

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP122-2018

Radicación No. 48192

(Aprobado Acta No. 098)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de GENTIL BARRERA GARCÍA contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad el 15 de octubre de 2015 y condenó al acusado como autor del delito de inducción a la prostitución.

HECHOS

El 4 de mayo de 2012 Edna Catherine García Valbuena —para la época de los hechos de 17 años de edad— presentó denuncia penal contra GENTIL BARRERA GARCÍA, quien una noche, a finales de enero de 2012, la recogió en su lugar de trabajo y camino a la casa detuvo el vehículo en un callejón, donde le propuso ganar dinero suficiente mediante favores sexuales; para comenzar debía acompañar a dos amigos suyos a una finca un fin de semana; le comentó que él conseguía jovencitas que prestaban esos servicios a personas con las cuales él trabajaba —como escolta en una empresa privada—; según le insinuó, previamente tendría que practicar con él cómo complacer sexualmente a los hombres. La joven rechazó el ofrecimiento y el denunciado en adelante la llamó por teléfono y le envió

mensajes de texto reiteradamente, sugiriéndole, además, que si ella no estaba interesada en el negocio le consiguiera otras mujeres de su edad, a cambio de lo cual recibiría una comisión.

ANTECEDENTES PROCESALES

Por los anteriores hechos, en audiencia del 3 de septiembre de 2014 fue imputado GENTIL BARRERA GARCÍA como autor del delito de inducción a la prostitución, previsto en el artículo 213 del Código Penal.

El 7 de octubre siguiente la Fiscalía 251 Delegada Seccional radicó escrito de acusación y la audiencia respectiva se realizó el 28 de enero de 2015 ante el Juzgado Primero Penal de Circuito de Conocimiento. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 13 de abril posterior, y el juicio oral se cumplió en sesiones del 1 de junio y el 3 de agosto de la misma anualidad; en esta última el juez hizo el anuncio de absolución y el 15 de octubre profirió la sentencia correspondiente.

Apelado el fallo por la Delegada de la Fiscalía y por la apoderada de víctima, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó el 30 de marzo de 2016 y condenó al procesado conforme a los cargos por los cuales fue acusado, imponiéndole las penas principales de 120 meses de prisión y 66 salarios mínimos legales mensuales de multa, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad y no le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la condena.

Contra la sentencia de segunda instancia el defensor del implicado interpuso recurso de casación y presentó la respectiva demanda, admitida por la Corte el 8 de agosto de 2016; la audiencia de sustentación se realizó el 12 de septiembre de 2017.

LA DEMANDA

El defensor del acusado propone un cargo contra la sentencia condenatoria, con fundamento en la causal tercera del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, por haber incurrido el Tribunal en distintos errores de hecho.

En primer lugar se refiere al falso juicio “por invención”, pues el Tribunal no hizo valoración integral del testimonio de Edna Catherine García Valbuena, ni lo confrontó con los demás medios de prueba, apreciando únicamente lo que incriminaba al procesado y omitiendo otros apartes, como el relacionado con la recriminación que en una reunión familiar le hicieron a la joven por su intención de “acabar con el hogar de GENTIL BARRERA”, y el referente al intento de suicidio de la denunciante.

En segundo orden, alega un falso juicio de existencia por omisión, por cuanto los testigos de la fiscalía solo declararon sobre lo que les dijo la denunciante, no lo que hubieran presenciado, además que el ente acusador no procuró la búsqueda selectiva en bases de datos para verificar la existencia de los mensajes o llamadas que supuestamente GENTIL BARRERA le hacía a Edna García, no obstante, el Tribunal dio por cierto que se realizaron.

De igual manera, plantea que el ad quem desestimó las manifestaciones de los testigos de la defensa, afirmando que los únicos datos suministrados por ellos hicieron referencia al comportamiento del acusado y a su desempeño social, forma como omitió apreciar en su verdadero alcance el testimonio de Nelsy Valbuena (esposa de GENTIL BARRERA), quien refutó afirmaciones de la denunciante, a la vez que confirmó lo manifestado por el procesado sobre la causa real de su encuentro con Edna García, que no fue propiciado por el mismo para inducirla a la prostitución.

Así mismo, alega que el ad quem omitió la declaración de Mauricio Vanegas, quien negó que el acusado le proveyera mujeres jóvenes para obtener de ellas atenciones sexuales.

Igual reproche hace respecto de la valoración de los testimonios de las hijas del procesado, quienes dieron a conocer que la denunciante acostumbraba usar un lenguaje de marcado

contenido erótico en sus conversaciones.

Agrega que el Tribunal hizo un “lacónico” pronunciamiento sobre el informe de valoración psicológica al procesado, que descarta rasgos de una conducta como la imputada; así como del testimonio del mismo y los datos de ausencia de antecedentes penales, dejando de apreciar que “derrumba[ban]” las afirmaciones de Edna Catherine García.

Alega que (i) si la propia ley permite la declaración del procesado, es inadmisibile que no se valore como prueba; (ii) cuando una pariente del acusado es testigo de los hechos, no se debe desechar su declaración bajo el supuesto simple de esa relación y; (iii) es importante que se defina por la jurisprudencia si el delito de inducción a la prostitución es de mera conducta o de resultado.

Solicita que se case la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior y recobre vigencia el fallo absolutorio del Juzgado Primero Penal de Circuito con Función de Conocimiento.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor del acusado:

Señala que el Tribunal sustentó la sentencia condenatoria exclusivamente en la declaración de la denunciante, la que no valoró integralmente, en aspectos como el hecho de atentar contra su vida, además de omitir los otros medios de convicción traídos al juicio oral, específicamente las pruebas de la defensa, que desvirtuaron la dedicación del acusado a la actividad delictiva imputada.

2. La Fiscal Cuarta Delegada para la Corte:

En su opinión, ninguno de los reproches planteados en la demanda debe prosperar. Indica

que si bien algunos aspectos de la declaración de la víctima no fueron aludidos expresamente en el fallo del Tribunal, los mismos carecen de trascendencia, como sucede con la falta de respaldo por parte de la familia a la versión de la denunciante, en cambio de lo cual le reprocharon que quisiera causar daño al hogar del acusado. Esos hechos, en su opinión no le restaban credibilidad a las afirmaciones de la ofendida, pues en sus declaraciones se mostró persistente, inequívoca y espontánea sobre el señalamiento contra GENTIL BARRERA, a pesar de la presión de sus parientes que la incitó a atentar contra su propia vida.

Para la Delegada el demandante aspira a que se imponga un modelo tarifario de apreciación probatoria, revaluado por el método de la persuasión racional, con el cual no riñe una condena sustentada en la declaración de un testigo único. No obstante, señala que en este caso la decisión impugnada no se fundamentó exclusivamente en el testimonio de Edna García, pues este se confrontó con las restantes declaraciones, que llevaron a desvirtuar la existencia de ánimo vindicativo contra BARRERA GARCÍA, tomando en cuenta que antes de los hechos la víctima tenía buena relación con los integrantes del grupo familiar del mencionado, como lo reconoció la esposa del mismo. Por tanto, no había razones para deducir que la denunciante inventó los hechos, a fin de interferir en el hogar del inculcado.

Respecto de la omisión del Tribunal de apreciar las pruebas de la defensa, especialmente los testimonios de Nelsy Valbuena y de Mauricio Vanegas, el Delegado de la Fiscalía indica que el mismo defensor transcribe el mérito probatorio que les fue asignado en la sentencia; luego, si bien el examen no fue tan detallado en cuanto a lo expuesto por cada uno de los testigos, no se configuró un error reprochable en sede de casación, ante la evidencia de los motivos por los que el ad quem no otorgó mérito suasorio a esas declaraciones.

Plantea que Mauricio Vanegas, Nelsy Valbuena y las hijas del procesado aludieron al buen comportamiento laboral, social y familiar de GENTIL BARRERA, sin que sus manifestaciones

tuvieran relevancia para refutar las declaraciones de Edna García, como sucede con la afirmación del primero de los mencionados acerca de que el procesado nunca le hizo ofrecimiento de mujeres menores de edad, para tener trato sexual, además del manifiesto interés de las hijas del acusado por favorecerlo, en tanto que el supuesto contenido erótico de las conversaciones de la víctima no refuta la existencia de la inducción a la prostitución. Finalmente, que el relato de Nelsy Valbuena tampoco tenía la importancia necesaria para inferir que los hechos denunciados fueran el resultado de la invención de Edna García.

En consecuencia, afirma la escasez de las pruebas de descargo para derribar el fallo condenatorio.

3. La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal:

En su criterio, los medios de conocimiento eran suficientes para fundamentar la condena del procesado por haber incitado a la denunciante a ejercer la prostitución.

Cuestiona que la condena se haya apoyado únicamente en la declaración de la denunciante, pues además su relato fue corroborado por su hermano Johan García Valbuena, Natalia Pardo y José Laureano Valbuena, quienes se enteraron de que el origen del problema fue el ofrecimiento que le hizo el acusado de un estímulo económico a cambio de realizar actos de comercio sexual o de prostitución.

Destaca cómo esas declaraciones fueron apreciadas por el Tribunal en cuanto reafirmaron el dicho de la ofendida, quien en su testimonio durante el juicio fue consistente, clara e inequívoca sobre los hechos cometidos por el acusado, al insistirle en ofrecimientos para inducirla en la prostitución.

Señala, igualmente, que el ad quem examinó cada uno de los elementos del delito de inducción a la prostitución, a la vez que valoró las pruebas con observancia de las reglas señaladas en el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal.

