

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

AP2377-2023

Radicación N° 59160

Acta 156.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS

La Corte decide sobre la admisión de la demanda de casación presentada por el defensor de Germán Alfonso Giraldo, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, el 11 de diciembre de 2020, que confirmó la emitida por el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, de fecha 15 de julio de esa anualidad, mediante la cual condenó al procesado, en calidad de autor responsable del delito de concierto para delinquir agravado, a 50 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

A continuación, se transliterarán los hechos que fueron narrados en la sentencia de primera instancia, en tanto, se ofrecen más completos:

«La génesis de la investigación deviene de la denuncia escrita presentada por el DR. ALFONSO CADAVID QUINTERO, el 23 de enero del año 2015, como apoderado designado por la entidad COMFAMA, por los delitos de falsedad en documentos y estafa, quien refirió que desde año de 1996 la Caja de compensación COMFAMA debidamente autorizada por la Superintendencia de Salud, inició la operación del Programa del Régimen Subsidiado de Salud, garantizando el aseguramiento en salud a la población más pobre y vulnerable de los diferentes municipios de Antioquia, función que cumplió hasta el 30 de abril de 2013.

Adujo que, a partir del 01 de mayo de 2013, entró en operación la sociedad de Capital Mixto con ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS S.A.S. Y/O SAVIA SALUD EPS, a la que Comfama prestaba servicios no gerenciales, teniendo entre sus funciones el proceso de auditoría de cuentas médicas de las IPS que atendían los pacientes afiliados a SAVIA SALUD EPS.

Debido a los servicios prestados por COMFAMA esta celebró un contrato con las firmas ENLACE OPERATIVO S.A., y la firma COMPUREDES S.A. El contrato con ENLANCE OPERATIVO fue celebrado en abril del año 2012 y el mismo consistía en prestar mediante outsourcing el servicio de cuentas médicas de Comfama, para lo cual debían realizar recepción, validación y carga de RIPS, (Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud), radicación de facturas en los aplicativos de COMFAMA, aceptación de cuentas a través del sistema, auditorías, gestión de inconsistencias por los diferentes prestadores IPS y digitalización de cuentas médicas, entre otros.

Indicó el DR. CADAVID QUINTERO, que, a lo largo de los años 2013 y 2014, COMFAMA y SAVIA SALUD fueron víctimas de fraudes al sistema de seguridad social en salud, en más de 2.600 millones de pesos, fraude consistente en el cobro de servicios no prestados a pacientes afiliados al sistema de salud por intermedio de COMFAMA y/o SAVIA SALUD.

El Fraude consistía en que instituciones prestadoras de Salud (I.P.S) con domicilio en el departamento del Tolima, facturaban por una supuesta atención en URGENCIAS en los servicios de la Unidad Cuidados Intensivos, a pacientes afiliados a COMFAMA y SAVIA SALUD; para el cobro de los servicios supuestamente prestados, dichas IPS, hacían entrega de la documentación respectiva, como copia de la Historia Clínica (falsa), certificado de existencia y representación legal de la IPS, certificación acerca de la titularidad de la cuenta bancaria donde habría de hacerse el pago del servicio y la factura del servicio.

Las entidades que fungieron como prestadoras de Salud de los servicios supuestamente prestados fueron UNO ASISTIR S.A.S., CLÍNICA ESPECIALIZADA SAN JORGE IPS S.A.S. y CLÍNICA IBAGUÉ.

Después de efectuados los desembolsos a cada una de estas IPS, y en razón a una auditoría interna, COMFAMA pudo constatar que algunos de los soportes remitidos por dichas entidades para realizar los respectivos cobros tenían varias irregularidades, entre algunas de ellas, las historias clínicas estaban elaboradas en grafismos de gran similitud, como si una sola persona las hubiese realizado, con frecuencia no aparecían firmas de los médicos especialistas, solo el nombre de éste, que la mayoría de pacientes fueron atendidos en el departamento de Tolima y Caldas, que en su mayoría los pacientes tuvieron atención en la UCI, que las historias clínicas de diferentes pacientes plasmaban la misma evolución o epicrisis; por lo que en razón a todas esas inconsistencias, COMFAMA decidió efectuar un estudio exhaustivo, programó una investigación y auditoría interna y se logró establecer que:

La empresa UNO ASISTIR S.A.S. era una entidad dedicada al transporte de asistencia básica, prestaba servicios de transporte en ambulancia, para lo cual contaba con dos vehículos, no estaba registrada para la prestación de servicios médicos, ni en primeros niveles de complejidad, ni mucho menos en casos de alta complejidad, que eran los casos objeto de cobro por dicha entidad.

