de las actividades tendientes a verificar esa información se practicaron sendas entrevistas a las víctimas de ese accionar, más de cuarenta, infiriéndose de esos elementos materiales de prueba, que la hoy condenada hacía parte de una bien organizada y estructurada agrupación dedicada a ofrecer la salida de personas del país a diferentes destinos, entre otros a Canadá, mediante la figura de asilo político o en plan de colonización.

Para tal efecto la implicada se hacía pasar como funcionaria de la embajada del citado país y, con la intervención de otros integrantes de la agrupación delincuenciales, convocaba en diferentes sitios a numerosas personas que organizaba en grupos de diez integrantes, a quienes una vez convencía de que su salida del país al destino elegido era legal y efectiva, les hacía entregar cuantiosas sumas para garantizarles el viaje prometido, sin que el mismo llegara a concretarse, ya que todo era una farsa hábilmente diseñada para obtener un provecho patrimonial ilícito, que ascendió a una suma cercana a los seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680'000.000).

Esos fueron, en términos generales y simplificados, los *hechos jurídicamente relevantes* atribuidos en la imputación, los cuales, para el instructor, hallaron correspondencia con los presupuestos fácticos condicionantes de las hipótesis delictivas previstas en los



artículos 188 (tráfico de migrantes, en la modalidad de *promover*) 246, 267-1 (estafa agravada por la cuantía) y 340, inciso tercero (concierto para delinquir agravado) de la Ley 599 de 2000, comprendidas las modificaciones que a las citadas normas introdujeron la Ley 733 y 747 de 2002, y 890 de 2004, en armonía con los artículos 29 y 31 de la Codificación Penal Sustantiva, conforme así se le hizo saber expresamente a todos los imputados en la diligencia celebrada el 20 de diciembre de 2007, en la que, a solicitud del juez de control de garantías, el respectivo fiscal **enunció** los elementos materiales de prueba con los que contaba para sustentar la imputación¹⁷, entre ellos, el informe ejecutivo rendido por la investigadora del C. T. I., y las entrevistas recibidas a más de cuarenta personas víctimas del señalado accionar, suministrando los nombres de algunas de ellas.

Enterada la imputada y su defensor de ese marco factual y normativo, aunque la asistencia letrada de aquella arguyó que no podía darse el concurso entre el delito de tráfico de migrantes y estafa, la discusión fue zanjada por el Juez de Control de Garantías advirtiendo que ese no era el momento procesal para debatir la adecuación típica ni la responsabilidad, por cuanto esos aspectos podrían ser impugnados en el juicio oral tras la correspondiente controversia probatoria¹⁸, de suerte que una vez interrogada la procesada por el funcionario acerca de su comprensión de los cargos y las consecuencias de allanarse a los mismos, obtenida respuesta afirmativa a esos interrogantes y la manifestación expresa de ésta de aceptar la imputación, ordenó romper la unidad procesal para que respecto de ella se enviaran

¹⁶ Sobre # 3, DVD # 2, record ..._110014088058_6, a partir del minuto 01:13:23, hasta el 01:49:15.

¹⁷ Sobre # 3, DVD # 2, record ..._110014088058_6, a partir del minuto 01:31:03, hasta el 01:33:00.

¹⁸ Sobre # 4, DVD # 3, record ..._110014088058_7, a partir del minuto 01:00, hasta el 11:00.



las diligencias al juez de conocimiento¹⁹, sobreviniendo los fallos de primero y segundo grado reseñados al comienzo del presente pronunciamiento por los delitos atribuidos en la audiencia de imputación.

Frente a esa realidad, la inconformidad planteada por el actor no tiene entonces asidero válido, por cuanto, como se dijo al inicio de este ítem, la congruencia, en eventos como el analizado, debe exigirse y predicarse entre el acto sustancial de imputación y las sentencias de mérito, y según se indicó fue por los hechos y los delitos atribuidos en la imputación que se profirió fallo condenatorio contra la procesada, con base, de una parte, en el allanamiento de ésta, el cual implica confesión como lo ha señalado la Corte Constitucional²⁰ y esta Sala²¹, y de otra, en el mínimo de prueba aportado (Ley 905 de 2004, artículo 327, inciso final), de cuyo análisis los juzgadores concluyeron como acreditada la tipicidad de las conductas punibles y la participación de la acusa en las mismas, a título de coautora.

En efecto, con posterioridad a la aceptación de responsabilidad expresada por la procesada en aquella inicial actuación, el fiscal presentó ante el juez de conocimiento un escrito en el que solicitó celebrar “*audiencia de formulación de acusación con allanamiento de cargos*”, reiterando los mismos comportamientos delictivos y el correspondiente marco fáctico, solo que en relación con este último señaló aspectos que aun cuando no fueron advertidos verbalmente en la precedente diligencia, los mismos corresponden, como fácilmente puede constatarse²², al contenido

¹⁹ Sobre # 4, DVD # 3, record ..._110014088058_7, minuto 23:59 y 33:20 a 36:08.

²⁰ Sentencia C-1195 de 22 de noviembre de 2005. M. P. Jaime Araujo Rentería.

²¹ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación 25108.

²² Carpeta, folios 215-233 y 260-294.



de los elementos probatorios descubiertos por el instructor para sustentar la imputación, entre otros, a las entrevistas recibidas a Diego Alberto Vicentes Gutiérrez, Edgar Yuri Castellanos Pardo y Edgar Hernández Castañeda, así como al informe ejecutivo de la investigadora del C. T. I., con base en el cual la Fiscalía ejerció su atribución Constitucional y legal de promover la acción penal.

Ahora, esos aspectos fácticos señalados por el instructor en el posterior “escrito de acusación con aceptación de cargos”, en relación con los cuales descansa la inconformidad del actor —la época en que el investigador del C. T. I., presentó el informe con base en el cual se inició la indagación, las opciones de asentamiento en el exterior que la agrupación delictiva ofrecía a las víctimas y los beneficios que supuestamente recibirían en el país de destino, la forma de pago del viaje y las cuantías exigidas de acuerdo al número de presuntos migrantes, etc.—, de ninguna manera mudaron o cambiaron “los hechos jurídicamente relevantes”, esto es, el núcleo factual básico de las conductas punibles endilgadas, ni implicaron la estructuración de alguna causal de intensificación punitiva o cualquier otra circunstancia no expresada en la imputación y que hiciera mas grave la situación de la procesada al momento de proferirse los fallos de primero y segundo grado.

En conclusión, el cargo no prospera.

2. Denunció el libelista en el segundo reproche, al abrigo de la causal segunda de casación (Ley 906 de 204, artículo 181), la “incongruencia entre la situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma”, con base en que los hechos aceptados por la procesada no configuran la conducta punible de tráfico de migrantes, sino



simplemente una estafa, motivo por el que solicita anular lo actuado para que se “*formule una imputación con adecuado encuadramiento típico*”.

Del aludido planteamiento se desprende que en estricto rigor lo alegado es una probable equivocada calificación jurídica de los hechos, dado que según el actor los supuestos fácticos en relación con los cuales, primero la Fiscalía, y luego los falladores, estimaron configurada la conducta punible descrita en el artículo 188 de la Ley 599 de 2000 (tráfico de migrantes), son los mismos en los que descansa la atribución por la prevista en el artículo 246 de la misma obra (estafa), sin que sea posible sostener un concurso efectivo de delitos.

Esclarecido el sentido y alcance del reproche, es menester hacer las siguientes precisiones:

2.1. Hay que advertir, como ya lo tiene decantado la Sala²³, que en el esquema de enjuiciamiento implantado a través de la Ley 906 de 2004, por excepción, es posible incurrir en errores de adecuación de la conducta respecto de la norma jurídica tomada como base para la acusación (sea que ésta se halle plasmada en la imputación libremente aceptada o en preacuerdos celebrados con la fiscalía) y determinante del fallo de responsabilidad, figura que antaño se conocía como “*error en la calificación jurídica*”, pues la imputación de cargos realizada en cualquiera de los actos que impliquen materialmente acusación, es en estricto rigor fáctica, aunque con trascendencia jurídica (“hechos jurídicamente relevantes”, artículos 288-2 y 337-2).



No obstante, como de conformidad con el artículo 162 de la codificación penal adjetiva las sentencias y los autos deben cumplir, entre otros requisitos, con la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica, eventualmente podría ocurrir un yerro por falta de coherencia entre la situación fáctica y la respuesta jurídica a la misma (como así lo denuncia el actor), esto es, en la adecuación típica en cualquier de sus extremos y circunstancias, y por lo tanto un yerro de esa naturaleza debe ciertamente postularse al amparo de la causal segunda (nulidad), con el objeto de retrotraer la actuación a la audiencia de imputación (artículo 286) o a la audiencia de formulación de acusación (artículo 338), porque si tal irregularidad afecta la competencia del fiscal o desborda el núcleo factual básico de la imputación, la Corte no puede entrar a dictar el fallo de sustitución so pena de incurrir en incongruencia.