A su juicio, la declaración de la víctima está respaldada en diversos indicios, como las circunstancias de vulnerabilidad por ser una menor de edad, en situación de pobreza y dependencia económica, de lo cual se prevaleció el acusado, pues Edna Catherine García vivía con él y su familia, luego sabía que necesitaba dinero y trabajo para sobrevivir, dándose «un entorno de coacción y violencia psicológica», en el cual esas incitaciones directas configuran el delito, que por ser de mera conducta no exige la producción de un resultado específico, esto es, un contacto sexual con quien induce o con el tercero.

En oposición a lo argumentado por el demandante, el Delegado de la Procuraduría señala que la Sala (CSJ, SP, 14 ago. 2012, rad. 39160), así como la Corte Constitucional, desecharon que la conducta descrita en el artículo 213 del Código Penal, fuera ambigua o inexacta.

Concluye que el fallo impugnado no debe casarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La Sala no se referirá a las evidentes falencias de lógica y suficiente fundamentación del libelo impugnatorio, por cuanto las mismas quedan obviadas y se entienden superadas al admitirse la demanda, que obliga al examen de las bases fácticas y jurídicas de la sentencia recurrida, en orden a determinar si permanece indemne la doble presunción de acierto y legalidad de la decisión o si, por el contrario, conforme lo alega el censor, se menoscaba por la existencia de errores estructurales de juicio.

2. Antes de abordar los motivos de la censura, por cuanto el demandante solicitó a la Corte determinar si la inducción a la prostitución es un delito de mera conducta o de resultado, se precisarán las razones por las que se cataloga el hecho delictivo en referencia dentro de la primera categoría.

En los tipos penales denominados también de mera actividad, basta realizar el

comportamiento definido en la norma¹, sin que se requiera la producción de un evento modificador específico como efecto de la acción, de manera que la conducta se consuma con la realización de la descripción típica, independientemente de que se dé o no un suceso distinto de la conducta misma; a diferencia de los tipos penales de resultado,² en los cuales la ejecución de la acción que está representada en el verbo rector, debe acompañarse de la consecuencia que tácita o expresamente se describe en la norma para que se entienda consumada (como causar la muerte, privar de la libertad de locomoción, apoderarse de cosa mueble ajena, obtener provecho ilícito, fabricar o circular moneda falsa, confeccionar o adulterar documento).

El artículo 213 del Código Penal, modificado por el artículo 8º de la Ley 1236 de 2008, describe la conducta delictiva de inducción a la prostitución, así: «El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otros, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona...».

Inducir, único verbo rector que describe la conducta a la que se alude, según la definición de la RAE, proviene del latín *inducĕre*, que significa conducir, e indica mover a alguien a algo o darle motivo para ello; provocar o causar algo.

Atendiendo a esos conceptos y al bien jurídico objeto de tutela, la libertad e integridad sexuales, en la especie concreta de prohibición de la explotación sexual, puede advertirse que el tipo penal de inducción a la prostitución abarca desde las acciones tendientes a promover el comercio carnal o la prostitución, hasta el ejercicio efectivo de uno u otra inducidos por un tercero. Por tanto, que se debe catalogar entre los denominados delitos de simple actividad, en la medida en que basta con que se busque persuadir a la persona de involucrarse en alguna de las mencionadas actividades, para que se entienda consumada la conducta, con independencia de que el resultado se produzca o no.

No obstante, es claro que no cualquier comentario, oferta o promesa configura el tipo penal,

como del propio significado de la acción de inducir se extrae, pues será necesario que la propuesta u ofrecimiento resulte categórica, convincente, capaz de motivar en el receptor de la misma la idea razonable de la gravedad de la iniciativa de involucrarse en las actividades de explotación de la sexualidad para obtener el pago de sus servicios, por ende que la propuesta es real.

No se trata, en consecuencia, de que la persona objeto de la inducción llegue a tener trato sexual con los demandantes determinados o indeterminados de los servicios, ni siquiera que acepte o se comprometa en la actividad con quien la induce, si no que el sujeto encamine su conducta, con acciones claramente persuasivas, idóneas, a motivar en el destinatario de la propuesta su incursión en el comercio sexual, aún si el receptor de la oferta la rechaza. Ello, por cuanto, se reitera, en los delitos de mera conducta no hace falta un resultado material para que se entienda cumplida la tipicidad consumada³.

Así se concluye además del estudio de constitucionalidad del artículo 213 del Código Penal, mediante sentencia C-636 del 16 de septiembre de 2009, en la que señaló la Corte Constitucional:

La descripción del artículo 3º de la Ley 800 de 2003 y sus coincidencias con la norma demandada permiten evidenciar que el tipo penal de inducción a la prostitución puede configurarse incluso sobre la base del consentimiento expreso de la víctima, aunque el mismo no se requiera en la medida en que no es un elemento constitutivo del tipo penal acusado⁴. En efecto, el artículo 213 demandado no exige para la configuración del punible que la víctima acepte el ingreso a la prostitución o el comercio carnal, sino, simplemente, que el sujeto activo la induzca.

Previamente se expuso en la sentencia de constitucionalidad que:

La Corte no encuentra que la decisión de sancionar penalmente la inducción a la prostitución constituya una medida represiva que desconozca la condición de ultima ratio

del derecho penal, pues ha considerado que la promoción de la prostitución y el comercio carnal es conducta lesiva de los intereses de la comunidad. Y el reconocimiento del daño que la incitación a la prostitución produce en los intereses colectivos no sólo se desprende de la consideración de que la prostitución es vulneratoria de la dignidad humana individual y social —y de que dichos principios son objeto de protección constitucional—, sino de la preocupación internacional por reducir el impacto de esta práctica ignominiosa.

(...)

Atendiendo a estas alertas, para esta Corporación es evidente que frente al riesgo de ofensa de la dignidad personal, e incluso de la autodeterminación sexual y de la propia libertad personal, el consentimiento de la víctima es una salvaguarda insuficiente. La Corte entiende que la autodeterminación sexual puede conducir a una persona a ejercer la prostitución, pero encuentra legítimo que el legislador persiga la conducta del tercero que mediante sugerencias, insinuaciones u otro tipo de recursos obtenga provecho económico de esta opción, pues tal conducta se escapa del ámbito estricto de la autodeterminación personal para ingresar en el de la explotación de la persona humana. (Negrillas fuera de texto).

Estos planteamientos, si bien se orientan principalmente a explicar la diferencia entre la conducta que se examina y la de constreñimiento a la prostitución (artículo 214 del Código Penal), a fin de significar que no basta la represión penal cuando la víctima no conciente en su explotación sexual para conjurar el agravio contra la libertad, integridad y formación sexuales, también resulta útil en la comprensión de la inducción al comercio carnal o a la prostitución en el ámbito de la configuración del delito y su consumación, como se dejó señalado, en la medida en que el verbo rector describe una conducta que no obstante tener por fin específico que la persona comercie con su sexualidad o se prostituya, se colma con los actos de incitación, aún si el propósito final no se consigue.

En armonía con lo que se viene diciendo, la misma Corte Constitucional, en fallo de tutela T-629 del 13 de agosto de 2010 recordó que:

(...) de tiempo atrás, la Asamblea General de Naciones Unidas suscribió el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949. El convenio, de manera expresa señala en su parte motiva que la “prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. En este orden, los Estados se comprometen a “castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona; Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona” (art. 1º)... Se estima además a la propia tentativa como modalidad punible al prescribir que, en la medida en que lo permitan las leyes nacionales, “serán también castigados toda tentativa de cometer las infracciones mencionadas en los artículos 1 y 2 y todo acto preparatorio de su comisión”. La promoción de la prostitución es calificada como infracción y acto delictuoso (art. 4º). (Negrillas fuera de texto).

Evidentemente no debe entenderse de lo resaltado que desde el propio Convenio se impusiera a los Estados el tratamiento de la inducción, en concreto, bajo el dispositivo amplificador de la tentativa, cuando a través de la misma no se produce el resultado efectivo de involucrar a la víctima en las actividades de explotación sexual. A aquello que se compromete a los Estados es a tipificar también como conducta delictiva toda acción de la persona que «para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona...; Explotare la prostitución de otra persona...».

Un entendimiento distinto de la conducta, llevaría a que el juicio de desvalor recaiga no en el comportamiento dirigido a estimular la explotación sexual de la víctima, sino sobre el resultado, cuando, según queda expresado en la jurisprudencia, y particularmente en los

Convenios internacionales, a lo que debe encaminarse la legislación interna es a castigar las distintas formas de fomento de la explotación sexual, aún antes de que las víctimas incursionen en esas prácticas.

3. Precisado lo anterior, la Corte emprende el examen de los reproches planteados por el defensor del acusado, los cuales se centran en que el Tribunal apreció de manera incompleta el testimonio de la denunciante y dejó de apreciar las pruebas de la defensa, con base en las cuales se demostró que GENTIL BARRERA GARCIA no se dedicaba a inducir a la prostitución, porque así lo afirmaron su esposa y sus hijas, y lo ratificó Mauricio Vanegas, quien negó contratar servicios sexuales de mujeres por intermedio del acusado, en tanto que la valoración psicológica que le fue realizada no reveló en su conducta ningún rasgo o condición relacionados con abusos sexuales.

Además, el defensor cuestionó que a pesar de no haber demostrado la Fiscalía que GENTIL BARRERA envió mensajes e hizo llamadas a Edna García, el Tribunal dio por cierta la existencia de esas comunicaciones.