CLÍNICA ESPECIALIZADA SAN JORGE IPS S.A.S. presta servicios en primer y segundo nivel de complejidad, no en tercer ni cuarto nivel como los servicios que facturaron y se pagaron.

Una vez COMFAMA detectó todas estas anomalías decide detener el pago el servicio a dichas entidades, para proceder a verificar las irregularidades y verificar la atención a dichos pacientes. Dentro de la auditoría realizada por Comfama se contactó a varios afiliados del régimen subsidiado que supuestamente habían recibido atención médica por las entidades antes mencionadas, de las cuales habían facturado y se había pagado el supuesto servicio, constatando que ninguno de ellos había recibido dicha atención médica, menos en los departamentos del Tolima y Caldas, pues ni siquiera conocían dichos departamentos.

Basados en esos hechos denunciados, se inició por parte de la fiscalía una serie de actos investigativos dentro de los cuales se realizaron búsquedas selectivas en bases de datos, se tomaron declaraciones juradas, se interceptaron comunicaciones, entre otros. Como resultado se obtuvo que efectivamente existe un grupo de personas concertadas para defraudar al sistema de Salud, hechos que se venían cometiendo por algunos miembros de este grupo delincuenciales en forma ininterrumpida desde el año 2012.

Se logró establecer el modus operandi del grupo, la distribución de tareas, donde cada uno de los miembros del grupo labora o hace parte de alguna entidad dedicada a la Salud, algunos de ellos laboran como representantes legales de IPS, auditores, facturadores, o en alguna área de documentología o RX.

Su modus operandi, consistía en llegar a acuerdos con los representantes legales de IPS o EPS de diferentes partes del país, para facturar los supuestos servicios prestados a pacientes, a nombre de estas, en hurtarse papelería como historias clínicas, facturas, fórmulas médicas, formatos no POS, etc., sellos, entre otras, de las entidades donde cada uno labora, para posteriormente proceder a alterarlos con los datos de las IPS o EPS que

supuestamente prestarían el servicio, con datos de pacientes reales y que se habían hurtado previamente de una base de datos.

Una vez obtenida la historia clínica, a la misma se le plasmaba el logo de la IPS, que supuestamente atendió al paciente, se cambiaban los datos del paciente que aparece en dicha historia por los datos biográficos del paciente que supuestamente recibió atención médica y se relaciona toda la atención que aparentemente recibió en dicha IPS. Para el caso de COMFAMA y/o SAVIA SALUD, la mayoría de historias clínicas que se presentaron facturadas para pagos, todos los pacientes fueron hospitalizados en UCI de diferentes municipios como Ibagué, el Líbano, o Manizales, y recibieron diferentes tratamientos médicos, de alto costo.

Dentro de los actos investigativos emanados por la Fiscalía General de la Nación, se cuenta con búsquedas selectivas en bases de datos, mediante las cuales se logró establecer que efectivamente a las entidades UNO ASISTIR S.A.S y CLÍNICA ESPECIALIZADA SAN JORGE IPS, S.A.S. se les consignaron grandes sumas de dinero por parte de COMFAMA y SAVIA SALUD, aproximadamente la suma de 2.600 millones de pesos, por cobros que se realizaron con historias clínicas falsas, de pacientes afiliados a COMFAMA y SAVIA SALUD, que nunca recibieron dichos tratamientos médicos.

Los hechos en concreto hacen referencia a un grupo de personas que se han dedicado durante los últimos años, de manera permanente a defraudar el sistema de salud, en diferentes modalidades.

Lo que tiene que ver con el procesado se logró establecer que:

Germán Alfonso Giraldo laboraba en el área de facturación de un hospital en el Líbano, era el encargado, junto con César Rojas Alba, de modificar las fórmulas médicas, de buscar los financieros de las diferentes entidades médicas con las que se realizarían los ilícitos, se encargaba igualmente de buscar las personas que compran las fórmulas médicas en blanco

y plasmaba con sellos de especialista, generalmente de oncólogos, las cuales habían sido hurtadas por él u otros miembros del grupo de su lugar de trabajo, y habían sido previamente modificadas con relación a la firma o sello del oncólogo, mismas que se vendían entre dos y tres millones de pesos cada una.