El cargo, en tales supuestos, debe sustentarse con los parámetros lógicos que gobiernan, bien la causal primera de casación, esto es, por la violación directa de la ley sustancial (lo cual implica aceptar sin reparos que los hechos fijados en el fallo corresponden a los delineados como marco fáctico en la acusación —o en la imputación, para este caso— en orden a demostrar, con base en una discusión eminentemente jurídica, que el juzgador incurrió en violación directa de la ley por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las respectivas normas sustantivas); o bien con sustento en los derroteros de la causal tercera de casación, es decir, por violación indirecta (para cuya demostración es necesario acreditar que el desquiciamiento de la ley ocurrió en el proceso de análisis y valoración de las

²³ Cfr. Auto de 24 de noviembre de 2005, radicación N° 24323, y sentencia de 26 de julio de 2007, radicación N° 26468.



pruebas —o de los elementos materiales o evidencia física que sustentan la imputación—).

2.2. De las razones expuestas por el recurrente se concluye que la vía de ataque es la directa, dado que sin discutir los supuestos fácticos de la imputación a los que se allanó la procesada, y que luego fueron acogidos en los fallos de primero y segundo grado, sostiene que los mismos no se acomodan a los presupuestos condicionantes del delito de tráfico de migrantes, sino única y exclusivamente al de estafa.

2.2.1. En relación con la conducta punible prevista en el artículo 188 de la Ley 599 de de 2000, modificada por la Ley 747 de 2002, artículo 1, la Sala ha decantado un marco jurisprudencial²⁴ que ahora reitera, haciendo las siguientes precisiones que corresponden a esa línea de pensamiento:

Aquél es un tipo penal que puede realizarlo un individuo, es decir, es mono-subjetivo, lo cual, de todas formas, no excluye la posibilidad de que el comportamiento sea actualizado por una organización criminal —dos o más sujetos— dedicada al tráfico de personas —como de ordinario ocurre—, circunstancia que no pasó desapercibida para el legislador al consagrar en su redacción varios verbos rectores, a saber: *promover, inducir, constreñir, facilitar, financiar, colaborar o participar* de cualquier otra forma “en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales”, configuración con la que se procura abarcar el amplio espectro de actividades y personas involucradas en esa

²⁴ Cfr. Sentencias de 12 de octubre de 2006, 23 de agosto y 24 de octubre de 2007, radicaciones N° 25465, 27337 y 26597, respectivamente.



clase de delincuencia, lo cual además le da el carácter de tipo penal compuesto o alternativo, pues cualquiera de las conductas a que aluden las distintas expresiones verbales tiene la capacidad de conformar por sí misma la descripción típica.

Por otra parte, el legislador también exigió un ingrediente subjetivo que debe concurrir en quien o quienes se dedican al tráfico de migrantes, consistente en que se actúe “*con el ánimo de lucrarse*” o de obtener “*otro provecho para si o (sic) otra persona*” con el tráfico de migrantes.

La hipótesis delictiva en comento se ubica en la clasificación de los llamados *tipos penales en blanco*, pues el supuesto de hecho prohibido está consignado parcialmente y para su cabal configuración ha de complementarse con elementos jurídicos ajenos, provenientes de una norma extra-penal necesaria para precisar o actualizar la conducta punible²⁵.

Ello es así porque el legislador estableció que el comportamiento previsto como núcleo esencial de la conducta, consistente en promover, inducir, constreñir, facilitar, colaborar o de cualquier forma participar en la entrada o salida de personas del país, se erige en la conducta prohibida allí sancionada sólo si se ejecuta “*sin el cumplimiento de los requisitos legales*”, esto es, introdujo un ingrediente normativo que no está determinado en el ordenamiento penal, sino que debe buscarse en otro género de preceptos, como son los decretos gubernamentales y las resoluciones del Ministerio de Relaciones Exteriores; en otras

²⁵ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “*Derecho Penal – Parte General*”, Cuarta edición 2009, Ediciones Librería Jurídica COMLIBROS. Pág. 244-247.



palabras, el tipo penal no describe totalmente el supuesto de hecho de condigna sanción, sino que requiere ser integrado con otra disposición que determina cuáles son esos “*requisitos legales*” quebrantados por la persona que ingresa o sale del país con la mediación o intervención del sujeto activo de la conducta.

Las remisiones normativas en este tipo de leyes, precisó la Sala en otra oportunidad²⁶, obedecen a la necesidad de ajustar el contenido de los preceptos jurídicos a los frecuentes cambios de la realidad social a fin de evitar que la norma devenga en inoperante o no consonante con la *ratio legis* que determinó su creación. Por lo tanto, el recurso por parte del legislador a estas leyes se justifica, con independencia de otras razones de índole política, por un motivo técnico: la necesidad de evitar el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios²⁷, es decir, cuando se protegen relaciones sociales variables, que requieren ser actualizadas de manera permanente.

En tales hipótesis, se utilizan los llamados *reenvíos dinámicos*, que permiten ajustar el contenido de la prohibición a los cambios frecuentes de la realidad, pues existen bienes jurídicos cuya integridad depende de circunstancias coyunturales, de manera que una conducta que en cierto momento no la afecta, en otro puede lesionarla gravemente, lo cual es corriente, entre otras materias, en asuntos económicos, de comercio exterior, de salubridad pública, y, por supuesto, en aquellos relativos a la

²⁶ Cfr. Sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación N° 23899.



migración de personas de un país a otro, pues las políticas que al respecto adoptan los Estados dependerán de múltiples variables, entre ellas, razones de conveniencia o de intereses nacionales o políticos.

No está de más puntualizar que en tratándose de tipos penales en blanco o de reenvío, como también se les conoce, el núcleo de la conducta y su complemento integran una sola disposición esencial, y por lo tanto ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad: es decir, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), sin que pueda confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales que perfeccionan la hipótesis normativa (ley escrita), y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta).

Debe la Sala hacer una precisión jurisprudencial, pues en anteriores decisiones²⁸, al hacer un paralelo entre el tipo penal de tráfico de migrantes (artículo 188) y el de trata de personas (artículo 188 A), se sostuvo que el momento consumativo de aquél se presentaba “...cuando el migrante es ingresado al territorio nacional o egresado del mismo de manera irregular...”, afirmación que puede prestarse a confusiones al implicar la exigencia de un resultado material de puesta en peligro (el traspaso ilegal de fronteras) que no está contemplado en el precepto.

²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “El Principio de Legalidad Penal”, en “Colección los Delitos”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2004.

²⁸ Cfr. Sentencias de 12 de octubre de 2006, 23 de agosto y 24 de octubre de 2007, radicaciones N° 25465, 27337 y 26597, respectivamente.



Resulta obligado aclarar, entonces, que si bien es cierto aquella aseveración corresponde a un análisis del delito desde la perspectiva de los Instrumentos Internacionales que se refieren a la necesidad de castigar el respectivo comportamiento²⁹, lo cual es acertado, igualmente es verdad que el estudio dogmático no puede ir en contravía del ordenamiento local y del principio de estricta tipicidad que lo irradia, dado que el legislador patrio atendiendo la aludida normatividad supranacional, en ejercicio de su libertad de configuración, redactó el supuesto de hecho normativo de manera que, sin exigir que se produzca la consecuencia material de tránsito ilegal fronterizo, sanciona las actividades de promover, inducir, constreñir, facilitar, financiar, colaborar, etc., encaminadas, tendientes o idónea e inequívocamente dirigidas a ese resultado, otorgando de esa manera un radio de protección más amplio a los bienes jurídicos tutelados.

Por lo mismo, el tipo penal de tráfico de migrantes, según la previsión del legislador colombiano, es de los llamados por la doctrina “...de mera conducta, de pura acción o de pura actividad...”³⁰, en los que su descripción se agota en una acción del autor que no requiere de la producción de un resultado en el mundo exterior separable espacio-temporalmente de la misma, como ciertamente sí se exige en los tipos penales de resultado, en los que es relevante que la conducta vaya seguida de la causación de un

²⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo (Italia) el 15 de noviembre de 2000, y sus dos Protocolos Complementarios del mismo año, el primero para Prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; y el segundo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, adoptados en Colombia los dos primeros Instrumentos por la Ley 800 de 2003.

³⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. Cit. Pág. 634.



resultado material o “...una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor...”³¹.

En cuanto al objeto jurídico de tutela, atendida la ubicación de la norma dentro de la división sistemática del Código Penal, es palmario que el legislador en ejercicio de su facultad de configuración enmarcada dentro de una especial política criminal, en tratándose del tráfico de migrantes, dio prevalencia al bien jurídico de la autonomía personal; sin embargo, a pesar del énfasis puesto en la protección a la autonomía y libertad del individuo traficado, nada se opone a afirmar que la conducta también atenta contra la soberanía del Estado, en cuanto comporta violación de las normas legales que regulan el ingreso al país y salida del mismo.

Ahora bien, desde la perspectiva de la antijuridicidad, es claro que la conducta punible analizada se inscribe en los llamados delitos de peligro, que son aquellos que amenazan con lesionar el bien jurídico tutelado, entendiendo por peligro³² un estado desacostumbrado y anormal en el que, para un observador imparcial y objetivo, puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente.

Es el de tráfico de migrantes un tipo penal que corresponde a los de *peligro presunto*, también llamado abstracto (diferente de los de

³¹ ROXIN, Claus. “*Derecho Penal – Parte General*”, Tomo I. Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Pág. 328. En igual sentido: MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal - Parte General*”. Segunda reimpresión de la séptima edición, 2005. Edita: IB de F. Pág. 225, y MUÑOZ CONDE, Francisco. “*Derecho Penal – Parte General*”. Séptima Edición. 2007. Ed. Tirant lo blanch. Pág. 225, 226, 260, 301, 302 y 303.