4. En orden a determinar si esas críticas son admisibles, en primer lugar se debe tener en cuenta que el ad quem revocó la sentencia absolutoria dictada por el juez de primera instancia al considerar que los testimonios de Edna Catherine Valbuena García, Natalia Pardo Valbuena, José Laureano Valbuena y Johan Arley García Valbuena, demostraron más allá de toda duda la ejecución del delito de inducción a la prostitución, descrito en el artículo 213 del Código Penal, además de que los hechos relatados por la víctima no fueron desvirtuados mediante la prueba de descargo.

5. A la Corte le concierne, entonces, examinar si el Tribunal incurrió en errores derivados de omisión o cercenamiento de las pruebas practicadas en el juicio, que condujeran a declarar una realidad distinta de la que muestran los medios de conocimiento si se hace de ellos el análisis integral y conforme a las reglas de la sana crítica.

5.1. Como se indicó, a juicio del defensor la apreciación del testimonio de Edna Catherine García Valbuena fue errado, por cuanto el ad quem no tuvo en cuenta, de una parte, que los mismos miembros de la familia de ésta le censuraron que su denuncia tenía como objetivo “acabar con el hogar de GENTIL BARRERA”; de otro lado, que los juzgadores obviaron el intento de suicidio de la declarante.

En relación con esos cuestionamientos, el demandante no señala cómo aquellas dos situaciones, evidentemente conocidas a través de la práctica probatoria en el juicio, mostraban la falsedad de la versión de la víctima o influían en la falta de credibilidad de su dicho respecto de los hechos denunciados, de modo que al soslayarlas el Tribunal en el análisis del testimonio, dieran lugar a un error fundante capaz de derruir la sentencia.

No se precisa por el impugnante cómo quedó demostrado que Edna Catherine García mintió sobre lo sucedido, inventó la historia motivada por la intención de hacerle daño al acusado y a su familia, así como la causa que haya podido provocar el ánimo vengativo en la denunciante.

Además, la Sala no encuentra que el Tribunal haya quebrantado los postulados de la sana crítica en la apreciación del testimonio de la víctima, que en su contenido fáctico se tergiversara, cercenara o adicionara, como tampoco que el poder suasorio otorgado en la sentencia de segunda instancia resultara infundado, ilógico o arbitrario.

Sobre lo sucedido, Edna Catherine García se refirió con abundantes detalles, en forma lógica y estructurada, a las circunstancias en torno de las cuales se produjo el encuentro con el procesado, propiciado por éste. Así, manifestó que conocía a GENTIL BARRERA por ser el esposo de una prima suya, y que cuando ella llegó a Bogotá de una región rural de Cundinamarca —Quipile— estuvo varias veces en la casa del mencionado, compartiendo con la esposa y las hijas del mismo.

Relató que una noche, a finales de enero de 2012, cuando ella tenía 17 años, GENTIL

BARRERA la llamó a su trabajo, le dijo que se encontraba cerca y pasaba a recogerla; mientras iban los dos solos en el carro el acusado tomó por un callejón, se detuvo y comenzó a preguntarle si quería ganar dinero, comprarse un carro, ayudar económicamente a sus padres, asegurándole que podría conseguir que le pagaran un promedio de \$2.000.000, mediante la prestación de servicios sexuales a personas que él conocía en su trabajo; inicialmente tenía que pasar un fin de semana con dos amigos suyos —de quienes le mostró una fotografía— en una finca fuera de la ciudad; antes, debía tener relaciones sexuales con él, «para saber si servía», sin el riesgo de un embarazo, pues se había practicado la vasectomía. Le comentó, a propósito, que conseguía jovencitas para proporcionarle esa clase de favores sexuales a la persona con la que él trabajaba; le propuso que le ayudara a contactar a otras mujeres de su edad con la misma finalidad, incluso, podían ser las primas de ella.

Afirma que sobre ese incidente guardó silencio durante dos meses, aproximadamente, por miedo, tiempo durante el cual el acusado continuó llamándola y le enviaba mensajes de texto; después decidió contarle a Natalia Pardo.

Mencionados todos esos detalles sobre el encuentro con el acusado y lo sucedido con posterioridad, lo cual le da suficiente coherencia interna a sus dichos, manifiesta que por alguna razón la esposa del acusado se enteró y luego de abordar a la víctima y hacerle creer que estaba de lado de ella y que lo pondrían en evidencia, la convenció de llamarlo por teléfono en su presencia y hablarle del tema; ese mismo día GENTIL BARRERA planeó una reunión a la cual citó a varias personas de la familia, en la que la denunciante fue denigrada y señalada de querer desestabilizar el hogar del inculpado.

Todo eso se corrobora con los testimonios practicados en el juicio, que develaron cómo en efecto, Edna Catherine García se aproximó a la familia del acusado, en gran medida por la necesidad de encontrar una mínima estabilidad laboral y económica que éste en apariencia pretendía procurarle ayudándole a emplearse; así mismo, que se produjo el encuentro

solitario entre los dos y que del mismo derivó, unos meses después, la denuncia penal, sin que se haya demostrado algún motivo distinto para la delación que involucra al implicado en las propuestas dirigidas a explotar a la víctima sexualmente.

Esas razones indicadas, en cambio de demeritar la veracidad del testimonio de la ofendida, la fortalecieron, conforme lo dedujo el Tribunal.

5.2. Lo anterior es así, a pesar de que con el propósito de desacreditar a la testigo, su prima Nelsy Oliva Valbuena Guerrero y las hijas de ésta no escatimaron esfuerzo en denigrarla, como lo permitió el juzgador de primera instancia en el desarrollo del juicio oral, no obstante que de nada de cuanto se dijo para mostrarla como una persona inmoral, podía establecerse alguna relación directa o indirecta con los hechos.

En ese afán, sin embargo, sus detractoras terminaron fortaleciendo la veracidad del relato de Edna Catherine García, respecto del inexplicable encuentro con el acusado, a partir del cual se gestó lo que para la esposa del acusado fue solo «un chisme».

Puntualmente, Nelsy Valbuena no niega que la denunciante y su esposo se hayan encontrado a solas una noche a finales de enero de 2012, pero intenta sorpresivamente justificarlo en que Edna Catherine García le iba a enviar una hoja de vida y por eso ella llamó a GENTIL BARRERA para que pasara a recoger el documento y fue «cuando se armó el chisme y todo».

Sobre ese aspecto, varias razones lo hacen muy poco creíble; no parece admisible que para remitir una hoja de vida tuviera que facilitarse ese encuentro, cuando bien hubiera podido la interesada enviarla por internet o llevarla personalmente a su prima; no se explica la finalidad específica para la cual se entregaba el currículum, qué empleo estaba disponible, quién lo proporcionaría, en dónde la vincularían; en cambio, como lo reconoce la víctima, pocos días antes había dejado un trabajo conseguido por el mismo GENTIL BARRERA; y, como se verá más adelante, menos probable es que el aludido documento al parecer no

fuera para que el acusado lo llevara a alguna empresa o trabajo, sino que a quien se le enviaba era a la esposa de éste. Finalmente, ninguna razón se revela en lo declarado por Nelsy Oliva Valbuena, sus hijas o el propio acusado, acerca de motivos específicos conocidos por los que Edna García estuviera interesada en hacerles daño, fingiendo una situación delictiva a la que no estuvo sometida.

Al contrario, Nelsy Valbuena afirma que siempre le dio buen trato a su prima, agregando que la relación con ésta fue muy pasajera; solo un día la invitó a quedarse en su casa; que era una joven recién llegada a la ciudad y necesitada de ayuda, por lo que no parece natural el ataque de las dos hijas del inculcado, quienes con saña se refirieron a la mala influencia que resultaba ser la joven.

En efecto, Yeimi Marcela Barrera Valbuena (hija del acusado), se refiere a la víctima como una prima de su mamá, con la cual tuvo muy esporádico trato, pues «siempre ha sido una niña que ha generado problemas con la familia, comportándose mal, algo que siempre me marcó a mí hacia ella era la mala influencia con mi hermana, lo único que conozco de ella es que era una niña muy irrespetuosa con los papás... entonces siempre me pareció una niña... maleducada y que le gustaba llamar la atención... entonces yo siempre traté de tenerla como excluida de mi familia...»; y que solo una noche, en enero de 2012, se quedó en la casa de sus padres.

Esta misma testigo, debe decirse, es la que, como lo manifestó Laureano Valbuena, previo a su declaración en el juicio, estuvo acechándolo, intentando que le dijera qué iba a declarar.

Tampoco su hermana Leidy Johana Barrera Valbuena se reservó adjetivos para descalificar a la víctima como una persona obscena, mentirosa y rebelde.

Ninguna relación con los hechos se acreditó de ese supuesto comportamiento de la denunciante, ni particularmente devela la existencia de alguna causa o un patrón de

conducta que llevara a Edna Catherine García a hacerse pasar por víctima de delitos sexuales, con el simple designio de perjudicar al acusado o por resentimiento hacia él o su familia.

La animadversión que expresan en sus declaraciones las hermanas Barrera Valbuena, los oprobiosos comentarios referentes a la víctima, en contraposición a la magnánima confianza que las inspira en la opinión que tienen de su padre —lo cual resulta natural—, más allá de hacer evidente la subjetividad de sus manifestaciones, denota el profundo interés por tratar de beneficiarlo en la forma que creyeron era la que incumbía. No obstante, sus apreciaciones así expresadas sin ninguna objetividad e imparcialidad, no podían ser el baremo para determinar, no solo la credibilidad del testimonio de cargo, sino la responsabilidad del acusado, que de ninguna manera puede aproximarse a criterios proscritos del derecho penal de autor.