Por lo anterior, se le imputó el delito de concierto para delinquir, conforme el artículo 340 del Código Penal, agravado por la calidad del líder conforme el inciso 3 del mismo estatuto punitivo».

2. Procesales

El Juzgado Quince Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, los días 5, 7, 9 y 10 de abril de 2018 celebró las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra Germán Alfonso Giraldo, entre otras personas, a quien se le imputó el delito de concierto para delinquir agravado (artículo 340 inciso 3º -la pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir- de la Ley 599 de 2000), cargo que no aceptó.

El 5 de junio de 2019, el ente acusador presentó escrito de acusación, que le correspondió al Juzgado Dieciocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín; sin embargo, en la audiencia celebrada el 18 de noviembre de ese año, el delegado de la Fiscalía y los defensores de Germán Alfonso Giraldo y Andrés Leonardo Lozada Chacón manifestaron que habían celebrado un preacuerdo, consistente en que éstos aceptaban los cargos imputados -concierto para delinquir agravado- y, en compensación, se degradaba su participación de coautores a cómplices.

El A-quo condenó a Germán Alfonso Giraldo a 26 meses de prisión como cómplice responsable del delito de concierto para delinquir agravado; no obstante, en el proceso de dosimetría penal no realizó el aumento punitivo previsto para esta última circunstancia, por lo que, impugnada la decisión por la víctima, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante proveído del 10 de junio de 2020, resolvió declarar la nulidad parcial de lo actuado a partir del 18 de noviembre de 2019, desde la presentación del acuerdo, en tanto ilegal, porque se concedieron dos beneficios, así (i) se degradó la participación de autor a cómplice, y (ii) se excluyó la circunstancia de agravación prevista en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, que le había sido atribuida.

Una vez regresó la actuación al Juez de primera instancia, las partes manifestaron que habían celebrado un preacuerdo consistente en que el implicado aceptaba el cargo imputado y, en compensación, se eliminaba la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, convenio que fue aprobado por el A-quo, quien, el 15 de julio de 2020 dio lectura a la sentencia por medio de la cual condenó a Germán Alfonso Giraldo, como autor responsable del delito de concierto para delinquir agravado a 50 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. Se negaron la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Apelada la anterior decisión por el defensor del sentenciado, en decisión del 11 de diciembre de 2020, la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la confirmó en su integridad, por lo que el defensor interpuso y sustentó recurso extraordinario de casación, cuya admisibilidad es el objeto del presente pronunciamiento.

LA DEMANDA

Luego de identificar a los sujetos procesales, la sentencia impugnada, los hechos juzgados, la actuación relevante, los fines del recurso extraordinario de casación, y de relacionar las

«PRUEBAS PRACTICADAS», el libelista plantea un único cargo por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 38 y 38B de la Ley 599 de 2000.

El censor refiere que su representado aceptó cargos por el delito de concierto para delinquir simple, dado que la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, fue eliminada de la imputación, como consecuencia del acuerdo celebrado con la Fiscalía.

Por lo tanto, contrario a lo referido por los falladores, en este caso resulta procedente la concesión de la prisión domiciliaria pues, dicha conducta no se encuentra enlistada en el artículo 68A del Código Penal, sumado a que el procesado aceptó su responsabilidad porque tenía la expectativa de que se le concediera el referido sustituto, dado que venía cumpliendo la medida de aseguramiento en el lugar de su residencia.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para que se conceda la prisión domiciliaria a favor de Germán Alfonso Giraldo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De manera reiterada la Sala se ha referido al carácter extraordinario del recurso de casación, concebido como un control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de distrito, que impone a quien lo instaura sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal, con observancia de los presupuestos inherentes a cada una de ellas y pleno acatamiento de los principios que gobiernan el recurso.

Cada cargo debe formularse cumpliendo unos requisitos mínimos de lógica y adecuada argumentación, dirigidos a revelar los errores en que incurrió el fallador, su incidencia en la declaración de condena y la necesidad de su corrección por la Sala.

Acorde con lo precisado, la demanda no puede elaborarse como si se tratara de un alegato de libre factura, ni la casación puede entenderse como una instancia adicional para revivir el debate sobre aspectos que fueron materia de controversia en el proceso.