Corte Suprema de Justicia

peligro concreto o demostrable, en los que siempre es necesario que la actividad prohibida ocasione un resultado de peligro para el bien jurídico protegido, peligro que se predica no de la actividad en sí misma, sino de las consecuencias que de ella se derivan, como por ejemplo), en los cuales el legislador, en virtud de una valoración anticipada, considera necesaria la intervención penal en la medida que la realización de la conducta prohibida representa la posibilidad de un daño efectivo para el bien jurídico tutelado.

Nota característica de esta especie de tipos es que su redacción o construcción, generalmente, se relaciona con la infracción de normas administrativas, es decir, en el supuesto de hecho se prevé que el desconocimiento de ciertas reglas es constitutivo de una conducta punible, lo que de suyo implica que, en vez de acudir al clásico derecho de policía para sancionar el incumplimiento de las normas administrativas, hay una huida hacia el derecho penal para responder a esa clase de comportamientos³³.

Importa resaltar que el concepto de peligro presunto, en la jurisprudencia de la Corte³⁴ evolucionó hacia una noción en la que éste se concibe, no ya como presunción *juiris et de jure* —esto es, de derecho, y que por lo tanto no admite prueba en contrario— satisfecha con el elemental proceso de adecuación típica de la respectiva conducta con base en el cual se tenía por acreditada la antijuridicidad, sino que ahora se considera como una presunción *juris tantum* —es decir, legal y que por lo mismo admite prueba en contrario—, habida cuenta que la anterior desconocía el carácter

³² Hans Heinrich Jescheck. Tomis Weigend. Tratado de Derecho Penal. Quinta Edición, Ed. Granada. 2002. Pág. 282-83.

³³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-939 de 31 de octubre de 2002. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.



democrático y social del Estado de derecho, basado, ante todo, en el respeto a la dignidad humana (Constitución Política, artículo 1), e implicaba vulnerar la correlativa presunción de inocencia y los derechos de defensa y contradicción.

La renovada categorización, en sede de antijuridicidad, de los delitos de *peligro presunto* obliga, entonces, a evaluar judicialmente los contornos de la conducta para establecer qué tan efectiva fue la puesta en peligro; en otros términos, se debe verificar si en el caso concreto la presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario, dado que de ser ello así, el comportamiento no deviene antijurídico y sin tal categoría dogmática, la conducta no configuraría delito.

Respecto del comportamiento estudiado, el legislador asumió que quien emigra del país sin cumplir con los requisitos legales y a la postre ingresa en otro Estado también de manera irregular, por razón de un tal proceder se encuentra en situación de gran vulnerabilidad, sin medios necesarios para subsistir, expuesto al abandono y a todo tipo de vejámenes y maltratos³⁵, tales como la trata de personas (delito frecuentemente relacionado con los migrantes ilegales), estafas por parte de los traficantes que incumplen lo acordado aprovechando la ilegalidad de sus víctimas que se ven obligadas a callar para no ser descubiertas por las autoridades, etc.

³⁴ Cfr. Sentencia de 15 de septiembre de 2004, radicación N° 21064.

³⁵ MARTÍNEZ BETANCOURT, Darío. Ponencia para primer debate en el Senado al proyecto de Ley 190 de 2001, 17 de junio de 2002.



La Corte al ocuparse en anterior oportunidad³⁶ de esclarecer la estructura dogmática de la conducta analizada, señaló que la simple advertencia de los posibles peligros por los que puede atravesar la persona, en tanto objeto material del comportamiento, cuando emigra o inmigra de manera ilegal, no agota una acabada protección respecto de lo que comprende el objeto jurídico de tutela a través de la consagración de la actividad delictiva en cuestión, a la manera de significar que si no ocurre alguna de aquellas eventualidades, desaparece el carácter antijurídico del respectivo accionar.

Lo anterior porque, de una parte, la condición ilegal del migrante mantiene vigente la probabilidad de que al descubrirse la violación de los requisitos inherentes a su condición, como mínimo quede expuesto a su inmediata expulsión hacia el territorio de origen, si es que no se dan los otros resultados lesivos de su autonomía, e incluso, avocado a enfrentar procesos penales y eventuales sanciones al detectarse que los documentos con los que ingresó o egresó del respectivo Estado son espurios.

Y de otra, conforme se anunció párrafos atrás, la hipótesis normativa que define el tráfico de migrantes no solo atenta contra la autonomía personal, sino contra la soberanía del Estado en materia de control de migrantes, de suerte tal que nada importa, para el efecto, que la persona *objeto* del tráfico lo acepte, o mejor aún, voluntariamente entregue el dinero o faculte el provecho, y ni siquiera que el traslado se haga en las mejores condiciones físicas, psicológicas y de salubridad, o que la migración ilegal hacia otra nación represente para aquella un cambio ventajoso frente a

³⁶ Cfr. Sentencia de 24 de octubre de 2007, radicación N° 26597, respectivamente.



las condiciones en las que reside en el Estado nativo, pues a pesar de que pueda materializarse un escenario como el ejemplificado, la acción delictiva no queda *per se* despojada de antijuridicidad, dado que la condición de ingreso ilegal al respectivo país conlleva una situación de riesgo para las políticas que en esa materia tenga adoptadas el Estado, dado que los migrantes ilegales pueden constituir una variable que coadyuve en la generación de los problemas internos que aquejan a las diversas sociedades, como el desempleo, la delincuencia, la drogadicción, el terrorismo, etc.

2.2.2. En el asunto que concita la atención de la Sala, la relación fáctica expresada en la audiencia de formulación de imputación, como lo advirtió el Delegado de la Procuraduría en su intervención, no permite predicar el concurso efectivo de delitos de tráfico de migrantes y estafa deducido por la Fiscalía, por lo que el cargo ha de prosperar, no en los términos que lo reclama el demandante, esto es, mediante la declaración de nulidad de lo actuado desde la audiencia de imputación, sino a través de la casación parcial del fallo, en el sentido de absolver a la procesada del primero de los citados comportamientos.

Impera aclarar previamente que en el ordinario transcurrir de la realidad, rica en matices y en diversidad de situaciones siempre capaces de superar cualquier escenario hipotético, nada se opone a que eventualmente pueda presentarse un concurso ideal y efectivo entre el delito de tráfico de migrantes y el de estafa —o con otras conductas típicas, como suele ocurrir, por ejemplo, con la falsedad en documentos públicos o privados—, dado que es posible que la actividad orientada a facilitar el ingreso o egreso ilegal del país,



constituya también ardid, artificio o engaño apto para inducir o mantener en error a la persona traficada con el fin de concretar el provecho ilícito para sí o para un tercero que como ingrediente subjetivo es común a ambos tipos, sin que ello implique menoscabo de la garantía de *non bis in idem*.

Para lo que aquí importa, tal como quedaron expuestos los hechos jurídicamente relevantes a los que se allanó la procesada en la audiencia de imputación, acogidos luego en los fallos de primero y segundo grado, se sabe que hacia el año 2006 múltiples personas fueron contactadas por la acusada y los otros coprocesados para ofrecerles la posibilidad de viajar a Canadá en condición de asilados políticos, a efecto de lo cual les hicieron reuniones en diferentes sitios de notorio reconocimiento público, en las que con videos, arguyendo la procesada ser funcionaria de la respectiva delegación diplomática, lo cual no era cierto, y con abundante retórica acerca de la seguridad, ventajas y beneficios que obtendrían a través de dicho programa, convencieron a crédulos aspirantes de tomar el plan, para lo cual, con los papeles que éstos debían entregar —tales como: registros civiles, constancias de estudio y/o de trabajo, fotocopias de documentos de identidad, pasaportes, etc., debidamente autenticados—, les indicaban que para asegurar su inclusión en el programa tenían que cancelar el cincuenta por ciento del valor del mismo, el cual dependía de la cantidad de personas que integrara el grupo “*familiar*” interesado en el viaje (\$12'000.000 si era una sola persona y hasta \$ 86'000.000 si ascendía a diez).

Tras ello, la acusada y demás partícipes continuaban la labor de afianzamiento de quienes habían pagado la cuota inicial de la



anhelada travesía, indicándoles que para asegurar el éxito en la obtención del asilo, el abogado de la agrupación —uno de los implicados— formularía denuncias en nombre de ellos aseverando que por su militancia en un determinado partido político o como activistas de ONGs (inexistentes), eran objeto de persecución por grupos armados ilegales (como efectivamente se hizo en algunos casos), y luego los convocaban a un centro médico so pretexto de que allí les practicarían los exámenes de rigor exigidos por la embajada Canadiense (requisito cierto pero no ordenado ni autorizado por la delegación diplomática y menos en el lugar en el que fueron auscultadas las víctimas), para inmediatamente señalarles que era perentorio el pago del cincuenta por ciento restante del valor convenido, ya que era un hecho que se les había otorgado el asilo y que en los próximos días personal de la embajada los trasladarían de la casa al aeropuerto a tomar el vuelo con destino a Canadá.