En esa medida, el debate probatorio en el juicio tenía que darse en torno a los hechos atribuidos a GENTIL BARRERA GARCÍA y, en contraposición, si era la estrategia de defensa, a la animadversión y las causas de la misma, como motivadoras de la revelación de la joven víctima, mas no a la condición personal, individual o social de este como padre, esposo, ciudadano, empleado, etc. Por lo mismo, probatoriamente resultaba intrascendente si la víctima era obscena, irrespetuosa, grosera en su actuar y en su hablar, pues no era su conducta la juzgada, a menos de probarse la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio; la existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo; o el carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad (artículo 403 de la Ley 906 de 2007).

Por tanto, con razón el Tribunal aludió que:

(...) la variedad de testimonios ofrecidos por la defensa no logran poner en entredicho los hechos origen de la acusación, pues se limitan a dar cuenta del buen comportamiento del

acusado y su desempeño en sociedad, sin que nada aporten frente a la conducta estudiada... Además, las manifestaciones de las hijas del procesado, en cuanto a la conducta de la afectada, lo que dejan entrever es su marcado interés por sacarlo adelante de la situación en que se encuentra.

5.3. En correspondencia con lo anterior, se debe indicar que la amonestación a la ofendida por parte de algunas personas de la familia —entre ellas la propia esposa del procesado y sus hijas— no se basaba en el conocimiento real de quienes la juzgaban acerca de que los hechos revelados por ella no hubieran tenido ocurrencia, sino en el interés subjetivo de colocarse del lado de GENTIL BARRERA y en contra de Edna García, provocado por aquel, procurando instigarla y desacreditarla ante otros parientes, seguramente a fin de preparar una coartada ante la inminencia de la judicialización del caso.

En efecto, así se evidencia no solo en el testimonio de Edna Catherine García, sino en el de su tío José Laureano Valbuena, quien a instancia del procesado, se insiste, para desprestigiar a la víctima y sacar ventaja de esa situación, convocó en la casa del testigo la reunión que terminó siendo una encerrona a la ofendida, claramente mediada por el prejuicio formado a partir de la información acomodada del acusado, cuando le pidió al mencionado Laureano Valbuena terciar en un problema que afrontaba en su hogar, sobre lo cual el testigo, excusándose en el olvido por el paso del tiempo, o en el desconocimiento acerca del motivo real de la reunión, evitó decir en el juicio por qué citaron a la menor, pretendiendo que se fue enterando solo en la medida en que las conversaciones avanzaron.

5.4. En efecto, sobre los antecedentes de la reunión en la casa de Laureano Valbuena, que evidencian cómo a pesar de la incómoda situación en la cual fue puesta Edna García expuso ante quienes provocaron ese encuentro y en presencia del acusado la propuesta que éste le hizo meses antes, de tener relaciones sexuales con amigos de él, por lo que supuestamente sería muy bien remunerada, explicó la ofendida que después de haber presentado la

denuncia en el mes de mayo, Nelsy Oliva Valbuena llegó un día a su sitio de trabajo, en una venta estacionaria de empanadas; llorando le manifestó que estaba enterada de todo lo sucedido entre ella y su esposo; una vez la joven le relató los hechos, su prima le propuso:

(...) vamos a hacer caer a GENTIL, yo le voy a hacer una recarga de celular, Usted lo va a llamar y le va a decir que Usted no quiere que se destruya el hogar, que Usted va a acceder a todo lo que él quiere, y lo pone en alta voz...; [le hizo la recarga], cuando [Edna lo llamó] le dij[o], GENTIL, pues lo estoy llamando porque no quiero que su matrimonio se dañe, quiero que hablemos bien, si quiere nos encontramos en el Tía de Quirigua, [Nelsy Valbuena le] dijo que le dijera eso, que ella iba a estar ahí en otro carro vigilando, entonces él [le] decía, no, es que Usted fue la que se me insinuó, yo con Usted no tengo nada. (Negrillas fuera de texto).

Para ese momento, como lo manifestó Marcela Barrera Valbuena, el acusado ya las había reunido para contarles de la existencia de la denuncia.

Por eso, no fue equivocada la percepción que tuvo Edna Catherine de que todo obedecía a un plan concebido por el acusado y su esposa, para hacerla parecer ante sus hijas como la culpable, la que se había insinuado al jefe de hogar, pues ellas estaban escuchando la conversación, además Nelsy Oliva le expresó cuando escuchó la charla, «pero es que él no está diciendo nada».

Decidió, entonces, Edna García llamar a Flor Aydee Valbuena —hermana de Nelsy Oliva— y al esposo de ésta, Hernán Quevedo, con la intención de contarles todo. De pronto, la llamaron para avisarle que harían una reunión esa misma noche en la casa de José Laureano Valbuena. Al llegar a ese lugar, se encontró con GENTIL BARRERA, sus hijas, la esposa, así como sus padrinos José Laureano Valbuena y Estrella. Afirma la víctima que:

(...) empez[aron sus] padrino[s, José Laureano y Estrella], bueno, todos empezaron a decir, que lo que yo quería era destruir el hogar, que cómo se me ocurría, que las niñas, y yo pues

quedé sorprendida, porque se supone que la afectada era yo, y después de que en ese momento que yo dije todo y todo coincidía como yo lo decía, entonces yo no entendía eso. De ahí sucede que salí corriendo, porque todos empezaron en contra mía, me desesperé y salí corriendo y me le tiré a un carro en la calle...

Marcela Barrera, por su parte, le decía que «era una mentirosa, que... les había destruido el hogar».

Refiere que sobre los hechos, antes de haber conversado con Nelsy Valbuena, solo había hablado con Natalia Pardo algunos meses después de sucedidos, pero al comenzar la reunión todos parecían estar enterados.

Acerca de las llamadas y mensajes que después de los hechos recibió del acusado, recuerda que en un mensaje le decía «que era una verraca, una echada para adelante, otro que decía que [la] iba a recoger en una camioneta blindada de color negro frente del banco de Bogotá»; la llamaba constantemente, pero ella no le contestó.

5.5. Una vez más, la Corte debe afirmar que no se aprecia absurdo o falsedad en ese relato de Edna García, acerca de los motivos por los cuales terminó en medio de ese escenario de ataques, que la tomó por sorpresa, a pesar de lo cual se decidió a enfrentar la verdad delante del procesado, comprendiendo que éste y Nelsy Valbuena habían fraguado a fin de desacreditarla, pues se dio cuenta que abusivamente pasó de ser vista como la víctima que era a tratársela como la malintencionada que había elaborado metódicamente la historia, involucrando al acusado, con el propósito de causarle daño.

Pero, además, revela esa declaración de la afectada, cómo en la conversación que tuvo por teléfono, en presencia de la esposa del implicado, éste admite que hubo algún contacto indebido, cuando le refuta que era ella quien se le insinuaba, en una clara referencia a supuestos flirteos sexuales, lo que refuerza la verdad del dicho de la denunciante, no obstante que Nelsy Valbuena negó la ocurrencia de ese episodio, sobre lo cual tampoco

tiene crédito su versión, si se la confronta con el lógico relato de la joven y con los demás hechos conocidos; así, que previamente GENTIL BARRERA GARCÍA había reunido a su cónyuge y a sus dos hijas para contarles su versión de lo sucedido —sin que se haya informado en el juicio qué les manifestó—; que el mismo se había puesto en contacto con Laureano Valbuena a fin de que intercediera; y que, fue ese día cuando se dio la reunión a la cual se hizo referencia.

Por lo demás debe cuestionarse qué persona que esté absolutamente consciente del fingimiento de un encuentro como el relatado por Edna García, se prestaría, como ésta lo hizo, a llamar al hombre falsamente involucrado, en presencia de su esposa, para conseguir que hablara de lo que nunca había sucedido. GENTIL BARRERA y Nelsy Valbuena, en cambio, sabían de ante mano perfectamente en qué términos se iba a dar esa conversación para beneficio del implicado.

Igualmente, menciona la testigo Edna García, abundando en detalles de lo acontecido, que GENTIL BARRERA le ayudó a conseguir un empleo en la cafetería de un gimnasio, al cual ella renunció porque salía de trabajar muy tarde y se le dificultaba conseguir transporte; que a propósito de eso, la noche de los hechos el implicado le habló del tema, reclamándole por haber dejado el trabajo, manifestándole que él la hubiera podido pasar a recoger todas las noches.

Como resulta claro, lo dicho por Edna Catherine García Valbuena, se reitera, encuentra plena coherencia interna y externa, por lo que las manifestaciones de desaprobación de la esposa y de las hijas del acusado, inicialmente secundadas por otros miembros de la familia, cuyo único conocimiento sobre los hechos provenía de lo que convenientemente les había comentado el propio GENTIL BARRERA contra la víctima, de ninguna manera determinaban el mayor o menor poder suasorio de las declaraciones de la joven.

En esa medida, no constituye un error de apreciación probatoria que el Tribunal no haya

dado a esa situación la interpretación o el alcance reclamado por el defensor, seguramente coincidente con el que pretendió conseguir el acusado al promover que personas cercanas a la familia de su esposa y de Edna García, conocieran previamente una versión adulterada de lo sucedido.

Con acierto, entonces, precisó el Tribunal que «la ofendida expresó las circunstancias que rodearon los hechos, sin que se adviertan razones para pensar que se trataba de episodios inventados o que buscaba conspirar contra el procesado, como lo afirma la defensa, pues no hay pauta probatoria que impulse a pensar que esas manifestaciones se generaban en un ánimo vindicativo o rencoroso»; y que los otros testigos —Natalia Pardo, Laureano Valbuena y Arley García—, a pesar de no haber presenciado los hechos denunciados, sí corroboraron que la afectada no varió su relato y que fue persistente en las circunstancias de lo sucedido.