Si el actor no fundamenta con claridad y precisión los cargos o, pretextando la existencia de errores judiciales, se dedica a controvertir los fundamentos probatorios de la sentencia, con la pretensión de imponer su particular criterio, surge incuestionable la inadmisión del libelo.

Ello, claro está, sin desconocer la facultad que la ley le otorga a la Sala de Casación Penal de la Corte, de superar los defectos de la demanda y decidir de fondo si advierte la necesidad de hacer efectivos los fines de la casación -art.184 de la Ley 906 de 2004-.

Bajo las anteriores pautas, aparecen evidentes los errores de lógica y debida fundamentación en el desarrollo del cargo, lo que necesariamente conlleva a la inadmisión de la demanda.

En efecto, aunque el defensor refirió la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 38 y 38B del Código Penal, a la hora de sustentar el cargo hizo alusión a que el Tribunal interpretó de manera errónea las referidas normas, lo que resulta excluyente y contradictorio, pues, la interpretación errónea implica que el juzgador seleccionó bien y adecuadamente la norma que corresponde al caso en cuestión y efectivamente la aplicó, sólo que erró al momento de atribuirle sentido jurídico.

Desde esa perspectiva, es de entrada descartable la equivocada hermenéutica atribuida por el demandante al Tribunal, pues, como en seguida se verá, el entendimiento que de las normas se consignó en la sentencia de segundo grado es compatible con las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte, en punto de las modalidades admisibles y los efectos jurídicos de las declaraciones de culpabilidad preacordadas.

A partir de las decisiones CSJ SP2073-2020, Rad. 52.227; SP3002-2020, Rad. 54.039; y SP2295-2020, Rad. 50.659, la Corte fijó los criterios que deben verificarse al momento de evaluar la admisibilidad de los preacuerdos, postura que fue reiterada en la decisión CSJ AP3211-2020, Rad. 54087, por lo que, dada su absoluta pertinencia para la solución del caso, a continuación, se transcribirán los apartes pertinentes:

«En lo que resulta pertinente al asunto bajo examen, han de fijarse dos premisas fundamentales, que ponen en evidencia la inaceptabilidad de la pretensión del censor. Por una parte, en virtud de un acuerdo, no es posible asignar a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como cuando se pretende reconocer una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica; por otra, si bien es dable tomar como referencia una calificación jurídica discordante con la adecuación típica que se ajusta a los hechos imputados, ello sólo es admisible a fin de otorgar beneficios punitivos como contraprestación a la aceptación de responsabilidad. En esta última modalidad, la alusión a una calificación jurídica que no corresponde, sólo se orienta a establecer el monto de la pena a imponer.

4.2.1.1. En cuanto a la imposibilidad de optar por una calificación jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes, la jurisprudencia (CSJ SP2073-2020, rad. 52.227) tiene fundamentada la inaceptabilidad de esa forma de negociación, en los siguientes términos:

El caso sometido a conocimiento de la Sala, así como los estudiados por la Corte Constitucional en la SU479 de 2019, ponen de presente el debate acerca de los límites de la Fiscalía para conceder beneficios a través del cambio de calificación jurídica realizado exclusivamente para rebajar la pena o mejorar la condición del procesado en cualquier otro sentido.

Es importante resaltar que en estos eventos la Fiscalía no modifica la base factual de la

imputación o la acusación. El beneficio consistente, precisamente, en introducir una calificación jurídica que no corresponde a los hechos, como cuando se reconoce un estado de marginalidad que no se avizora o se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor.

Así, en estricto sentido, no se trata de un debate acerca de si los hechos que eventualmente corresponderían a la calificación jurídica introducida en virtud del acuerdo están demostrados en los términos del artículo 327 de la Ley 906 de 2004 o si, al incluirlos en la imputación o en la acusación, se alcanzaron los estándares previstos en los artículos 287 y 336, respectivamente.

No. Se trata de resolver si el ordenamiento jurídico le permite al fiscal solicitar la condena por unos hechos a los que, en virtud del acuerdo, les asigna una calificación jurídica que no corresponde, lo que es muy distinto a debatir si esos aspectos fácticos tienen un respaldo “probatorio suficiente”.

(...)