Una vez la acusada y sus asociados obtenían el pago de la totalidad de la suma pedida a los incautos aspirantes a asilados, en la fecha indicada como día de partida, ninguna persona llegaba a sus hogares a recogerlos y ante los requerimientos de los mismos toda suerte de excusas eran argüidas por la procesada o los demás implicados para justificar el incumplimiento del viaje, manteniendo así a los afectados, durante algo más de un año, convencidos de que el viaje a Canadá se daría en cualquier momento, promesa que, con ocasión de la investigación iniciada por la Fiscalía en agosto de 2007, se descubrió que era falsa, pues en las sendas diligencias de allanamiento practicadas a los inmuebles donde se efectuó la captura de los procesados, fueron



hallados los documentos exigidos a los agraviados³⁷, sin haber adelantado trámite alguno ante la embajada de Canadá para la obtención del supuesto asilo.

La anterior recapitulación fáctica que, se reitera, en líneas generales corresponde a los hechos jurídicos relevantes formulados en la imputación aceptada por la acusada, y está corroborada con los elementos probatorios descubiertos por la Fiscalía en la misma diligencia, allegados para la emisión del correspondiente fallo, no permiten afirmar, como de manera equivocada lo sostuvieron la Fiscalía y los juzgadores de primero y segundo grado, que la acusada estuvo incurso en el delito de tráfico de migrantes, en la modalidad de promover, pues lo que enseña la sinopsis atrás decantada es que quienes aquí fungen de víctimas fueron aviesamente timados por aquella y sus contertulios, tipificándose apenas una estafa colectiva de quienes en forma cándida creyeron en las ficticias promesas de la banda delincuencia.

Distinta sería la situación si los hechos jurídicamente relevantes imputados, permitieran advertir que la actividad desplegada por la acusada estaba orientada a obtener la salida del país de los ofendidos sin el cumplimiento de los requisitos legales, pues, aun cuando es cierto que ésta, a través de uno de los concertados en el común designio delictivo, formuló en algunos casos (por ejemplo, respecto de Diego Alberto Vicente Gutiérrez)³⁸ denuncias para acreditar que los solicitantes eran perseguidos por grupos armados al

³⁷ A la actuación fueron allegados treinta y ocho (38) sobres de Manila que contienen los documentos solicitados a los distintos grupos interesados en el supuesto asilo político en Canadá.

³⁸ Sobre N° 31.



Corte Suprema de Justicia

margen de la ley, lo cual habría servido para sustentar falazmente ante la delegación diplomática la supuesta solicitud de asilo político; igualmente es verdad que esa fue apenas otra de las argucias empleadas para mantener el error provocado a los ofendidos (como el ficticio examen médico a que fueron sometidos, el cual en ningún caso fue ordenado por la embajada de Canadá), ya que tales documentos, después de muchos meses, nunca se emplearon para el fin indicado a aquellos, y tanto es así que tales denuncias espurias se recuperaron en poder de los coprocesados, junto con los demás papeles entregados por las víctimas para iniciar los trámites del supuesto asilo político ante la embajada de Canadá.

En conclusión, la conducta desplegada por la procesada asoma atípica para la configuración de la hipótesis punible de tráfico de migrantes, en la modalidad de promover, conforme así le fue imputado por la Fiscalía, ya que ese término, de acuerdo con su significado común, implica “*iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro...[t]omar la iniciativa para la realización o el logro de algo*”³⁹, acción y efecto que respecto de la salida del país de las víctimas sin el cumplimiento de los requisitos legales, estuvo lejos de materializarse a través de la maquinación urdida por la encausada y demás implicados, dado que sus actos no estaban idónea e inequívocamente dirigidos a ese objeto del comportamiento reprochado.

Los hechos dilucidados y los elementos de conocimiento que se fijaron en la formulación de imputación, se reitera, revelan que mediante la inducción y mantenimiento en error de un colectivo

³⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición. 2001. Tomo n/z, Pág. 1844.



Corte Suprema de Justicia

humano al que se le ofreció la expectativa de un viaje a otro país, oferta que jamás se iba a cumplir, la encausada obtuvo un provecho patrimonial ilícito.

En otras palabras, los mismos elementos de conocimiento que develó la Fiscalía y que aportó para acreditar la tipicidad y responsabilidad en los cargos imputados, desvirtúan la presunción *iuris tantum* inherente a la conducta punible descrita en el artículo 188 del Código Penal, pues de esos elementos de conocimiento se colige que la acción desplegada por la procesada y los otros concertados no produjo peligro de lesión a los respectivos bienes jurídicos tutelados en la norma, categoría dogmática sin la cual la conducta no configura el correspondiente delito.

Con base en lo anterior el cargo propuesto está llamado a prosperar, pero no con el efecto que persigue el censor, esto es, con la declaración de nulidad de la audiencia de imputación, dado que ese es un remedio extremo inaceptable en este evento, cuando el vicio puede conjurarse sin afectar la garantía de congruencia, con la casación parcial de la sentencia atacada, absolviendo a la procesada del cargo por el delito de tráfico de migrantes en relación con los hechos y víctimas a los que se contrae esta actuación, a pesar de su allanamiento al mismo, solución que ya ha sido prohijada por la Sala en un caso similar:

“Tratándose de sentencias anticipadas que se impugnen en la vía extraordinaria a efectos del control de constitucionalidad y legalidad y a fines de la protección de garantías fundamentales de incidencia procesal, esto es, en orden a la enmendación de errores de estructura o de garantía, la Sala podrá efectuar de manera rogada u oficiosa los correctivos del caso cuando la sentencia se hubiese dictado en un



juicio viciado de nulidad (arts. 23⁴⁰, 455⁴¹, 456⁴², 457⁴³ del C. de P.), en los eventos en que el fallo se hubiera dictado con fundamento en pruebas ilícitas, por falta de competencia del funcionario judicial, o con irregularidades sustanciales afectantes del debido proceso, o violaciones al derecho de defensa, recordándose que en las dos últimas modalidades no tienen cabida censuras por aspectos relacionados con la omisión de práctica de pruebas, ni por afectación del principio de contradicción probatorio, pues lo esencial de la sentencia anticipada es que se constituye en una renuncia a los ejercicios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración, práctica de pruebas y contradicciones fácticas, renunciadas entre las que no se incluyen el despojo de la presunción de inocencia, ni al debido proceso preestablecido, ni a los principios rectores de las pruebas de necesidad, motivación, licitud, ni mucho menos renuncia al derecho de defensa.

”Así mismo, cuando se trate de la protección de garantías fundamentales de repercusiones sustanciales que se hubieran materializado como errores in iudicando, la Sala Penal de la Corte, cuando se trate de sentencias anticipadas que se impugnen en vía extraordinaria deberá casar la sentencia ya sea de manera rogada u oficiosa como aquí se hace al encontrar que la violación se ha materializado de manera evidente.

”Pueden darse los casos, por ejemplo, entre otros: que la sentencia anticipada se hubiera proferido con violación al principio de derecho penal de acto, al principio de legalidad del delito o de la pena (necesaria, proporcional y razonable), o del principio de favorabilidad sustancial, por violación del principio de prohibición de analogía in malam partem, por desconocimiento del principio de cosa juzgada y del non bis in ídem, o en la que se hubiera consolidado una violación

⁴⁰ Ley 906 de 2004.- “Cláusula de exclusión.- Toda prueba obtenida con violación de garantías fundamentales, será nula de pleno de derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

⁴¹ Ley 906 de 2004.- “Nulidad derivada de la prueba ilícita.- Para los efectos del artículo 23 se deben considerar al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley”.

⁴² Ley 906 de 2004.- “Nulidad por incompetencia del juez.- Será motivo de nulidad el que la actuación se hubiere adelantado ante el juez incompetente por razón del fuero, o porque su conocimiento esté asignado a los jueces penales del circuito especializados”.

⁴³ Ley 906 de 2004.- “Nulidad por violación a garantías fundamentales.- Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio oral, salvo lo relacionado con la negación o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento”.



manifiesta por indebida aplicación sustancial referida a la adecuación del injusto típico, formas de participación o de las expresiones de culpabilidad atribuidas, o por menoscabo del principio antijuridicidad material y ausencia de lesividad, como es el caso concreto, o del principio de culpabilidad subjetiva en la que se evidencie una ausencia de responsabilidad penal dada la presencia de alguna de las causales que la excluyen y se hubiese condenado con criterios de responsabilidad objetiva, o por desconocimiento del principio de in dubio pro reo.

”En las sentencias anticipadas proferidas tras la vía de la política del consenso, esto es, de los preacuerdos y negociaciones o al declararse culpable al inicio del juicio oral, exclusivamente se renuncia por parte del imputado o acusado a los ejercicios de prácticas de prueba y de contradicción probatoria, pero no se renuncia a ninguno de los derechos y garantías fundamentales de lo debido sustancial y debido probatorio (necesidad, licitud, legalidad de la prueba), postulados que en un Estado constitucional, social y democrático de Derecho de manera imperativa deben ser objeto de protección, máxime al haberse concebido a la casación penal como un control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias de segundo grado, de nomofilaxis, sede extraordinaria por excelencia en la que tiene espacio y cabida por sobre todo la prevalencia del derecho sustancial, principio constitucional que sin excepciones se proyecta aplicativo tanto a las sentencias que hubiesen terminado de manera normal como las anticipadas”⁴⁴.