5.6. Así mismo, como lo expuso Edna García y lo confirma José Laureano Valbuena, fue cierto que ante el asedio de todos los congregados para recriminarla, estando ella sola en medio de ese ambiente de hostilidad, su reacción fue correr a la calle y lanzársele a un vehículo, con la intención de autolesionarse. Esa actitud posiblemente la muestre como una persona en extremo vulnerable, pero no como una mentirosa; de su impulso suicida, en medio de la infamia propiciada por su agresor sexual, del cual hicieron parte varios adultos de su familia, no puede colegirse, como parece ser la opinión del demandante, que los hechos por ella revelados no ocurrieron y que los haya mencionado con el designio de perturbar el hogar del acusado, aspecto sobre el cual el defensor no ofrece ninguna explicación plausible, en la medida en que no se alude a antecedentes o circunstancias conocidas con las cuales se corrobore que esa determinación desesperada de Edna Catherine fue causada por la falsedad de su denuncia. Al contrario, lo explicado por ella, así como lo percibió Laureano Valbuena, fue que la presión de quienes la cercaron y se pusieron en su contra y del lado del procesado, la atribuló al extremo de atentar contra su vida.

6. Igualmente, el impugnante critica que otros testigos de la Fiscalía declararon únicamente sobre lo comentado por la denunciante, olvidando el defensor que la prueba de corroboración, o los testimonios de oídas o relacionados indirectamente con los hechos, no están proscritos en la normatividad procesal penal como fuente de prueba legal.

6.1. Sin duda, como lo indicó el Tribunal, Natalia Pardo Valbuena y Johan Arley García, no fueron traídos al juicio como testigos directos de la propuesta ofensiva que recibió Edna García y de las circunstancias específicas en las que se produjo. Los mencionados comparecieron a declarar la forma como se enteraron de lo sucedido, cómo fue revelado el hecho por la denunciante y el entorno existente que la relacionaba con el acusado y su familia, todo lo cual permitía valorar la credibilidad de su testimonio, en cuanto sus relatos no variaron, ni siquiera cuando fue cercada en la casa de Laureano Valbuena, con el acusado, su esposa y sus hijas, y que se mantuvieron inmodificados durante el juicio.

6.2. José Laureano Valbuena Camargo, por su parte, se refirió a las causas por las cuales la reunión familiar se llevó a cabo en su vivienda y qué sucedió en la misma. Así, reconoció que previamente fue GENTIL BARRERA quien le pidió intervenir pues se le estaba presentando un problema en su hogar, orquestando ese encuentro, como lo entendió Edna García cuando Nelsy Oliva Valbuena, quien aparentando estar indignada por la conducta de su marido, la incitó a llamarlo y a hablar con éste por teléfono, cuando en realidad buscaba darle a él la oportunidad de simular ante sus hijas que era la denunciante la que se le había insinuado.

En segundo lugar, que a pesar de esa insidia organizada por el acusado, Edna Catherine García habló ante los presentes sobre la propuesta hecha por GENTIL BARRERA de involucrarse en el suministro de favores sexuales para ganar dinero.

En esa forma, se evidenció que la ofendida, efectivamente, había referido los mismos hechos a Natalia Pardo, con quien compartía la vivienda por esa época, pese a no habérselos

comentado la misma noche en que sucedieron; así mismo a su hermano Arley García, y a otros miembros de la familia, frente al acusado, como lo reafirmó Laureano Valbuena, quien señala que GENTIL BARRERA sorpresivamente llegó a su casa con su familia; también se presentaron la denunciante, una prima y el esposo; para ese momento supuestamente el testigo no sabía qué había sucedido, hasta cuando el implicado y Edna García comenzaron a hablar, especificando que:

(...) en lo que me acuerdo entre una cosa y otra que se estuvo hablando Edna Catherine se sintió como que todo el mundo los que estábamos ahí, estábamos como en contra de ella... en el caso mío no sabía cuál era el problema que se estaba presentando, entonces después de que ya empecé a enterarme de lo que seguramente estaba sucediendo entre ellos dos, la niña reaccionó terriblemente, fue tremendo lo que pasó, porque ella ya se sintió como que la gente estaba, los que estábamos reunidos estábamos en contra de ella y lo único que hizo fue salir corriendo y se lanzó ahí a la calle, donde creo que ella de un momento de angustia, de lo que ella estaba sintiendo en ese momento se tiró a la calle... La verdad es que lleva tanto tiempo que para mí es difícil acordarme lo que ella haya dicho, pero sí empezó a decirle [al acusado] de un carro, que cuanto la llevó como a una calle oscura, más o menos es lo que alcanzo a acordarme que ella dijo... que la estaba como llevando, como hablándole cosas raras, como cosas que no, pues que realmente no, no, no, no estaban bien, que no sé si algo, algo, ofreciéndole algunas cosas no como muy claras... No sé ahí en ese caso que sería lo que él le estaría ofreciendo, no le sabría contestar a cambio de qué porque no supe exactamente o ya no me acuerdo exactamente porque ya llevamos mucho tiempo.

No obstante que evidentemente el testigo toma precauciones para no expresar abiertamente el tema específico que se discutió esa noche en su presencia, no consiguió ocultar que se trataba de propuestas indebidas que el acusado hizo a la víctima, en algún momento que estuvieron solos dentro de un carro, al punto que cuando escuchó a Edna Catherine, tuvo una perspectiva distinta de la situación y entendió que «algo raro estaba

pasando ahí» y que el implicado propiciaba el espacio en su provecho para «solucionar ese inconveniente que se le estaba presentando».

Agrega que en ese escenario:

(...) algo que tal vez me alcanzo a acordar, que él lo que estaba era ayudando a Catherine que no sé qué... y tal vez él quería que yo dijera que sí, que él estaba era ayudándole a esa niña, cuando yo ya me di cuenta que las cosas eran diferentes a lo que él me comentó... porque ya cuando en la reunión ya empezaron a hablar los dos, entonces yo ya capté que de pronto era algo que él quería, como lo que hablé ahora un rato... tal vez sí me alcanzo a acordar que ella dijo fue que sí que le había dicho que si quería que habían cosas que se podían ganar más fácil, que si ella estaba en una situación económica difícil que de pronto en algún trabajo podía ella irle muchísimo mejor, fue lo que alcanzó a comentar ella antes de salirse para la calle.

En consecuencia, es claro que el testigo mencionado tampoco presencié directamente la propuesta del procesado a la víctima, para realizar actividades de prostitución. No obstante, corrobora que la reunión organizada por GENTIL BARRERA tenía por fin acorralarla ante otras personas de la familia, procurando desacreditarla y hacerla aparecer como quien maliciosamente quería perjudicar a su benefactor, que solo había tenido la intención de ayudarla; felonía que se refuerza con la actuación previa a la cual se prestó la esposa del inculcado, incitándola a llamarlo para que hablaran del tema, cuando lo cierto era que ya los esposos habían concertado propiciar esa conversación en los términos que Nelsy Valbuena le propuso a la joven.

7. El recurrente alude, igualmente, a la omisión de la Fiscalía en la búsqueda selectiva en bases de datos para verificar la existencia de los mensajes o llamadas que GENTIL BARRERA le hacía a Edna García, no obstante lo cual el Tribunal dio por cierta su existencia.

Para la Corte, tampoco en ello se revela error de alguna índole capaz de socavar las bases

de la sentencia, pues si bien habría podido confirmarse la aseveración de la víctima sobre la existencia de esas comunicaciones, en ese aspecto no puede exigirse una prueba tarifada, pretendiendo que el testimonio no tenga ningún valor sobre la ocurrencia del hecho o que no baste por sí mismo, si no aparece respaldado en un estudio link, no obstante la idoneidad suasoria demostrada de sus declaraciones.

Ninguna razón distinta se expresa por el defensor para que no se acoja la referencia de Edna Catherine García a la existencia de las llamadas telefónicas y de los mensajes, simplemente porque el medio de prueba no tiene por fuente un reporte de las comunicaciones, sin que se hubiera desmentido lo dicho por la denunciante, quien, por demás, atribuye a la persistencia del acusado por ese medio, su determinación de formular la denuncia a través de su hermano. A esto se debe agregar que aún si debiera prescindirse de esos datos probatorios —que como se vio no tiene por qué ser así— tampoco son esas llamadas y los mensajes la base de la sentencia.

De esa manera, lo cierto es que, en estricto sentido, ningún motivo tenía el acusado para llamar Edna García y ofrecerle recogerla o citarla, o enviarle mensajes de motivación, en contravía de la mala opinión que tenían sus hijas, a las que les incomodaba la presencia de ella en sus vidas.

8. Ahora bien, respecto a los testimonios de descargo, en primer lugar, como se dijo antes, frente a un modelo de derecho penal de acto, por oposición al derecho penal de autor, la ilustración que se pretendió dar en el juicio sobre los valores, la decencia y la estima en que su familia tiene al acusado, resultan completamente ajenos al debate probatorio, del que tampoco hacía parte si la entonces menor, en opinión de los mismos y para su gusto, era precoz y hasta prosaica en el tratamiento de temas de erotismo, condición que no la privaba de su derecho a la libertad e integridad sexual, que, por tanto, tampoco autorizaba al acusado a proponerle o abordar con ella asuntos relacionados con el interés de tener trato sexual con él y otros hombres, para ganar dinero.

En segundo orden, es innegable que el propósito de Nelsy Oliva Valbuena Guerrero fue desmentir a Edna García y favorecer a GENTIL BARRERA. Con esa finalidad relató un hecho que se adaptara a la situación para justificar el encuentro aludido por la denunciante, afirmando que ésta la llamó para pedir que le recibieran «una hoja de vida», supuesto hecho que como ya se dijo carece de probabilidad, además de evidenciarse que la mencionada no fue una testigo imparcial, en cambio sí abiertamente interesada en favorecer a su marido y perjudicar a la denunciante.

Contra lo evidente, en cuanto la propia Marcela Barrera Valbuena afirmó que su padre las reunió para contarles lo que Edna García estaba divulgando, en el mismo tiempo el procesado se reúne con Laureano Valbuena y después se produce la reunión de la familia a la que fue llevada la entonces menor, Nelsy Valbuena pretende hacer creer que el también lógico relato de la víctima sobre su encuentro previo a la reunión es producto de la invención de ésta; eso es, que ella no fue a hablarle de lo sucedido con su esposo, ni le recargó el teléfono celular para que lo llamara en su presencia y ni le insinuó qué debía decirle; en fin, que nada de lo mencionado por la denunciante corresponde a la verdad.

Evidentemente, que al apreciar la credibilidad de la prueba testimonial y su poder suasorio, resulta necesario tener en cuenta que mientras las declaraciones de la esposa del acusado estuvieron obviamente orientadas a favorecerlo, sin imparcialidad ni objetividad, de las manifestaciones de la denunciante no llegó a demostrarse que estuvieran influenciadas, según la tesis infundada de la defensa, en la intención de ocasionarle un perjuicio inmerecido al procesado.

9. En relación con la declaración de Mauricio Vanegas, en aquello que resultaba de interés para los hechos objeto de debate probatorio, si bien negó que solicitara a través del procesado servicios sexuales —lo que se le preguntó por el defensor seguramente por tratarse de uno de sus jefes en la empresa en la cual GENTIL BARRERA era escolta— esa afirmación, por sí sola, no resultaba suficiente para desmentir a Edna García respecto de la

propuesta que el acusado le hizo de prestarse a tener tratos sexuales a cambio de dinero, con personas para las cuales él trabajaba, pues el testimonio de la víctima, como se ha dejado demostrado, además de la coherencia interna, se encuentra suficientemente corroborado.

10. Lo mismo debe afirmarse del testimonio de la víctima frente a las declaraciones del acusado GENTIL BARRERA GARCÍA, pues, como lo indicó el Tribunal, el análisis no puede limitarse a la presentación de las versiones contrapuestas y a la exigencia irracional de que se acredite mediante otros medios probatorios distintos de su propio dicho, cada afirmación de cargo, menos aún en casos como este, en los que el infractor se prevale de ambientes solitarios, previendo que ni su familia ni los allegados a la víctima puedan conocer de las ilícitas propuestas.

El acusado, como fue lo recurrente en los testigos de su grupo familiar, se refiere a la denunciante como una persona conocida con la que no tuvo ningún trato distinto al de recomendarla en un trabajo, todo lo cual se hizo a través de su esposa, pues él no la contactó directamente, eso en abierta oposición a situaciones como que fue personalmente a recoger la hoja de vida en el trabajo de ella, lo que aprovechó para recogerla en el carro y dejarla en su casa; que la contrataron en un gimnasio y él no se enteró de nada más, salvo que dos días después renunció.

Pese a esa supuesta inexistencia de trato directo, se le pregunta si él enseñó a la joven a conducir vehículos, a lo cual responde que ella le «dijo por qué no me enseña a mí, [él le dijo] Usted todavía no tiene conocimiento, pero si quiere yo le enseñó...», aclarando que con ellos estaba una de sus hijas en el carro.

Se le interroga si el 11 de enero de 2012 recogió a la denunciante en el trabajo y manifiesta que sí:

(...) [su] esposa [lo] llamó y [le] dijo mi amor es que Catherine quiere enviar una hoja de

vida, porque no pasa y la recoge, [él] le dij[o] que bueno, iban siendo como las 9, [Edna García] salió y [le] dio un beso en la mejilla, [le] dijo que la esperara, vino con la hoja de vida, le pregunté Usted para dónde va, ella me dijo yo vivo aquí a la vuelta, le dije por qué no la llevo porque ya es tarde; ella [le] dijo que bueno, dimos la vuelta; ella [le] contó que en el otro trabajo le quedaba muy lejos; bueno di[o] la vuelta, sal[ió] y ella se quedó póngale 10 metros de la puerta, no tratamos temas sexuales, nada que ver con migo, cómo se le ocurre con una niña, solamente hablamos fue del trabajo que no le gustó.

Entonces, la supuesta distante relación ahora se presenta como muy cercana, además de que no se limitó a un forzoso encuentro para recoger una hoja de vida, de la cual —como también se aprecia en el testimonio de Nelsy Valbuena— no se da una explicación creíble acerca de la finalidad para la que se presentaba el documento; en cambio, en forma inconsistente, siendo aparentemente el procesado el que la ayudaba a conseguir trabajo, indica que la hoja de vida se la entregó a su esposa.

11. Finalmente, presentó la defensa al psicólogo Belisario Fernando Valbuena Trujillo, quien manifestó que, previa entrevista, hizo una valoración psicológica al acusado, para establecer su estado mental antes, durante y después de los hechos, sin llegar a identificar rasgos de psicopatología de comportamientos sexualmente agresivos o impropios contra otras personas.

Reprocha el defensor que el Tribunal no hiciera ninguna alusión a esa prueba pericial. Pese a ser verdad que en la sentencia impugnada no se apreció en concreto ese testimonio, debe la Sala afirmar que en orden a determinar la existencia de los hechos, la autoría y responsabilidad del procesado, de las afirmaciones del perito no deriva información suficientemente relevante para acreditar que GENTIL BARRERA GARCÍA no pudo haber realizado la conducta endilgada por la afectada, en cuanto el testigo no aseguró —como no podía hacerlo— que el abordaje y sus resultados orientara con certeza a demostrar la existencia o no de una disfuncionalidad en el comportamiento humano a nivel de la

interacción sexual o, en todo caso, que de no aparecer ningún indicador en los criterios evaluados es porque, ciertamente, el examinado no fue el autor de una forma de explotación sexual, como la que se le atribuye en este caso.

En esa medida, el poder suasorio del testimonio de la denunciante no pudo ser contrarrestado tampoco mediante esa prueba pericial.

12. Por último, debe la Sala precisar que el recurso de apelación interpuesto por GENTIL BARRERA GARCÍA es improcedente, sin que, como ya ha tenido oportunidad de aclararlo la Sala en decisión que por haber tratado cuestiones análogas a este caso, se citará en extenso más adelante⁵, ese mecanismo inexistente en la ley procesal penal, se pueda habilitar, por ahora, con fundamento en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014, en la cual, al examinar la exequibilidad, entre otros, de los artículos 20, 32 y 176 de la Ley 906 de 2004, concluyó:

(...) se configura una omisión legislativa en el régimen procesal penal previsto en la Ley 906 de 2004, por la inexistencia de un recurso idóneo que materialice el derecho a la impugnación en todos aquellos casos en que, en el marco de un proceso penal, el juez de primera instancia absuelve el condenado, y el juez de segunda instancia revoca el fallo anterior e impone por primera vez una condena.

(...)

Para determinar la solución que la Corte debe dar a este caso, se deben tener en cuenta dos elementos relevantes.

En primer lugar, en principio el juez constitucional se encuentra habilitado para subsanar las omisiones inconstitucionales que derivan de la falta de previsión de un elemento que debía estar presente en uno o más preceptos legales. Para enmendar esta deficiencia, la Corte declara la constitucionalidad condicionada de los correspondientes preceptos, aclarando que

el elemento omitido se entiende incorporado a los correspondientes enunciados legales.

Esta habilitación opera incluso en materia penal, aunque con algunas restricciones. En la definición de los delitos y las penas, por ejemplo...6.

[Ahora,] cuando el déficit se predica del régimen procesal, esta Corporación se encuentra habilitada para dictar una sentencia de constitucionalidad que disponga la introducción del elemento normativo omitido en los preceptos que adolecen del déficit legislativo, pero en tanto dicha intervención judicial no implique una alteración de los elementos estructurales del proceso penal.

Así por ejemplo... se encuentra en las sentencias C-839 de 2013, C-782 de 2012 y C-454 de 2006.

En esta oportunidad, sin embargo, el elemento normativo omitido, relativo a la previsión de un recurso judicial que materialice el derecho a la impugnación del primer fallo condenatorio en el marco de un juicio penal, constituye un elemento estructural del proceso y, por tanto, se proyecta en toda la normativa procesal penal y, además, implica el rediseño de una amplia gama de instituciones. Es así como este elemento tiene una repercusión directa en el esquema del proceso penal, en las competencias de los órganos jurisdiccionales y en el alcance de otros recursos.

Por esta circunstancia, el mecanismo idóneo para subsanar el déficit normativo no es un fallo de exequibilidad condicionada, porque se requiere de la intervención directa del órgano legislativo para este efecto. En este orden de ideas, la Corte adoptará las siguientes decisiones: (i) Declarará la inconstitucionalidad de los artículos 20, 32, 161, 176, 179, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias; (ii) declarará la exequibilidad de los preceptos anteriores, en su contenido positivo, por los cargos analizados; (iii) la declaratoria de inconstitucionalidad será diferida a un año, contado a partir de la notificación por edicto de la sentencia; (iv) se

exhortará al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias; (v) se dispondrá que en caso de que el legislador incumpla el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de los referidos fallos ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena⁷.