A la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia de unificación, que retoma con amplitud lo decidido por esa misma Corporación en la sentencia C-1260 de 2005, este tipo de acuerdos no son posibles, porque el fiscal debe introducir la calificación jurídica que corresponda a los hechos jurídicamente relevantes.

Para la Corte (CSJ SP2073-2020, rad. 52.227), la imposibilidad de asignar a los hechos una calificación jurídica disonante con la adecuación típica que efectivamente corresponde a los hechos, como cuando se reconoce una circunstancia de menor punibilidad sin ninguna base fáctica, se justifica en que: i) en tales casos se incurre en una trasgresión inaceptable del principio de legalidad; ii) esos cambios de calificación jurídica sin base factual pueden afectar los derechos de las víctimas, como cuando se asume que el procesado actuó bajo un estado de ira que no tiene soporte fáctico y probatorio, y iii) este tipo de acuerdos pueden

desprestigiar la administración de justicia, principalmente cuando se utilizan para solapar beneficios desproporcionados.

4.2.1.2. En contraposición, la Sala (CSJ SP2295-2020, rad. 50.659) ha clarificado que, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente correspondiente, ello ha de verse reflejado, en estricto sentido, en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal.

Esa modalidad de preacuerdo, en los términos de la referida sentencia, reviste las siguientes características:

Se trata de la fijación de una pena “a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados)”:

En dicho proveído, la Sala diferenció los acuerdos orientados a imprimirle a los hechos una calificación jurídica que no corresponde (como cuando se pretende la condena a título de cómplice de quien claramente es autor, o se reconoce una circunstancia de menor punibilidad que no tiene soporte fáctico y probatorio), de aquellos que consisten en mantener la calificación jurídica que corresponde a los hechos, pero se hace alusión a otras normas penales con el único propósito de establecer el monto de la pena (a la luz del mismo ejemplo, el autor es condenado como tal, pero se le aplica la pena del cómplice).

Sobre este último tipo de acuerdos, en los que se respetan los hechos jurídicamente relevantes, la adecuación típica se identifica con estos, y la alusión a normas penales favorables al procesado tiene como única finalidad establecer el monto de la rebaja, la jurisprudencia de la Sala entiende que se regulan de la siguiente manera: (i) las partes no pretenden que el juez le imprima a los hechos una calificación jurídica que no corresponde, tal y como sucede en la modalidad de acuerdo referida en el párrafo precedente; (ii) así, a la luz de los ejemplos anteriores, el autor es condenado como tal, y no como cómplice, y no

se declara probado que el procesado actuó bajo la circunstancia de menor punibilidad –sin base fáctica–; (iii) la alusión a una calificación jurídica que no corresponde solo se orienta a establecer el monto de la pena, esto es, se le condena en calidad de autor, pero se le asigna la pena del cómplice –para continuar con el mismo ejemplo–; (iv) el principal límite de esta modalidad de acuerdo está representado en la proporcionalidad de la rebaja, según las reglas analizadas a lo largo de este proveído y que serán resumidas en el siguiente párrafo y (v) las partes deben expresar con total claridad los alcances del beneficio concedido en virtud del acuerdo, especialmente lo que atañe a los subrogados penales (CSJ SP2073-2020, rad. 52.227).

Los debates relevantes, entonces, se centran en el monto de la rebaja, pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados».

Dicho esto, tal y como se refirió en los antecedentes procesales, a Germán Alfonso Giraldo se le formuló imputación por el delito de concierto para delinquir agravado, dada su condición de líder de la organización criminal, con fundamento en el artículo 340, inciso 3º, del Código Penal, que dispone:

«ARTÍCULO 340. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de...

(...)

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir».

Ahora bien, en la audiencia celebrada el 3 de julio de 2020 ante el Juez de Conocimiento, las

partes manifestaron que habían celebrado un preacuerdo consistente en que el implicado aceptaba el cargo imputado y, en compensación, se eliminaba la circunstancia de agravación punitiva prevista en el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal. En efecto, en esa oportunidad esto dijo la Fiscal del caso:

«El señor Germán Alfonso Giraldo fue vinculado a esta investigación por el punible de concierto para delinquir descrito en el artículo 340, inciso tercero, es decir con una calidad de líder, que eso entonces aumentaría esa pena en la mitad inicialmente. Su señoría entonces el señor Germán Alfonso Giraldo acepta esa responsabilidad en el delito por el cual se le acusa, que es el concierto para delinquir en calidad de líder, y la fiscalía como contraprestación a esta aceptación le suprime o le quita esa calidad de líder, quedando entonces ese concierto para delinquir simple, éste sería el único beneficio que la fiscalía le concedería al señor Germán Alfonso Giraldo. En cuanto a la tasación de la pena su señoría hemos acordado que se la dejamos a su consideración».

Con base en la manifestación de responsabilidad acordada, el juez condenó a Germán Alfonso Giraldo a 50 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, en calidad de autor responsable del delito de concierto para delinquir; sin embargo, en el numeral primero de la providencia se aclaró que la conducta realmente cometida por el implicado es agravada conforme el inciso 3º del artículo 340 del Código Penal, solo que no se podía atender esa circunstancia para efectos de la dosificación punitiva, dado que precisamente su eliminación se constituyó en el beneficio otorgado por virtud del preacuerdo.

Sin embargo, el juez de conocimiento, al momento de examinar la procedencia de la prisión domiciliaria, negó el referido instituto luego de considerar que en tratándose de preacuerdos o negociaciones, para los efectos jurídicos que entraña el reconocimiento de los subrogados, debe tenerse en cuenta el delito realmente cometido e imputado, más no el acordado, pues, los efectos jurídicos del último tienen aplicación solamente respecto del

quantum punitivo. Ello, con base en la nueva postura jurisprudencial, para lo cual citó la decisión CSJ SP2073-2020, Rad. 52227.

Esta postura fue convalidada por el Ad-quem, Corporación que, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, confirmó la negativa de conceder al procesado la prisión domiciliaria, luego de considerar que, si bien, el acuerdo consistió en eliminar la circunstancia de agravación, ello solo tenía efectos punitivos, pero que en tratándose de los subrogados penales debía atenderse el delito cometido, para el caso, el reato de concierto para delinquir agravado, conducta que se encuentra excluida de cualquier beneficio, conforme lo dispuesto en el artículo 68A del Código Penal.

Estos fueron los argumentos que expuso el Tribunal:

«En este tipo de acuerdos se reconoce la disminución de pena por la eliminación de la acusación de alguna causal de agravación punitiva (artículo 350, numeral primero, del CPP), pero no se está declarando que el acusado no tuvo la calidad o condición de líder en la organización que se encargó de defraudar el sistema de salud, conforme fue atribuido desde la audiencia del 8 de abril de 2019, en la que se le imputó al señor Germán Alfonso la conducta de concierto para delinquir agravado previsto en el artículo 340, incisos primero y tercero, del Código Penal:

(...)

No puede hablarse, entonces, de que con base en una progresividad de la actuación e investigación se modificaron las premisas fáctica o jurídica o se acogió una hipótesis alternativa propuesta por la defensa, que es lo que pareciera entender el recurrente cuando afirmó que la condición de líder fue erróneamente imputada. Así no lo refirió la fiscal en su intervención, sino que por el contrario manifestó claramente que la supresión de la agravante obedecía al acuerdo y, conectado con los que dijo con antelación, era para efectos de que se rebajara la pena: “la fiscalía como contraprestación a esta aceptación le

suprime o le quita esa calidad de líder, quedando entonces ese concierto para delinquir simple, éste sería el único beneficio que la fiscalía le concedería al señor Germán Alfonso Giraldo”.

(...)

La eliminación de la agravante únicamente fue otorgada como contraprestación punitiva concedida por su admisión de cargos conforme a una negociación y no por la existencia de una premisa fáctica. De ninguna forma se le declaró penalmente responsable como autor de concierto para delinquir simple sino agravado, reiteramos conforme a la afirmación: “Su señoría entonces el señor Germán Alfonso Giraldo acepta esa responsabilidad en el delito por el cual se le acusa, que es el concierto para delinquir en calidad de líder...”, en la que el defensor asintió, y en razón de ello resulta correcta la aplicación de la prohibición legal de beneficios y subrogados penales prevista en el artículo 68A del Código Penal, que opera independientemente del quantum de la pena impuesta».

Examinados los argumentos expuestos por las instancias, se advierte que los falladores no incurrieron en el yerro demandado, pues, contrario al dicho del defensor, el razonamiento jurídico resulta acorde con la interpretación jurisprudencial que de los artículos 38 y 38B del Código Penal ha hecho la Sala, cuando se trata de una terminación acordada del proceso.

En este punto, debe indicarse que, en efecto, la Corte ha señalado cómo el acuerdo no implica en manera alguna la variación de la calificación jurídica de la conducta sin ninguna base fáctica, pues, ello significaría contrariar el principio, según el cual, debe existir correspondencia entre la calificación jurídica del comportamiento y los hechos jurídicamente relevantes enrostrados, a más, de evidente separación del principio de legalidad.

Por esa misma razón, es descartable la falta de aplicación de las normas referidas, pues, la prisión domiciliaria no dejó de ser concedida por una inobservancia normativa, sino porque,

al hacer el proceso de subsunción normativa se encontró que no se encuentran reunidos los requisitos allí descritos, en tanto, la conducta por la que fue condenado Germán Alfonso Giraldo -concierto para delinquir agravado- se encuentra incluida en el inciso 2º del artículo 68A del Código Penal.

En consecuencia, los jueces de instancia aplicaron e interpretaron de manera adecuada las normas que regulan el instituto de la prisión domiciliaria (artículos 38 y 38B del Código Penal), por lo que no incurrieron en el yerro demandado -violación directa de la ley sustancial-.

Por consiguiente, lo que se avizora es que el libelista, por la senda de denunciar la violación directa de la ley, bien bajo el ropaje de una aplicación indebida, ora de la interpretación errónea de la norma, intenta imponer su discernimiento al del juzgador o, si se quiere, al de la Corte, lo que sólo permite advertir su inconformidad frente a los fallos de instancia y el criterio jurisprudencial prohijado por la Sala, pero no un yerro demandable en casación.

Por tanto, al valerse de la sede extraordinaria para sugerir una forma de apreciación distinta a la consignada por los jueces unipersonal y plural, atenta contra la rigurosa metodología que se debe observar en sede de casación, escenario en el cual sólo tiene cabida el juicio lógico que ataca la legalidad de la sentencia.

De esa manera, antes que evidenciar el alcance indebido o el sentido jurídico errado otorgado a los citados preceptos, se percibe que su verdadera inconformidad radica en el criterio analítico utilizado por la judicatura.

Desatino que cobra relevancia, pues, se sustrae de enfrentar la estructura argumentativa de los fallos de instancia -que en este caso conforman unidad jurídica inescindible- para, en su lugar, interpretarlos a su acomodo, olvidando que en esta sede ninguna censura se puede afianzar en el desacuerdo que se tenga con el criterio judicial, porque éste prevalece sobre cualquier otro, salvo que se demuestre, con claridad y precisión, que la hermenéutica

reprochada por la vía directa es ajena al contenido de los preceptos enunciados o que el alcance otorgado a los mismos no corresponde a su sentido literal.

En suma, el cargo examinado acaso adquirió el nivel de reclamo formal, y sus argumentos quedaron en el plano de mero enunciado, sin justificar cómo había lugar a remover la declaración de justicia contenida en la confutada decisión o a recoger la jurisprudencia existente, que prohíba la tesis contraria a sus intereses.

Por lo demás, no es factible que el demandante asuma existente en la aceptación de responsabilidad penal, algún tipo de aspiración concreta del acusado en torno del subrogado aquí reclamado, en tanto, basta observar el contenido del acta y las circunstancias que gobernaron lo acordado, para verificar que desde un inicio fue destacado cómo la eliminación de la agravante que opera solo por virtud de la aceptación de cargos, al punto de señalar, de forma expresa, que el delito aceptado es el de concierto para delinquir agravado, precisamente, el que gobernó la negativa de otorgar el subrogado, por evidente impedimento legal.

Lo infundado de la demanda determina su inadmisión, en los términos del artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004.

Resáltese, además, que la Corporación no observa violaciones de derechos fundamentales, causales de nulidad, ni motivos que conduzcan a la necesidad de un pronunciamiento de fondo en razón de las finalidades de la casación.

Resta señalar que, al amparo de la norma en cita, cuando la Corte decide no dar curso a una demanda de casación, es procedente la insistencia, cuyas reglas, en ausencia de disposición legal, fueron definidas por la Sala desde el auto CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24322 y precisadas en CSJ AP3481-2014, 25 jun. 2014, rad. 42597.

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

RESUELVE:

Primero: Inadmitir la demanda de casación presentada a nombre de Germán Alfonso Giraldo, por su defensor.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria