

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado Ponente

AP1562-2017

Radicación nº 47460

Acta 77

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala sobre la insistencia formulada por el H. Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya, con el fin de que se admita el primer cargo de la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra, contra la sentencia dictada el 23 de octubre de 2015, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Extinción del Derecho del Dominio, que confirmó la emitida el 17 de enero de ese año por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad y condenó a la procesada como autora del delito de lavado de activos en concurso con el de enriquecimiento ilícito de particulares.

HECHOS

El A quo resumió la cuestión fáctica de la siguiente manera:

Conforme a lo señalado por la Fiscalía General de la Nación en la audiencia de formulación de acusación se tiene que los hechos jurídicamente relevantes acaecieron el

día 24 de marzo de 2011, aproximadamente a las 23:00 horas, en el aeropuerto internacional El Dorado de esta ciudad, cuando Unidades de la Policía Fiscal Aduanera realizaban labores de observación y requisa de los viajeros del vuelo internacional 011 de la compañía Avianca que cubría la ruta Madrid, España, Bogotá, y al ser abordada la señora ROSSE MARY ESPINAL PARRA, para que declarara el dinero que portaba al ingresar al País indicó que llevaba consigo la suma de cuatro mil quinientos euros (4.500 E) para cubrir los gastos de estadía, pero al ser llevada a la oficina de la DIAN para realizar el conteo de la suma declarada, y al ser objeto de requisa por parte de la patrullera LAURA FERNANDA OROZCO VÁSQUEZ, en compañía de la funcionaria de la DIAN, DIANA PASTRANA, se le observó un abultamiento sospechoso en medio de sus piernas, por lo que procede a retirar el dinero, y luego al preguntársele si traía más dinero, indicó que si y estaba introducido en sus genitales por lo cual se le llevo (sic) a un sanitario donde de manera voluntaria lo extrajo y lo entregó a las autoridades, dando como resultado la incautación de dos cientos (sic) veinte (220) billetes de 500 euros, siete (7) billetes de 200 euros, y veintiún (21) billetes de 100 euros, para un total de ciento trece mil quinientos euros (113.500), por lo que inmediatamente se captura en situación de flagrancia y darle (sic) a conocer sus derechos constitucionales¹.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de marzo de 2011, ante el Juzgado 40 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura en flagrancia y formulación de imputación por los delitos de lavado de activos y enriquecimiento ilícito, (artículos 323 y 327 del Código Penal), cargos que no aceptó Rosse Mary Espinal Parra, quien no fue afectada con medida de aseguramiento².

2. El Fiscal 29 de la Unidad de Lavado de Activos presentó el escrito de acusación el 25 de abril de ese año, por las mismas conductas punibles³. La respectiva

formulación tuvo lugar el 4 de mayo posterior, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad⁴.

3. La audiencia preparatoria se realizó el 10 de septiembre de 2012⁵ y la del juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones que iniciaron el 25 de agosto de 2014⁶ y culminaron el 7 de octubre siguiente, fecha última en la que se anunció sentido de fallo de condenatorio⁷.

4. Consecuente con ello, el 17 de febrero de 2015 el despacho dictó sentencia en la que condenó a Rosse Mary Espinal Parra, como autora responsable del delito de lavado de activos en concurso con el de enriquecimiento ilícito, a la pena de ciento veinte (120) meses prisión, multa de 11.282 salarios mínimos legales mensuales vigentes y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la sanción principal.

Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria⁸.

5. El 23 de octubre de ese año, el Tribunal Superior de esta ciudad, Sala de Decisión Penal de Extinción del Derecho del Dominio, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la procesada, confirmó en su integridad la decisión del A quo⁹.

6. En providencia del 30 de noviembre de 2016, esta Corporación inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra, quien acudió al mecanismo de insistencia ante el Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya.