Esta Sala, como se había anunciado, en la decisión referenciada (CSJ SP, 18 oct. 2017, rad. 48105), abordó el tema, igualmente, desde el criterio fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-295 del 28 de abril de 2016, sobre la delimitación de los efectos de la sentencia C-792 de 2014, indicando que:

(...) en la sentencia C-792 de 2014 se declaró la “inconstitucionalidad con efectos diferidos” de las normas legales entonces enjuiciadas. Igualmente, se dispuso que el Congreso tendría un año, “contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia”, para regular integralmente el derecho a impugnar las condenas. Si bien la omisión legislativa se detectó en el momento mismo de la decisión, en virtud del diferimiento la inconstitucionalidad de dicha omisión solo puede predicarse a partir del advenimiento del plazo del exhorto allí definido, y con efectos hacia el futuro (LEAJ, art. 45). Por lo mismo, solo después de vencerse el término del exhorto, si el Congreso no ha regulado la materia, es que la omisión resulta inconstitucional y “procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena”.

Pues bien, el edicto mediante el cual se notificó la sentencia C-792 de 2014 se fijó el 22 de abril y se desfijó el 24 de abril, ambos del año 2015. Por ende, el plazo del exhorto al Congreso de la República para legislar sobre la materia empezó a correr el 25 de abril de 2015 y se habría vencido el 24 de abril de 2016. Es entonces solo a partir de esa fecha que procede, por ministerio de la Constitución y sin necesidad de ley, la impugnación de los

fallos condenatorios dictados por primera vez en segunda instancia en un proceso penal, ante el superior jerárquico o funcional de quien los expidió. Pero además, la impugnación instaurada en virtud de la decisión de la Corte no procedería respecto de la totalidad de sentencias condenatorias expedidas en el pasado. De acuerdo con los principios generales referidos al efecto de las normas procesales en el tiempo, y de conformidad con el principio de favorabilidad aplicable en esta materia, la parte resolutive de la sentencia C-792 de 2014 no comprende la posibilidad de impugnar las sentencias dictadas en procesos ya terminados para ese momento. Únicamente opera respecto de las sentencias que para entonces aún estuvieran en el término de ejecutoria, o de las que se expidan después de esa fecha. (Subrayas fuera de texto).

Así las cosas, en principio se concluye que frente al caso de la especie no era —ni es— viable dar aplicación a lo resuelto en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014 de la Corte Constitucional, pues el fallo del Tribunal Superior... de segunda instancia condenando por primera vez al procesado... se profirió el 17 de febrero de 2016 y el término para interponer el recurso de casación venció el 8 de marzo de siguiente, así que de esto se sigue que para esta última fecha no había pasado el año que fijó la Corte Constitucional para que procediera la impugnación contra aquella decisión, puesto que el mismo solo se cumplió hasta el 24 de abril de dicha anualidad (2016).

Se dice que en principio no era viable dar aplicación a lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014, pues no había pasado el año allí fijado conforme se viene de precisar; toda vez que adicionalmente se tiene que esta Sala ha señalado —entre otras decisiones, en CSJ AP4428-2016 del 12 de julio de 2016, radicado 48012— razones de mayor peso para arribar a la conclusión de que no es posible agotar la apelación contra las sentencias de segunda instancia que por primera vez condenan al procesado, pues sobre el particular ha expresado:

“La Sala rechazará, por improcedente, el “recurso de apelación interpuesto por la

defensora... contra la sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Pereira... por no hallarse prevista esta forma de impugnación en el procedimiento penal, y no estar dentro del ámbito de sus competencias definir las reglas que permitan su implementación.

Consecuente con esta postura, anulará el trámite que el Tribunal introdujo con el fin de dar cabida al referido recurso, y dispondrá que se habiliten los términos legales para la interposición y fundamentación de la casación, por ser la impugnación que legalmente procede contra los fallos dictados en segunda instancia por los tribunales⁸. Las razones son las siguientes:

1. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-792 de 29 de octubre de 2014, que el Tribunal cita, declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 906 de 2004 por déficit normativo, en cuanto omitían la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y difirió sus efectos a un (1) año, contado a partir de su notificación, que se cumplió entre el 22 y el 24 de abril del 2015.

2. En la misma decisión, exhortó al Congreso de la República para que en el término de un año, contado a partir de la notificación del edicto del fallo, regulara el derecho a impugnar las sentencias penales condenatorias dictadas por primera vez en cualquier estadio procesal, y aclaró que de incumplir este deber, se entendería que la impugnación procedía ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.

3. En la sentencia de tutela SU-215 de 28 de abril de 2016, la Corte Constitucional, al delimitar los efectos y alcances de la sentencia C-792 de 2014, precisó (i) que surtía efectos desde el 25 de abril de 2016, (ii) que operaba respecto de las sentencias dictadas a partir de esa fecha o que para entonces estuviesen en proceso de ejecutoria, (iii) que aunque en ella solo se había resuelto el problema de las condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, debía entenderse que su exhorto llevaba incorporado el llamado al

legislador para que regulara en general la impugnación de las condenas impuestas por primera vez en cualquier estadio del proceso penal, y (iv) que la Corte Suprema, dentro de sus competencias, o en su defecto el juez constitucional, atendiendo las circunstancias de cada caso, debía definir la forma de garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria impuesta por primera vez por su Sala de Casación Penal.

4. La Sala Plena de Corte Suprema de Justicia, en sesión de fecha 28 de abril de 2016, aprobó el comunicado 08/2016, en el que precisó que la pretensión de la Corte Constitucional, plasmada en la sentencia C-792 de 2014, de implementar, a partir del vencimiento del término de un año, la impugnación en todos los casos en que se dictara sentencia condenatoria por primera vez, resultaba irrealizable, porque ni la Corte, ni autoridad judicial alguna contaba con facultades para introducir reformas o definir reglas que permitieran poner en práctica este derecho.

5. En la misma dirección se ha pronunciado la Sala de Casación Penal, en el entendido que una orden de la naturaleza de la que contienen las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, requiere de una reforma constitucional y legal que solo puede adelantar el Congreso, por cuanto implica suplir un déficit legal normativo que incluiría la redefinición de funciones, la creación de nuevos órganos judiciales y la redistribución de competencias, entre otros aspectos”9. (Subrayas fuera de texto)

De todo lo anterior se concluye entonces, que en el caso que ocupa la atención de la Sala, no solo no era —ni es— procedente el trámite del recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida por primera vez en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín por razón de que no se había cumplido el término de un año señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-792 de 2014 al momento de agotarse la notificación de esa decisión, sino que al no haber regulación expresa que gobierne el trámite de ese recurso y no tener la Corte Suprema de Justicia competencia para redefinir funciones, crear nuevos órganos judiciales, redistribuir competencias, entre otros aspectos, se hacía —y se hace

—irrealizable ese cometido.

De otra parte, los argumentos que esgrime el demandante conforme a los cuales, el hecho de que en el asunto de la especie no se hubiera surtido el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida por primera vez en segunda instancia lleva al desconocimiento del bloque de constitucionalidad, pero además, que el recurso de casación tampoco es suficiente garantía para materializar el derecho de impugnación, como incluso lo sostuvo la Corte Constitucional en su decisión C-792 de 2014; no son de recibo, pues la Sala ha señalado sobre tales aspectos lo siguiente:

“...como ya lo manifestó esta Sala respecto de otra decisión de la Corte Constitucional, se advierte que tiene “poca familiaridad con el instituto de la casación”¹⁰, como a continuación se explica.

Básicamente, la Corte Constitucional considera que “el recurso de casación no satisface los estándares del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) no todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en la segunda instancia son susceptibles de ser impugnadas, porque el recurso no procede contra los fallos que juzgan contravenciones, porque el recurso puede ser inadmitido a discreción cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de la casación, y porque cuando los cuestionamientos del recurrente versan sobre la orden de reparación integral, son aplicables todos los condicionamientos de la legislación común; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para... revisar integralmente el fallo sino solo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo; (iii) por regla general, en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista”.

Al respecto se tiene que en el ámbito de la comisión de delitos —como ocurre en este asunto— y conforme al artículo 181 de la Ley 906 de 2004, todas las sentencias de segunda instancia son susceptibles del recurso de casación, de modo que con la referida legislación ya no se distingue entre casación común y excepcional. Ahora, si los fallos de segundo grado por contravenciones penales no son susceptibles de tal impugnación, ello en nada desdibuja el problema abordado, en cuanto corresponde a otra hipótesis.

Es cierto que la demanda de casación puede ser inadmitida cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de tal impugnación, pero no se trata de una potestad arbitraria o caprichosa, en cuanto exige que del contexto del escrito “se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir algunas de las finalidades del recurso”, en consecuencia, corresponde a una facultad reglada y fundamentada que sustancialmente no recorta en modo alguno las garantías y derechos del impugnante.

Al respecto señaló esta Sala¹¹: “Como puede verse el recurso extraordinario de casación en la Ley 906 de 2004 es eminentemente reglado, y el hecho de que la Corte deba superar los defectos de la demanda para decidir de fondo atendiendo los fines de la impugnación, no significa que el recurso sea discrecional o excepcional sino que se le dota de la libertad de selección del libelo, en todo caso sujeta a parámetros claramente establecidos por la ley”.

Por el contrario, el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal señala que “atendiendo los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, (la Corte) deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”. Se trata de un mecanismo dispuesto para dar prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, que sin duda rebasa los alcances del recurso ordinario de apelación, en cuyo marco no es posible que el superior supere las falencias de una impugnación, en cuanto está sometido, de una parte, a la exigencia de adecuada sustentación so pena de imponerle declararlo desierto y, de otra, al principio de limitación, según el cual, el funcionario de segundo grado está sujeto a los

temas propuestos por el recurrente y a aquellos inescindiblemente atados a éstos.

Debe recordarse que en la teoría general del proceso los recursos, entre ellos el de apelación y casación, cuentan con dos supuestos ineludibles. En primer lugar, deben ser propuestos, es decir, tienen carácter rogado, pues no hay lugar a tramitarlos de manera oficiosa, sino a pedido del interesado.

Y en segundo término, quien los propone debe tener legitimación en el proceso, esto es, contar con la condición de sujeto procesal habilitado para actuar, además de legitimación en la causa o interés, que surge cuando la decisión es de alguna manera desfavorable a quien la impugna, y se pierde, cuando el interesado demuestra conformidad con lo que en ella se decide.

Como afirma la Corte Constitucional, en orden a demostrar que el recurso de casación es insuficiente al compararlo con el de apelación, que “cuando los cuestionamientos del recurrente versan sobre la orden de reparación integral, son aplicables todas los condicionamientos de la legislación común”, se advierte que el tema civil no corresponde al derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias, según se colige del artículo 29 de la Constitución al señalar que “toda persona (...) tiene derecho (...) a impugnar la sentencia condenatoria”, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto dispone que “toda persona inculpada de delito tiene el (...) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” y el artículo 14-5 del Pacto de Nueva York al establecer que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, máxime si así es expresamente aceptado en la misma sentencia C-792 de 2014.

En efecto, el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que el derecho a impugnar las sentencias condenatorias se limita al ámbito

punitivo. En la Observación General No. 32, el Comité Derechos Humanos señaló que “la garantía (...) no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal”.

No es acertado afirmar que “el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida”, pues si el recurso de casación se encuentra dispuesto para censurar la falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de las normas, la vulneración del debido proceso y las garantías debidas a las partes, además de los yerros en la apreciación de las pruebas que sirvieron de pábulo a la sentencia de segunda instancia, no se advierte qué aspecto del fallo podría quedar por fuera del amplio espectro de tales causales.

Ahora, como también la Corte Constitucional señala que en la casación “el juez no tiene plenas potestades para revisar integralmente el fallo sino solo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo”, encuentra la Sala que contrario a tal aserto, el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 establece que “En principio, la Corte no podrá tener en cuenta causales diferentes de las alegadas por el demandante. Sin embargo, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso e índole de la controversia planteada, deberá superar los defectos de la demanda para decidir de fondo”, de modo que esta Corporación cuenta con la facultad oficiosa de ocuparse de temas ajenos a los propuestos por el recurrente, mientras que en virtud del principio de limitación, cuando el superior resuelve el recurso de apelación, debe someterse, como ya se advirtió, a los temas objeto de impugnación y a aquellos inescindiblemente vinculados.

Tampoco es cierto lo manifestado por la Corte Constitucional al indicar que “en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la

sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista". Se reitera, el inciso 2º del artículo 184 del estatuto procesal penal dispone lo contrario, a diferencia del recurso de apelación.

Entonces, si el derecho a la impugnación de las sentencias condenatorias comporta que todo fallo penal condenatorio pueda ser impugnado por el sancionado; que la controversia pueda ocuparse del contenido de la decisión judicial, así como de sus fundamentos normativos, fácticos y probatorios, en procura de conseguir una revisión integral del asunto y del fallo condenatorio; y que los planteamientos del impugnante sean estudiados por una instancia judicial diferente de la que lo condenó, para que sean por lo menos dos funcionarios los que determinen la responsabilidad penal y la sanción, considera la Corte [Suprema] que tales exigencias son satisfechas sobradamente por el recurso de casación...

(...)

No en vano el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha aceptado que el recurso de casación, en cuanto comporte el análisis detallado y minucioso del caso, de los hechos, las pruebas y las normas, así como de las irregularidades planteadas por el condenado, es apto y eficaz para concluir que no se violó el artículo 14-5 del Pacto de Nueva York"12.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado sobre el tema que "independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una sentencia errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida

aplicación del derecho”¹³. (CSJ AP, 12 jul. 2016, rad. 48012).

En resumen, en el caso particular no había —ni hay— lugar a tramitar el recurso de alzada contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Medellín mediante la cual se condenó por primera vez al procesado Carlos Alberto Pizarro Martínez y tampoco es viable predicar el desconocimiento del bloque de constitucionalidad por el hecho de que la apelación contra esa decisión no se agotó, puesto que el recurso de casación, por la forma como está regulado en la legislación nacional —al cual acude el procesado—, es idóneo para garantizar el derecho de impugnación.

Según se advirtió, el asunto tratado en la sentencia que se trae a colación, guarda similitud en cuanto a las razones por las que el fallo condenatorio del Tribunal Superior de Bogotá no estaba sujeto a recurso de apelación, pues, además, en este caso el término para interponer el recurso de casación venció el 6 de abril de 2016.

13. En síntesis, por cuanto en relación con los motivos de casación aludidos en la demanda, los errores que postuló el defensor son infundados, el cargo formulado no prospera.

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:

NO CASAR el fallo condenatorio impugnado por el defensor del acusado GENTIL BARRERA GARCÍA, dictado el 3 de marzo de 2016 por el Tribunal Superior de Bogotá.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1Reyes Echandía Alfonso, Tipicidad, Ed. Temis, 1997, pág. 136,137: «Son tipos penales de mera conducta los que describen como punible el simple comportamiento del agente; respecto de ellos el legislador ha considerado que la conducta por sí misma, dada su potencialidad criminosa, debe ser objeto de represión penal, independientemente del resultado (evento) que pueda producirse».

2 Idem: «Los tipos penales de resultado se caracterizan porque la sola conducta no es suficiente para su incriminación, sino que se hace necesaria la producción de un evento dado».

3Quintero Olivares, Gonzalo, Estudios de Derecho Penal General, Ed. Jurídica Bolivariana, 1997, pág. 371,372: «Que en los delitos de simpe, actividad no haya resultado no ha de confundirse... con que no tengan un efecto sobre un bien

jurídico...

Los tipos de [los delitos de resultado] describen una acción y un resultado ligado a ésta...

(...) requieren para su perfección típica más elementos que delitos de simple actividad y además admite mayor número de formas de realización.

4Según informe de la UNESCO, estos países incluyen la siguiente regulación en su legislación: "Brasil: la prostitución no es ilegal, pero sí lo es dirigir un burdel, alquilar locales a las prostitutas, explotar a menores o vivir de las ganancias de una prostituta. Canadá: la ley no prohíbe el acto de la prostitución, pero penaliza un buen número de actividades afines, como la provocación, vivir de las ganancias de la prostitución, montar un prostíbulo, etc. Dinamarca: no es ilegal prestar servicios sexuales siempre y cuando la prostitución no sea la principal fuente de ingresos (en cuyo caso la acusación es de vagabundeo). Es ilegal el reclutamiento. Grecia y Turquía: ambos países han legalizado la prostitución. Las prostitutas deben inscribirse en un registro y acudir a una clínica para someterse a reconocimientos regulares, en ocasiones hasta dos veces por semana.

India: Pese a las numerosas leyes que existen contra la industria del sexo y la prostitución tradicional relacionada con las castas, la prostitución y la trata son corrientes. Las condiciones en que ejercen las prostitutas son pésimas. Senegal: Es ilegal ayudar, instigar, provocar o vivir de las ganancias de la prostitución o montar un burdel. Las prostitutas tienen que inscribirse en un registro, ser titulares de una tarjeta y someterse a reconocimientos médicos regulares. La mayoría de las mujeres trabajan en el sector informal. La aplicación de la ley es escasa. Tailandia: Es ilegal prostituirse o vivir de las ganancias de la prostitución, pero las leyes apenas se aplican."

5

CSJ SP, 18 oct. 2017, rad. 48105.

6

“Sobre las facultades del juez constitucional frente a las omisiones legislativas relativas en materia penal cfr. la sentencia C-671 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.”

7

“Como algunas instancias judiciales carecen de un superior jerárquico, resulta necesario diseñar mecanismos para asegurar la revisión de las sentencias expedidas por tales organismos, cuando en el marco de un juicio penal, imponen por primera vez una condena. En escenarios distintos, esta Corporación ha señalado la necesidad de que al interior de organismos judiciales colegiados como la Corte Suprema de Justicia, se diferencie orgánicamente la función de investigación y la función de juzgamiento, cuando ambas han sido atribuidas a esta corporación. De manera análoga, en estas hipótesis se debe garantizar la revisión de los primeros fallos condenatorios que se dictan en el marco de un juicio penal por instancias que carecen de superior jerárquico.

8

“Artículo 181 de la Ley 906 de 2004.”

9

“CSJ AP, 18 de mayo de 2016, radicación 39156; CSJ AP3280-2016, 25 de mayo de 2016, radicación 37858, entre otras.”

10

CSJ SP, 22 jun. 2016. Rad. 42930.

11

“Auto del 24 de noviembre de 2005. Rad. 24323.”

12

“Caso Pérez Escolar c. España. Comunicación 1156/2003.”

13

“Caso Mohamed vs Argentina. Sentencia del 23 de noviembre de 2012.”