3. Resta por analizar el cargo en el que el demandante, también con fundamento en la causal segunda de casación, solicita declarar la nulidad de lo actuado respecto del delito de estafa, arguyendo, básicamente, que la imputación de esa conducta punible no se hizo fáctica ni jurídicamente en la modalidad de delito masa, sino como un concurso homogéneo y sucesivo de estafas, motivo por el que, atendida la suma esquilhada a cada una de las tres únicas víctimas mencionadas en la acusación, para poder judicializar a la procesada por esos comportamientos

⁴⁴ Cfr. Sentencia de julio 8 de 2009, radicación 31531.



era necesaria la correspondiente querrela como condición de procesabilidad, según lo exige el ordenamiento penal adjetivo, requisito que como no fue satisfecho obliga a invalidar lo actuado por desconocimiento del debido proceso.

Tanto el Fiscal Delegado como el Agente del Ministerio Público señalaron su adhesión a la propuesta del actor y respaldando la petición de nulidad, la cual, adviértase desde ahora no está destinada a prosperar.

3.1. Consecuente con el problema planteado, considera la Corte pertinente hacer las siguientes precisiones en relación con los delitos querellables.

3.1.1. Por mandato Constitucional y Legal, el ejercicio de la *acción penal*, esto es, la investigación y eventual sanción de los comportamientos definidos por el legislador como conductas punibles, le corresponde al Estado, facultad que, por regla general, es de índole oficiosa, en cuanto compete a las autoridades judiciales adelantar las investigaciones correspondientes sin necesidad de contar con la expresa manifestación y aquiescencia de la víctima o perjudicado con el hecho delictivo.

Sin embargo, el Estado, por razones de política criminal, en algunos casos, trasfiere a los particulares la potestad de poner en movimiento el aparato judicial, al someter a la voluntad del perjudicado o de la víctima, de una parte, el inicio de la correspondiente *acción penal* en relación con ciertos delitos lesivos de intereses particulares, mediante la comunicación a las autoridades de los hechos constitutivos del supuesto fáctico; y de



Corte Suprema de Justicia

otra, la posibilidad de dar por terminada la *acción penal* mediante el desistimiento de la queja presentado por quien legítimamente la instauró.

La razón del por qué puede el Estado otorgar en esos casos una facultad que debería ejercer de manera oficiosa, ha sido analizada dentro de la teoría del garantismo penal para llegar a concluir que la querrela respecto de algunas conductas punible se justifica por “...la antigua distinción, que se entiende todavía fundada, entre *delicta pública* y *delicta privata*: los primeros, lesivos de intereses intersubjetivos y de derechos subjetivos fundamentales e indisponibles; los segundos, lesivos de derechos disponibles y confiados por completo a la autonomía de su titular...”⁴⁵, motivo por el que “[s]ería insensato, en una perspectiva de derecho penal mínimo, proceder de oficio en el caso de delitos que ofenden derechos disponibles, cuando la parte ofendida no tiene interés en su persecución”⁴⁶.

De ahí que, en la determinación de los delitos querellables, lo importante para el legislador radica en establecer cuándo el menoscabo del bien jurídico, ya sea por su naturaleza o grado de afectación, tiene la capacidad de suscitar de manera autónoma la persecución penal y cuándo debería procederse a su adelantamiento dependiendo únicamente de la voluntad de la parte ofendida.

Lo anterior obliga a precisar, por otra parte, pero en relación con lo mismo, que la querrela no es, como parecieron entenderlo el demandante, el Delegado de la Fiscalía y el Agente del Ministerio Público, un documento, una entrevista, un testimonio, o un medio probatorio de otra naturaleza, sino una **acción** que el Estado

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 572.

*Corte Suprema de Justicia*

otorga al sujeto pasivo de ciertos delitos y a quienes tengan legitimidad para ejercerla en nombre de aquél, según lo dispone el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.

La querrella, como acción que es, se ejerce cuando “*el perjudicado (o quienes se encuentran legalmente autorizados para representarlo) acuden a las autoridades competentes para poner en conocimiento la conducta por cuyo medio resultó lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del cual es titular, caso en el cual el Estado asume las correspondientes labores de investigación, acusación y juzgamiento, pues tal ha sido la voluntad del querellante*”⁴⁷.

Por falta de claridad acerca de la naturaleza de la querrella suele confundírsele con el documento que, generalmente, la contiene, opacidad que lleva a no pocos equívocos y malos entendidos. Si la querrella fuera una prueba, sin importar el medio donde se plasme, recoja o manifieste, *no caducaría*, porque las pruebas no caducan; en cambio, por tratarse de una *acción*, respecto de ella opera el fenómeno de la caducidad, si no se ejerce dentro de los términos establecidos en el artículo 73 de la aludida legislación procesal penal adjetiva.

Por supuesto que si la querrella se presenta a través de una denuncia instaurada con los requisitos legales (artículo 69 *ibídem*) ésta es válida para cumplir la necesidad de aquélla, y por contera es evidente que ese acto, el de comparecer ante la autoridad competente a colocar la denuncia, satisface la exigencia de la querrella, toda vez que, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 69, la denuncia, la querrella y la petición tienen los mismos

⁴⁶ *Ibídem*

⁴⁷ Sala de Casación Penal. Auto del 23 de mayo de 2007. Radicación 26831.



Corte Suprema de Justicia

requisitos, esto es, cualquiera de ellas “*se hará, verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante*”.

Además, es obvio que la denuncia a través de la cual se materializa la querrela puede elevarse a la categoría de prueba, no sólo de la existencia y legitimidad de la misma, sino también de su contenido, para los efectos que a bien tenga la parte que quiera hacerla valer, siguiendo las reglas el procedimiento común que gobiernan la materia probatoria, careciendo de trascendencia el hecho de que en el medio en que se recoja la querrela (trátase de un formato genérico de denuncia o de entrevista, o de un archivo de audio) no contenga la manifestación expresa de que es una querrela o el rótulo escrito en esos términos, dado que lo verdaderamente relevante es que la persona facultada o con interés jurídico para promover la acción en los delitos de esa índole, sea escuchado por la autoridad competente y ante ella haga una relación detallada de los hechos constitutivos de la infracción.

Lo anterior se deriva de lo previsto en el artículo 69 de la Ley 906 de 2004, en el cual se regulan de manera explícita y taxativa los requisitos de la denuncia, de la querrela o la petición, entre los cuales no se encuentra que para manifestar su interés de ejercer la acción penal, sea necesario que el denunciante o el querellante utilice expresiones tales como “*quiero que el Estado investigue*”, o “*es mi deseo que se sancione al responsable*”, o “*solicito que se haga justicia*”, u otras similares, y menos que califique en términos legales la especie de comportamiento con el que resultó ofendido, constituyendo apenas presupuesto indispensable la relación



detallada de los acontecimientos en orden a que el Estado, a través del órgano competente (la Fiscalía), inicie de inmediato los actos tendientes a su investigación.

3.1.2. Por mandato legal (artículo 70, *ibídem*), la querella —lo mismo que la petición especial— está erigida como condición de procesabilidad del ejercicio de la *acción penal*, es decir, está prevista con carácter de requisito sustancial de la posibilidad jurídica de adelantar validamente un proceso penal.

Y esto obedece a que si de la índole del bien jurídico o de su grado de lesión se deriva fundadamente la disponibilidad del mismo, la querella resulta una garantía esencial de las formas propias del juicio, y en consecuencia del debido proceso, pues refleja la autonomía del titular y, en particular, su voluntad de reacción para que se configure, de manera condicionada y sujeta en todo caso a esa facultad de disposición, un interés público en la protección del bien conculcado.

Por su parte, la Fiscalía, en concreto, está obligada a ejercer la acción penal, obligación a la que no puede renunciar, y menos suspender ni interrumpir, salvo los casos señalados en la ley para aplicar el principio de oportunidad, y por lo mismo, desde el momento en que por cualquier medio (denuncia, informe, querella, petición especial, o de oficio) obtiene la noticia acerca de un comportamiento delictivo, debe realizar la indagación e investigación de esos hechos, función en la que le corresponde dirigir, coordinar, controlar y verificar las actividades que desarrolle la Policía Judicial.



Dicho de otra manera, una vez la Fiscalía está enterada de la ocurrencia de hechos que revisten las características de un delito, no puede permanecer inactiva so pretexto de que, por ejemplo, al parecer, el comportamiento es de los que requieren querrela y no hay claridad en cuanto a la legitimidad del denunciante o la caducidad de esa acción, sino que, precisamente, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, a través de la Policía Judicial, debe desarrollar una fase de indagación con el fin de establecer, entre otras, esa clase de circunstancias.

En efecto, a la Policía Judicial le corresponde realizar actividades orientadas a establecer la ocurrencia de los hechos expuestos en la noticia criminal, determinar si constituyen o no una conducta punible, identificar o individualizar a los presuntos autores o partícipes de la misma, si se cumple o no con el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal, si se ha obrado al abrigo de una causal de ausencia de responsabilidad y, en fin, asegurar los medios de conocimiento que eventualmente permitan ejercer a cabalidad la persecución penal por parte del Estado.

Lo antes afirmado tiene respaldo en el artículo 205 de la Ley 906 de 2004, relativo a la “*actividad de la policía judicial en la indagación e investigación*”, en cuanto estipula que la Policía Judicial que reciba denuncia, querrela o informes de otra clase, de los que se infiera la probable comisión de un delito “*realizarán de inmediato todos los actos urgentes*”, los cuales implican, a título de ejemplo, inspección en el lugar del hecho, entrevistas, interrogatorios, recolección y embalaje técnico de evidencia física y elementos materiales probatorios, actividad de la que deben hacer un *reporte de*



iniciación y luego un *informe ejecutivo* dirigido al Fiscal competente para que asuma la coordinación y control de la investigación.

Finalmente, en la sistemática diseñada en la Ley 906 de 2004, el proceso penal acusatorio empieza con la *formulación de imputación*, toda vez que es en ese momento cuando se vincula al indiciado a la investigación y éste adquiere la calidad de imputado, además de que a partir de ahí la defensa “*puede preparar en modo eficaz su actividad procesal*”, según los artículos 126 y 290 de la misma, lo cual no quiere decir, sin embargo, que “*el presunto implicado*” no pueda contar con un abogado desde antes, pues, al tenor de lo normado en artículo 119 *ibídem*, éste puede “*designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la fiscalía*”.

De acuerdo con lo anterior, que la querrella —o la petición especial— sea una condición de procesabilidad, significa que la Fiscalía sólo podrá formular imputación por un delito querellable, siempre y cuando ese acto esté amparado en una querrella legítimamente formulada antes de que ocurra la caducidad de la misma, pero, en principio, la ausencia de querrella no impide a la Fiscalía, a través de la Policía Judicial, ejercer su función constitucional y legal, materializada en la realización de los actos urgentes tendientes a verificar los hechos, y si con base en éstos constata que se halla frente a la comisión de un delito querellable, sólo podrá formular la imputación cuando cuente con la querrella presentada antes de su caducidad por quien tenga legitimidad para hacerlo.



En otras palabras, si se trata de un delito no investigable de oficio, con la querrela legítimamente formulada antes de operar el fenómeno de la caducidad, y obtenida la identificación o por lo menos la individualización de la persona implicada, el Fiscal hará la imputación, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del punible que se investiga; pero si, por el contrario, establece que el presunto delito es querellable y no cuenta con la querrela legítimamente presentada dentro del término legal, no debe formular imputación, aun cuando haya logrado acreditar las otras exigencias contenidas en el artículo 287 de la Ley 906 de 2004.

3.2. Como se recordará, en el asunto examinado los hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía a través de un informe ejecutivo, en el que se refirió la información obtenida a través de una fuente “*anónima escrita*” acerca de la realización de comportamientos probablemente constitutivos de infracciones a la ley penal, y la verificación por parte de miembros del C. T. I. de la Fiscalía General de la Nación de los datos concretos suministrados por aquella fuente, permitió, no solo identificar e individualizar a los integrantes de la agrupación dedicada a captar incautos a los que timaba con ficticias promesas de viajar al exterior en condición de asilados, sino también determinar los plurales sujetos pasivos que fueron víctimas, bajo una misma modalidad de acción, del delito de estafa.

De acuerdo con esa constatación, procedió entonces la Fiscalía a solicitar la captura de los indiciados, según dan cuenta los correspondientes registros, por los delitos de concierto para



delinquir, tráfico de migrantes y estafa en la modalidad de delito masa⁴⁸.

Una vez obtenida la aprehensión de aquéllos, les formuló imputación por los mismos comportamientos punibles, sólo que en esa actuación, en relación con el atentado contra el patrimonio económico, quien fungió como representante del ente investigador, aun cuando refirió fácticamente la actividad de los imputados como dirigida a “*engañar a la comunidad*” o a un “*grupo de ciudadanos*”, sin detenerse en casos individuales y advirtiendo expresamente que el delito resultaba agravado debido a que la sumatoria del dinero esquilado a cada uno de los ofendidos ascendía a una cifra próxima a los seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680'000.000), superando la cuantía prevista en el artículo 267-1° de la Ley 599 de 2000, igualmente refirió que dicho comportamiento se había materializado en concurso homogéneo y de manera sucesiva⁴⁹.

Ese lapsus del instructor al precisar la calificación jurídica de los hechos jurídicamente relevantes en relación con el delito de estafa, es el fundamento para que la defensa, con total prescindencia de la situación fáctica imputada, reclame la nulidad sobre la base de que al mirar la cuantía de la exacción sufrida por cada una de las víctimas, en particular de aquellas cuyas entrevistas se allegaron, era menester para la judicialización de la procesada la presentación de querrela, la cual echa en falta el defensor.

⁴⁸ Sobre # 1, DVD '0', record ...4088042_0, a partir de minuto 35:30 y 37:00.



La razón no está de lado del demandante, ni del Delegado de la Fiscalía y el agente del Ministerio Público que con similares consideraciones respaldaron la pretensión de aquél.

3.2.1. Como ya se indicó párrafos atrás la querrela es una acción y puede materializarse de manera escrita o verbal ante la autoridad competente. En el asunto estudiado, la Fiscalía al tener noticia por un medio válido, esto es, el informe ejecutivo de un investigador del C.T.I., en el que se refieren los comportamientos delictivos narrados a través de una “fuente escrita anónima” (Ley 906 de 2004, artículo 69, inciso final), procedió a los actos urgentes de verificación de los sucesos, en desarrollo de lo cual practicó más de cuarenta entrevistas a las víctimas, quienes corroboraron los hechos denunciados, actividad investigativa que expresamente fue descubierta a todos los indiciados en la audiencia de imputación, en la que además el instructor suministró a manera simplemente enunciativa los nombres de varios de los afectados y expresó que para esa diligencia aportaría apenas algunas de ellas, como en efecto así lo hizo⁵⁰, sin estar obligada a ello.

Esas entrevistas, reguladas en los artículos 205 y 206 de la Ley 906 de 2004, al contrario de lo sostenido por el Ministerio Público, cumplen acabadamente la función de materializar la querrela al tenor de lo normado en el artículo 69 ibídem, dado que fueron practicadas por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, y recibidas a los sujetos pasivos del comportamiento delictivo motivo de investigación, esto es, a las víctimas del delito de estafa perpetrado por los imputados.

⁴⁹ Sobre # 3, DVD 2, record ...110014088058-6, minuto 01:13:28 a 01:30:20.



Vale la pena destacar que en las tres entrevistas allegadas para el trámite de allanamiento a cargos de la procesada, cuyo conocimiento por parte de ésta y la defensa reconoce el demandante, a los respectivos comparecientes se les hizo la siguiente salvedad:

“SE DEJA CONSTANCIA QUE EL ENTREVISTADO HA SIDO INFORMADO SOBRE LA EXONERACIÓN DE DENUNCIAR O DECLARAR CONTRA SÍ MISMO, CONTRA SU CÓNYUGE O COMPAÑERO PERMANENTE, PARIENTES EN EL 4° GRADO DE CONSANGUINIDAD, DE AFINIDAD O CIVIL, O HECHOS QUE HAYA CONOCIDO EN EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD AMPARADA POR EL SECRETO PROFESIONAL, UNA VEZ INFORMADO SE PROCEDE A REALIZAR LA ENTREVISTA”⁵¹.

De lo anterior, fundada y razonadamente puede concluirse que aun cuando esos actos de investigación —tanto los aportados como los que no lo fueron— estén rotulados como “*ENTREVISTAS*”, en su esencia y contenido constituyen la queja presentada por quienes resultaron violentados en su patrimonio económico a través de las maniobras de inducción y mantenimiento en error desplegadas por la acusada y los otros coparticipes, denuncias en las que, dicho sea de paso, se hace un relato detallado y circunstanciado del obrar delictivo de la aquí encausada.

No está demás tampoco precisar que atendidas las fechas en las que fueron recibidas por agentes del C. T. I., las aludidas entrevistas, entre julio y noviembre de 2007, periodo comprendido entre el momento de presentación del informe ejecutivo y la solicitud de captura de los indiciados, las correspondientes quejas

⁵⁰ Ídem, minuto 01:31:03 a 01:33:00. Y Sobre # 4, DVD 3, record ...1100140880_7, minuto 42:00 a 01:00:00.

⁵¹ Carpeta, folios 233, 270 y 294.



fueron instauradas por los ofendidos antes de que se configurara el fenómeno de caducidad de la querrela (Ley 906 de 2004, artículo 73), pues según se desprende de lo narrado por los ofendidos en las diligencias adjuntas a la actuación, los actos de inducción y mantenimiento en error por parte de quienes se habían concertado para la comisión de la estafa, se prolongaron hasta junio de 2007.

Conclusión: carece de fundamento la solicitud de nulidad amparada en la ausencia de querrela presentada por las varias víctimas de la conducta punible de estafa, ya que, primero, como viene de verse, el ejercicio de esa acción se materializó a través de las entrevistas realizadas por el C.T.I., a los ofendidos, dentro del término de ley, antes de operar la caducidad; y segundo, la Fiscalía a pesar de contar con la condición de procesabilidad para el inicio del proceso contra los indiciados, solicitó la captura de éstos con el fin de adelantar el ejercicio de la acción penal, entre otras conductas punibles, por la de estafa en modalidad de delito masa⁵².

Esto último implica, además, que como los hechos investigados por la Fiscalía evidenciaron que se trataba de un delito masa en cuantía muy superior a los ciento cincuenta salarios mínimos mensuales legales previstos en el artículo 74 de la Ley 906 de 2004 como límite a las especies de estafas que requieren querrela, a efectos del ejercicio de la acción penal podía proceder de oficio, sin necesidad de adelantar previamente la conciliación preprocesal establecida igualmente en el artículo 522 ibídem, como requisito de procedibilidad de ésta.