7. Mediante auto del 30 de enero del año en curso, el H. Magistrado procedió al examen de los tres cargos formulados y encontró que al libelista le asiste razón frente al primero, el que solicita sea admitido.

FUNDAMENTOS DE LA INSISTENCIA

Manifiesta el señor Magistrado que el defensor acertó en la selección de la causal por violación directa, por indebida aplicación del artículo 327 del Código Penal, porque los hechos que los fallos declararon probados coinciden con los que el jurista presenta como sustento, y tanto el Tribunal como el Juez reconocen que las divisas incautadas a Rosse Mary Espinal Parra pertenecían a terceros.

También señala que los juzgadores, al definir el objeto material en los dos delitos atribuidos a la procesada, terminaron identificándolos, pues el lavado de activos lo fijaron en 113.500 euros, y en el mismo monto tasaron el incremento patrimonial injustificado o incremento ilícito.

Por lo anterior, estima importante definir si la decisión de condenar a Espinal Parra por el injusto de enriquecimiento ilícito, a partir de los supuestos fácticos aceptados en los fallos, es o no correcta, por lo cual considera que se deben superar los defectos de la demanda y admitirla a trámite por este reproche.

SÍNTESIS DEL CARGO Y LAS RAZONES DE SU INADMISIÓN

1. El defensor de Rosse Mary Espinal Parra acusó la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 327 del Código Penal, que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

Explicó que el Tribunal erró al determinar la responsabilidad de su asistida frente a un concurso heterogéneo de delitos, agravando su situación, cuando, en verdad, desplegó una sola conducta, inescindible y autónoma, que debió adecuarse tan solo en el punible de lavado de activos.

En su criterio, no se puede aceptar que a partir de los mismos actos exteriorizados por

Rosse Mary, se diga que ellos también estructuran el injusto de enriquecimiento ilícito de particulares, máxime cuando, en soporte de esa postura, el juez plural acudió a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, que si se mira en todo su contexto, lo que determina, en contrario, es que, por tratarse de delitos autónomos, de no lograrse escindir los actos exteriorizados por el agente, se estaría ante un concurso aparente de conductas.

Así ocurrió en el presente asunto, por lo cual se debió escoger el tipo penal de mayor riqueza descriptiva, que no es otro que el lavado de activos, en cuanto encaja perfectamente en el comportamiento desplegado por la procesada, en tanto que, el enriquecimiento ilícito de particulares lo fue a favor de terceros, por lo que hay claridad que el dinero no es de su propiedad y la cuantía del delito, lo es por el valor de los euros encontrados a Espinal Parra.

Con base en un segmento de la sentencia dictada por la Corte el 16 de julio de 2014, dentro del radicado 41800, citada por el Tribunal, aseguró que las cantidades incautadas a su defendida no eran de ella, pues una vez introducidas al país debía entregarlas a sus propietarios. Luego, si no ostentó la personería de esos dineros, entonces solo podía ser condenada por el injusto de lavado de activos, en virtud del principio de consunción.

Concluyó que la correcta aplicación del artículo 31 del Código Penal y de los precedentes jurisprudenciales sobre concurso real y aparente, habría conducido a la condena de su defendida tan solo por el delito de lavado de activos.

2. En auto del 3 de noviembre de 2016, la Corte inadmitió la censura, por las siguientes razones:

2.1. El demandante no solo se sustrajo de demostrar que los supuestos que contempla el precepto 327 del Código Penal no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida, sino que, de entrada, calificó inaceptable que a partir de los mismos actos

exteriorizados por su asistida, se diga que, además del lavado de activos, ellos también tipifican el delito de enriquecimiento ilícito de particulares.

2.2. Se constató que el casacionista hizo una interpretación subjetiva la sentencia dictada por esta Corporación el 16 de julio de 2014, dentro del radicado 41800, que fue evocada por el Tribunal.

Por esa razón, se hizo necesario precisar que en ese pronunciamiento, la Corte examinó diversos temas en orden a la resolución del respectivo problema jurídico. Entre ellos, dedicó un capítulo a definir los criterios que resuelven el concurso aparente de delitos, con especial énfasis en el principio de consunción, y otro apartado lo destinó al recuento jurisprudencial sobre la posibilidad de un concurso real o ideal del enriquecimiento ilícito de particulares con otras conductas punibles, entre ellas, el lavado de activos.

Entonces, se explicó que el Ad quem, para prohiar el criterio del fallador de primera instancia, se apoyó en el último tópico, en cuanto halló probado que «la procesada obtuvo un incremento patrimonial no justificado, derivado de una actividad ilícita, concretado ello en el hecho de haberse encontrado en posesión y tenencia de los 113.500€»¹⁰.

Por último se destacó que, tal como se halló probado, la procesada, de manera voluntaria, manifestó a la funcionaria de Policía Judicial que los 113.500 euros le fueron entregados por terceras personas para ingresarlos a Colombia, situación que unida a la no justificación sobre su origen, permitió a los falladores inferir que obtuvo un incremento patrimonial a favor de terceros.

2.3. En síntesis, como el casacionista no ajustó su discurso a los parámetros de la causal primera de casación, la Sala concluyó en la ineptitud del reproche.

CONSIDERACIONES

1. La finalidad del mecanismo de insistencia radica en permitir que la Corte reconsidere su determinación de inadmitir la demanda de casación, a efectos de darle curso, ya sea porque constate que se equivocó al momento de analizar los cargos propuestos o porque, pese a las incorrecciones del libelista, su admisión se hace necesaria para estudiar de fondo la posible lesión de las garantías fundamentales del recurrente, atendiendo a los fines del recurso o la índole de la controversia planteada.

2. En el asunto que se examina, ningún reparo surge en cuanto a la legitimidad e interés que le asiste al señor Magistrado para promover el mecanismo de insistencia, puesto que el peticionario le dirigió la solicitud en el término oportuno y, además, no participó en la discusión y aprobación de la providencia inadmisoria.

De igual modo, es claro cuando señala, como soporte de su solicitud, que la vía escogida por el demandante, para reclamar la indebida aplicación del artículo 327 del Código Penal, es acertada y, adicionalmente, es importante definir si los juzgadores acertaron en condenar a la procesada por el delito de enriquecimiento ilícito, a partir de los supuestos fácticos aceptados en los fallos.

3. Teniendo en cuenta que los fundamentos de la solicitud atienden a los presupuestos del mecanismo de insistencia, así como a las finalidades del recurso de casación, la Sala encuentra viable superar los defectos del cargo primero de la demanda formulada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra.

En efecto, se hace necesario realizar un estudio más detallado de la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito de particulares y profundizar en la hipótesis del concurso con el lavado de activos.

Lo anterior, con el fin de determinar, como lo solicita el señor Magistrado, si a partir de

la situación fáctica declarada en las instancias, es correcta su atribución.

4. En estas condiciones, la Sala admitirá el cargo primero de la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra.

En auto separado, se fijará fecha para la celebración de la correspondiente audiencia de sustentación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

ACEPTAR la solicitud de insistencia elevada por el señor Magistrado José Francisco Acuña Vizcaya y, en consecuencia, admitir el primer cargo de la demanda de casación presentada por el defensor de Rosse Mary Espinal Parra.

Fíjese fecha para la celebración de la audiencia de sustentación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folio 267 y vto. Carpeta juicio oral.

2 Folio 6 del Escrito de acusación.

3 Folios 4 a 12 Carpeta juicio oral.

4 Folios 15 y 16 lb.

5 Folios 45 a 48 lb.

6 Folios 151 y 152 lb.

7 Folios 261 y 262 lb.

8 Folios 267 a 284 lb.

9 Folios 81 a 116 Cuaderno del Tribunal.

10 Folio 114 Cuaderno del Tribunal.