3.2.2. Y, sin lugar a dudas, la correcta adecuación típica de la conducta punible objeto de examen, corresponde a estafa en la modalidad de delito masa, como expresamente lo advirtió la fiscal que solicitó la captura de los imputados, e implícitamente lo hizo la funcionaria que formuló la imputación al hacer la reseña de los hechos jurídicamente relevantes y precisar que el respectivo comportamiento devenía agravado por la cuantía que arrojaba la sumatoria de las distintas cantidades entregadas por las víctimas a raíz del engaño en el que se les indujo y mantuvo.

De ahí que considere la Sala oportuno reiterar su doctrina acerca de la configuración de la estafa en la referida modalidad, sentada en vigencia del derogado Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), ordenamiento en el que el legislador de entonces no previó expresamente el aludido comportamiento, omisión solucionada de *lege data* en el *parágrafo* del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.

Hizo la Corte en esa oportunidad las siguientes precisiones:

“[N]o cabe duda que la descripción típica del artículo 356 del C.P. admite la pluralidad de sujetos pasivos, no sólo porque así se explica el cambio de las expresiones "en perjuicio de otro" por "con perjuicio ajeno", en relación con el C.P. de 1936, que de suyo amplió cualquier criterio restringido al respecto, sino además porque, aun sin esta modificación, la estructura y contenido del delito de estafa, en ninguna forma impide que los sujetos timados puedan ser plurales, pues es claro que su reconocimiento no solo depende de la literalidad de la norma sino, igualmente, de la naturaleza de la conducta descrita y del sentido mismo de la prohibición.

⁵² Sobre # 1, DVD '0', record ...4088042_0, a partir de minuto 35:30 y 37:00.



"Y no es que bajo este supuesto hermenéutico, la "determinación del sujeto pasivo", entendida como la previa individualización de las personas a quienes se induce en error, no pueda predicarse en estos casos por la dificultad que se presentaría en la identificación anticipada de sus integrantes por tratarse de una colectividad, pues una tal interpretación resulta desconocedora del verdadero alcance material y jurídico de la norma, además de que partiría de un concepto ideal de conducta.

"En efecto, el hecho de que la identidad de cada uno de los sujetos que conforman la colectividad no sea inicialmente determinada por el autor, no significa que la acción no recaiga sobre "personas perfectamente singularizadas", pues, en estos casos la conducta engañosa no va dirigida a un grupo de personas indeterminadas y abstractas sino, por el contrario, al que previamente se ha limitado con conocimiento pleno de las circunstancias temporoespaciales, modales y personales de sus integrantes, a quienes se quiere inducir en error.

"Es que si bien el modelo de análisis dogmático de esta clase de conductas típicas, suele partir de la hipótesis en que concurre un solo sujeto pasivo debidamente individualizado, el cual es inducido en error mediante medios directos y personificados de convicción, esto no significa que el intérprete deba reducir el sentido hermenéutico de la norma a estos casos cotidianos, ni al punto de partida pedagógico, desconociendo los horizontes de proyección que emergen de su verdadero alcance, para lo cual se impone adentrarse en el contenido de la prohibición, auxiliado por claros elementos político-criminales fundadores de una política penal justa, pues la abstracción de la norma no puede desconocer la realidad social y delictual del medio al cual va dirigida.

"Admitir que la Ley se limitó a regular como estafa únicamente aquellas conductas defraudadoras desarrolladas en el ámbito de una relación directa, personal y física entre dos individuos, sería equivocado, pues además de que una tal interpretación estaría partiendo de un casuismo que no caracteriza al Código Penal vigente, resultaría absolutamente desconocedora de la propia descripción típica de este delito, que precisamente no limita los artificios y engaños generadores del error en la víctima, ni hace una tal exigencia, sino por el contrario, posibilita una amplísima gama de modalidades en su ejecución, sin dejar de lado la propia versatilidad y capacidad de



ingenio del timador, que es consustancial a la defraudación engañosa. Además, habría que reconocer que el legislador estatuyó un delito de estafa fuera del modelo progresivo de relaciones socio-económicas que generan y del que participan sus destinatarios, lo cual no parece apropiado, pues tratándose de un delito que necesariamente se desarrolla en el ámbito del tráfico jurídico de las negociaciones comerciales y técnicas, no puede comprenderse en un marco diverso a aquél, con todas sus modalidades y posibilidades, mas aun cuando legislaciones como la nuestra no hacen condicionamientos circunstanciales al respecto, cerrando el paso a todas aquellas defraudaciones posibles en el mundo moderno, como sería el caso del fraude informático, por ejemplo.

”Siendo entonces diversos los sujetos pasivos a quienes va orientada la acción engañosa, el logro del fin propuesto exige la elección de unos medios idóneos para lograrlo, que por la complejidad en su ejecución necesariamente impone la exteriorización de una multiplicidad de actos dirigidos a cada uno de los integrantes de la colectividad, pues, entender que se estafa a este ente en abstracto, es tan solo una ficción, ya que incuestionablemente la inducción en error y la desposesión del patrimonio económico ajeno se logra de las personas en concreto, esto es de quienes la conforman.

”Trátase, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.

”Y esto porque el considerar cada inducción en error como una acción autónoma y no como un acto integrante de la acción final propuesta por el defraudador, implica desconocer que la pluralidad de medios ideados y puestos en ejecución tienen como objetivo no el de estafar a una sola persona, sino a la pluralidad anticipadamente prevista y



mutar esta voluntad para anteponerle una simple causalidad material, agotada en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma total que se pretende obtener por el estafador y para lo cual ha puesto en marcha los medios que ha creído idóneos para lograrlo, es nada menos que crear por parte del juzgador su propia conducta desconociendo la que realizó el autor del delito, con la impunidad que un tal proceder generaría en la práctica cuando se trate de cuantías menores tipificables como contravenciones.

”No obstante, este reconocimiento de la voluntad como contenido de la acción no puede conducir al equívoco de desconocer la valoración normativa que implica la prohibición típica, como que ésta constituye su límite para los efectos de la unidad de acción; debiéndose tener en cuenta, igualmente, el contenido y sentido del tipo para establecer hasta dónde permite que vaya esa voluntad y a partir de qué momento se inicia otra acción originaria de una imputación concursal, esto es, deben examinarse tanto la finalidad concreta propuesta por el autor, como el tipo penal correspondiente dentro del ámbito social en el cual es aplicado.

”No se trata, así, de buscar una solución recurriendo a un híbrido conceptual temporizador de inconsistencias teóricas, sino de poner en su punto el reconocimiento del fundamento de la acción con la prohibición normativa objeto de reproche, que impone recuperar todo el contenido material del tipo llevándolo hacia la relevancia jurídico penal que centrada en el bien jurídico objeto de tutela, suministra su real sentido y alcance.

”Así y por tratarse de una acción única, el dolo consecucionalmente también es único y no continuado, dirigido a la vulneración de un tipo penal que admite pluralidad de sujetos pasivos, y que con todos y cada uno de sus actos ejecutivos, y no acciones autónomas, totalizan la lesión final del bien jurídico, entendido como una unidad integrada por la pluralidad de intereses particularizables, lo cual significa que abarca todo el episodio fraudulento dirigido sobre las personas que integran la colectividad y no sobre ésta entendida como ente abstracto, pues lo que sucede es que la unidad de engaño empleado hacia la pluralidad de sujetos, hace que el error se materialice en cada uno de los actos que integran los diversos momentos de ejecución, motivo por el cual la cuantía del provecho ilícito corresponde a lo obtenido de todos los perjudicados.



”Por tanto, ha de decirse finalmente, que la concurrencia de sujeto pasivo plural en el delito de estafa corresponde al sentido de la norma, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático, como desde sus postulados críticos y de los contenidos político-criminales que en un Estado social de derecho deben inspirar la hermenéutica jurídica, con la necesaria repercusión que tiene un tal planteamiento frente a la fijación de la pena, si se tiene en cuenta que una conducta así ejecutada implica especiales modalidades de ejecución del hecho punible, que un dolo integral de una acción que cubre una pluralidad de sujetos pasivos lleva a un grado de reprochabilidad mayor y que la afectación patrimonial de un conglomerado social, de suyo relieves su gravedad”⁵³.

3.3. Para terminar, una vez aclarado que la Fiscalía, en relación con el delito de estafa, estaba habilitada para adelantar el ejercicio de la acción penal por las razones atrás puntualizadas, resulta imperioso discernir qué implicación tuvo para la procesada que se allanó a los cargos, el hecho de que respecto del delito de estafa el fiscal que formuló la imputación afirmara que se procedía por tal conducta punible en modalidad agravada en razón de la cuantía, al considerar la sumatoria de las cantidades esquilmadas a las diferentes víctimas (se reitera, cercana a los \$ 680'000.000), con lo que implícitamente aludió a la figura del delito masa, y a la vez que dicho comportamiento se ejecutó en concurso homogéneo y sucesivo.

Sin desconocer el manifiesto yerro de la Fiscalía, observa la Sala que el dislate no trascendió en lesión fatal del debido proceso o del derecho de defensa de la procesada.

⁵³ Cfr. Sentencia de 3 de diciembre 1996, radicación 8874. El mismo fundamento teórico fue reiterado luego por la Sala, entre otras decisiones, en sentencias de 29 de junio y 7 de octubre de 1999, 18 de diciembre de 2000, 28 de noviembre de 2002 y 3 de marzo de 2004, radicaciones 12591, 11695, 14318, 17358 y 21580, respectivamente.



Es una verdad inconcusa que los hechos jurídicamente relevantes expuestos en la imputación configuran un atentado contra el patrimonio económico de un colectivo humano, bajo la denominación legal de estafa, en la modalidad de delito masa prevista en el artículo 31, parágrafo, de la Ley 599 de 2000, y el hecho de que el fiscal de turno hubiese omitido hacer esta última precisión jurídica en la audiencia de imputación tan sólo impedía (como en efecto ocurrió) que al momento de emitir condena frente al allanamiento a cargos, el juez tuviera en cuenta la correlativa intensificación de los extremos punitivos conforme lo prevé la citada norma (incremento de una tercera parte), por cuanto la procesada no fue advertida o enterada expresamente de esa consecuencia.

Ahora bien, la ambigüedad en que incurrió el instructor al imputar la estafa agravada por la cuantía y a la vez en concurso homogéneo, si bien es cierto debió ser salvada por el juez de control de garantías en la correspondiente diligencia, igualmente es verdad que fue adecuadamente sorteada por los falladores de primero y segundo grado, pues, contrariamente a lo alegado por el censor, los respectivos funcionarios al establecer los límites punitivos de la citada conducta, asumieron el comportamiento delictivo como uno solo con la agravante deducida expresamente, extremo de la disyuntiva menos gravoso para la enjuiciada que el de haber computado a la pena seleccionada para el delito más grave tantos incrementos como aparentes estafas individuales se dieron (más de cuarenta), obviamente sin llegar por esa vía a la suma aritmética de penas ni rebasar el doble de la sanción individualizada para el delito base.



Desde esa perspectiva, no hay incongruencia entre la acusación y el fallo, ni la procesada que libre y voluntariamente se allanó a cargos fue sorprendida con aspectos fácticos no conocidos o con consecuencias punitivas que no hubiese podido prever según los hechos jurídicamente relevantes indicados en la imputación y las normas que allí mismo enunció la fiscalía como correspondientes a la calificación jurídica del comportamiento lesivo del patrimonio económico ajeno.

En últimas, todo se reduce a una velada retractación, ya que so pretexto del error sin trascendencia en que incurrió el fiscal al imputar los cargos por el delito de estafa, el actor aspiraba a la nulidad de lo actuado, con el argumento de que como esa conducta punible se endilgó en concurso homogéneo y los respectivos comportamientos individualmente considerados ascendían un monto que exigía querrela de parte, debido a la inexistencia de ésta, se configuraría una causal de ausencia de procesabilidad, situación que, como ya se dilucidó, carece de sustento válido, deviniendo como colorario de todo lo expuesto el fracaso del cargo tercero.

4. Atendida la prosperidad del segundo reproche, en razón de lo cual, según se advirtió, es perentoria la casación parcial del fallo para absolver a la procesada del delito de tráfico de migrantes, la Sala procederá a redosificar la pena impuesta por las conductas punibles que quedan vigentes, esto es, concierto para delinquir agravado y estafa agravada por la cuantía.

El marco punitivo previsto para el delito de concierto para delinquir agravado, de acuerdo con el artículo 340, incisos primero y



tercero, de la Ley 599 de 2000, norma modificada por la Ley 733 de 2002, artículo 8° y la Ley 890 de 2004, artículo 14, oscila entre un mínimo y un máximo de setenta y dos (72), y ciento sesenta y dos (162) meses de prisión, respectivamente.

Dicho ámbito punitivo de movilidad, al tenor de lo normado en el artículo 61 de la Codificación Penal Sustantiva, queda distribuido en los siguientes cuartos: uno mínimo, de **setenta y dos (72) meses a noventa y cuatro (94) meses y quince (15) días**; dos medios, de noventa y cuatro (94) meses y dieciséis (16) días a ciento diecisiete (117) meses, y de ciento diecisiete (117) meses un (1) día a ciento treinta y nueve (139) meses y quince (15) días; y uno máximo, de ciento treinta y nueve (139) meses y dieciséis (16) días a ciento sesenta y dos (162) meses.

Por su parte el delito de estafa, agravada por la cuantía, según los artículos 246 y 267-1° de la Ley 599 de 2000, comprendida la modificación introducida por la Ley 890 de 2004, artículo 14, tiene prevista una pena de prisión que fluctúa entre un mínimo de cuarenta y dos (42) meses y veinte (20) días hasta un máximo de doscientos dieciséis (216) meses.

Ese ámbito punitivo de movilidad, de acuerdo con el artículo 61 de la Ley Penal Sustantiva, queda distribuido en los siguientes cuartos: uno mínimo, de **cuarenta y dos (42) meses y veinte (20) días a ochenta y seis (86) meses**; dos medios, de ochenta y seis (86) meses y un (1) día a ciento veintinueve (129) meses y diez (10) días, y de ciento veintinueve (129) meses once (11) días a ciento setenta y dos (172) meses y veinte (20) días; y uno máximo, de



ciento setenta y dos (172) meses y veintiún (21) días a doscientos dieciséis (216) meses.

Con sujeción a los mismos criterios expresados en el fallo de segundo grado para seleccionar el correspondiente cuarto de movilidad, puesto que no fueron deducidas circunstancias genéricas de mayor punibilidad, la sanción deberá individualizarse en el primer cuarto establecido para el delito de concierto para delinquir agravado, esto es, de setenta y dos (72) meses a noventa y cuatro (94) meses y quince (15) días, por ser esa franja la que prevé la sanción más grave entre las dos conductas punibles concursales, y de aquella se tomará el máximo, como igualmente lo hicieron los falladores de primera y segunda instancia, es decir, **noventa y cuatro (94) meses y quince (15) días**.

Respecto de dicho monto el incremento por el delito concursal de estafa agravada por la cuantía, se calculará teniendo en cuenta la misma proporción fijada en el fallo del Tribunal, equivalente al treinta y siete por ciento (37%) del guarismo atrás seleccionado, lo cual se traduce en un aumento efectivo de treinta y cuatro (34) meses y veintinueve (29) días, que sumados a la anterior cifra arrojan un total de ciento veintiocho (128) meses y cuarenta y cuatro (44) días.

Y puesto que la procesada se allanó a los cargos en la audiencia de imputación, comportamiento post delictual por el que le fue reconocida en ambas instancias el máximo de la rebaja prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, esto es el cincuenta por ciento (50 %), la sanción privativa de la libertad que en definitiva



se impondrá a la procesada es de **sesenta y cuatro (64) meses y veintidós (22) días de prisión**, monto al que se ajustará la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Como respecto del delito de estafa agravada por la cuantía también concurre como pena principal la de multa, que oscila entre ochenta y ocho coma ochenta y ocho (88,88) y dos mil doscientos cincuenta (2250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, siguiendo el mismo procedimiento de dosificación, la individualización de esta se hará en el primer cuarto, dentro del cual, con el fin de no quebrantar la prohibición de reforma en peor, se selecciona el mínimo de esa franja, como igualmente lo hicieron los jueces de primer y segundo grado, guarismo que se reduce a la mitad por el allanamiento a cargos, obteniendo así en definitiva una pena principal pecuniaria de **cuarenta y cuatro coma cuarenta y cuatro (44,44) salarios mínimos mensuales legales vigentes** que le será impuesta a la acusada con la de prisión.

En cuanto hace a los subrogados penales, observado el monto de la sanción privativa de la libertad infligido a la procesada, es palmario que no se satisface el presupuesto objetivo señalado en el artículo 63 del Código Penal para poder otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Tampoco resulta viable la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural en establecimiento carcelario, pues a pesar de la casación parcial de la sentencia de segunda instancia, los referentes avalados con esa decisión y plasmados en el fallo de



primer grado para negar aquel beneficio se mantienen, habida cuenta que el concierto para delinquir agravado con base en el cual se tasó la sanción tiene prevista una pena mínima que supera los cinco (5) años, y en las aludidas determinaciones igualmente se consideró como no abastecido el requisito subjetivo, aspecto que no fue impugnado por el demandante.

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

1. NO CASAR la sentencia impugnada, con base en los cargos primero y tercero formulados en la demanda.

2. CASAR PARCIALMENTE el fallo emitido el 22 de abril de 2009 en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá contra PATRICIA ACOSTA ACOSTA, en razón de la prosperidad del cargo segundo propuesto en la demanda interpuesta por su defensor. En consecuencia:

2.1. ABSOLVER a PATRICIA ACOSTA ACOSTA del delito de tráfico de migrantes atribuido en la formulación de la imputación, por atipicidad del comportamiento.

2.2. MANTENER la condena a PATRICIA ACOSTA ACOSTA como coautora penalmente responsable de las conductas delictivas de concierto para delinquir agravado y estafa agravada en razón de la cuantía, precisando que queda sujeta a las penas principales



de **sesenta y cuatro (64) meses y veintidós (22) días de prisión** y multa en cuantía de **cuarenta y cuatro coma cuarenta y cuatro (44,44) salarios mínimos mensuales legales vigentes**, así como a la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad.

3. En los demás aspectos la sentencia atacada se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUÍS QUINTERO MILANES

YESID RAMÍREZ BASTIDAS



República de Colombia

71

Casación N° 32422
Patricia Acosta Acosta



Corte Suprema de Justicia

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria