

{p}

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado Ponente

SP022-2025

Radicación No 60580

Acta No. 06.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil veinticinco (2025).

I. ASUNTO

1. Decide la Sala el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor de DANEIDY BARRERA ROJAS (Epa Colombia) contra el fallo proferido el 5 de agosto de 2021 por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó parcialmente la sentencia emitida el 13 de marzo

de 2020 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad y, en su lugar, la condenó por primera vez, además, como autora de instigación a delinquir con fines terroristas. De otra parte, confirmó la decisión de primer grado en lo atinente a la condena por daño en bien ajeno agravado en concurso con perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial.

II. HECHOS

2. El 22 de noviembre de 2019, en varias ciudades del país se estaban desarrollando actividades de protesta social, en el marco de lo que se conoció como paro nacional.

En esa fecha, en Bogotá hubo disturbios, alteraciones de orden público, vandalismo urbano, saqueos a establecimientos de comercio y enfrentamientos de algunos manifestantes con unidades de la Policía Nacional.

Ese día, aproximadamente a las tres de la tarde, DANEIDY BARRERA ROJAS, conocida en redes sociales como “Chamita Cheer” o “Epa Colombia”, por ser “youtuber”¹ o “influencer”², cubriendo inicialmente su rostro con una capucha y después sin esta prenda, ingresó a la estación Molinos de Transmilenio (Empresa de Transporte del Tercer Milenio S.A.), ubicada en la Avenida Calle 51 Sur, entre las carreras 9 y 7 de esta capital, e hizo lo siguiente:

i. Con un martillo que llevaba consigo, destruyó las puertas de vidrio, el dispositivo de lectura de tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso a la estación.

ii. El mismo día, publicó en sus redes sociales un video que mostraba su actuar destructivo, antes descrito; y en dicho documento fílmico ella, de viva voz, expresó:

“Sé que me van a criticar porque siempre miran lo malo mío, nunca miran lo bueno. Pero bueno, mientras algunos están saqueando los negocios, que pueden ser de su mamá, de su papá o de algún familiar, yo estaba destruyendo lo que era del Estado. Sé que tampoco está bien hecho, pero esa es una de las formas en las que el pueblo se puede manifestar, sin pasar desapercibido. Este video tal vez lo van a volver viral, (...) amiga, yo qué sé; tal vez alguna de sus familias que trabajan en el Estado tienen que recoger esto, pero saben qué, el Estado tiene que invertir millones, millones de los que nos roban a nosotros para recuperar todo lo que estamos dañando” (sic).

Los destrozos causados por DANEIDY BARRERA ROJAS imposibilitaron la circulación normal de ese medio de transporte público, tanto en el momento como posteriormente. Y los perjuicios fueron avaluados en la suma de mil doscientos dieciocho millones novecientos veintiún mil ciento dieciséis con 21 pesos (\$1.218.921.116,21).

iii. Posteriormente, en sus redes sociales, difundió otro registro fílmico que mostraba su participación, junto con varias personas, en actos de vandalización contra la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Tunjuelito; y en el que, además, se ve a ella escribiendo un grafiti que decía: “DUQUE HP”.

iv. De ese modo, a través de la difusión de sus propios videos, que la captaron mientras estaba desplegando las acciones vandálicas y destructivas aludidas, DANEIDY BARRERA ROJAS promovió en sus seguidores la ejecución de similares conductas.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

3. El 26 de noviembre de 2019, ante el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía imputó a DANEIDY BARRERA ROJAS, en calidad de autora los delitos de i) perturbación en transporte público, colectivo u oficial; ii) daño en bien ajeno agravado; y iii) instigación a delinquir con fines terroristas.³

No aceptó los cargos; y fue afectada con medida de aseguramiento no privativa de la libertad⁴.

4. No obstante, por solicitud de la defensa, el 10 de diciembre de 2019, ante el Juzgado Setenta y tres Penal Municipal de Garantías de Bogotá, la señora DANEIDY BARRERA ROJAS se allanó a la totalidad de los cargos atribuidos.

Se admitió en condición de víctimas a Transmilenio S.A., y a Recaudo Bogotá SAS.

5. Verificadas las condiciones de esa manifestación, mediante sentencia de 13 de marzo de 2020, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá adoptó una decisión mixta.

De una parte, absolvió a DANEIDY BARRERA ROJAS del cargo por instigación a delinquir con fines terroristas, en razón a que el actuar de ella sólo iba dirigido a incrementar seguidores en las redes sociales y ganar réditos por la reproducción de los videos.

Y, de otra, la condenó como autora de: i) daño en bien ajeno agravado⁵ y ii) perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, a la pena en 46.2 meses de prisión y multa de 25.42 smlmv. Además, le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

6. La decisión de primer grado fue apelada por el delegado de la Fiscalía y los representantes de víctimas, exclusivamente en lo que respecta a la absolución por la

conducta de instigación a delinquir con fines terroristas.

7. Al desatar las alzas, con fallo de 5 de agosto de 2021⁶, la Sala mayoritaria de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá⁷, revocó parcialmente el fallo absolutorio, en el sentido de condenar a la procesada (por primera vez) también por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

En consecuencia, redosificó las penas para incrementarlas, y quedaron así: i) prisión en 63 meses y 15 días; ii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de oficio de influencer o youtuber por el mismo término; iii) multa por 492.24 smlmv. Y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria; por lo cual, dispuso su captura.

8. Inconforme con la determinación anterior, el defensor interpuso impugnación especial, en cuanto a la primera condena por el punible de instigación a delinquir con fines terroristas.

Se verificó el traslado a los no recurrentes, quienes presentaron sus argumentos.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

9. El 13 de marzo de 2020, el Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Bogotá, en una decisión mixta, condenó a DANEIDY BARRERA ROJAS, como autora de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno agravado, y la absolvió del cargo por instigación a delinquir con fines terroristas; por los siguientes motivos:

9.1. En los casos de terminación anticipada por allanamiento a cargos no es suficiente verificar que la voluntad del procesado sea clara, expresa, informada, y exenta de vicios; dado que, si no se cuenta con un principio de prueba para demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad en el mismo, no es posible emitir condena por la conducta respecto de la cual no concurren aquellos requisitos; toda vez que ello vulneraría el debido proceso.

9.2. Con base en los elementos de conocimiento allegados por la Fiscalía, respecto al delito de daño en bien ajeno agravado, se encuentran demostradas las acciones desplegadas por la inculpada el 19 de noviembre de 2019 en la estación Molinos de Transmilenio. Se observa el momento en el que ella destruyó las puertas de vidrio, el dispositivo de lectura de las tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso a dicho paradero; bienes públicos necesarios para el normal funcionamiento del sistema masivo de transporte. Por tanto, respecto a este reato sí encontró superados los presupuestos legales para condenar.

9.3 Los daños ocasionados a dichos bienes produjeron imposibilidad para la circulación de la ciudadanía en el sistema de transporte masivo; y afectaron la movilidad de la comunidad. Con ello, de igual manera, se materializó el delito de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; esto, si se tiene en cuenta que el derecho a la protesta no abarca la posibilidad de causar daños, e impedir el uso de ese medio a los asociados.

9.4 Para que se adecúe la conducta en el tipo de instigación a delinquir con fines terroristas es necesario que el ejecutor invite a la comisión de otros delitos; y, en este caso, ha debido demostrarse la persuasión apta a los destinatarios para moverlos a desplegar acciones de vandalización del transporte público masivo.

Aunque las manifestaciones de la procesada en el marco de la protesta social excedieron los límites de la garantía de expresión de inconformidad, la transmisión de las imágenes de su violento comportamiento no alcanza la estructuración de ese delito, pues DANEIDY no incitó al conglomerado a la ejecución de conductas penalmente reprochadas.

La transmisión del video tenía una finalidad económica, pues por cada reproducción obtenía mayores ingresos. Además, no existe relación entre la distribución de imágenes de la acusada y los desmanes ocurridos posteriormente.

9.5 La Fiscalía erró al atribuir a la procesada instigación a delinquir con base en los

perjuicios generados con el paro de 2019, sin considerar la real intención económica que ella tenía al transmitir las imágenes, que carecían de aptitud para incitar a la comunidad a la realización de acciones similares; pues su léxico no lo sugiere y sólo se percibe la intención de ganar adeptos en las plataformas virtuales.

9.6 Ello, aunado a que se hizo evidente el rechazo de la sociedad a los actos vandálicos, de modo que tampoco hay sustento para la modalidad de fines terroristas, en atención a no demostrarse la generación de zozobra o temor por el comportamiento de la implicada.

9.7 Entonces, pese a que aquella aceptó los hechos, su conducta resulta atípica con relación al presunto delito de instigación a delinquir con fines terroristas; y se debe absolver.

10. Inconformes con la última decisión, la Fiscalía, el Ministerio Público y los representantes de las víctimas la apelaron, en procura de lograr su revocatoria parcial y se condene, además, a la imputada, como autora de instigación a delinquir con fines terroristas.

VI. FALLO DE SEGUNDO GRADO

11. En cuanto ahora interesa, con relación a la aceptación de los cargos y sus consecuencias, inclusive por el punible de instigación a delinquir con fines terroristas, la Sala mayoritaria Penal del Tribunal Superior de Bogotá, motivó de la siguiente manera:

11.1 Es inoportuna y carece de demostración la solicitud de nulidad del nuevo defensor, por la supuesta omisión (del juez de garantías y el anterior abogado) de información precisa a la procesada relativa a la improcedencia de subrogados penales. Solo denota la inconformidad con la primera gestión profesional y no demuestra un defecto de garantía.

Contrario a ello, se verificó en los actos procesales de allanamiento a cargos y verificación, que DANEIDY BARRERA ROJAS asintió haber recibido asesoría, con información completa sobre los cargos atribuidos y sus consecuencias.

11.2 En la audiencia de imputación y la siguiente vista en la que se allanó a los cargos, se verifica de modo indiscutible que la implicada recibió información completa sobre las consecuencias de su sometimiento a la justicia, el beneficio punitivo posible; “que la pena principal a purgar es de prisión” y se cumpliría intramuros.

11.3 Carecen de aptitud y son inoportunos los documentos que el defensor allegó durante el traslado a los no recurrentes, con la aparente finalidad de acreditar que hubo vicios del consentimiento en la manifestación de sometimiento de la procesada; planteamiento que bien pudo hacerlo en la primera salida procesal; y que, aun así, no tiene entidad para respaldar la nulidad invocada.

11.4. No se discute la posibilidad de efectuar control judicial sobre la manifestación de

allanamiento a cargos, en protección de los derechos y garantías fundamentales del implicado; concretamente respecto a la existencia de un mínimo de prueba que permita deducir la existencia de la conducta típica, la autoría de quien la acepta y su responsabilidad, según el artículo 327 de la Ley 906 de 2004.

11.5 La falladora de primer grado se equivocó en el examen de suficiencia demostrativa, que debió realizarse con base en lo sucedido en la audiencia del 19 de febrero de 2020, cuando la misma funcionaria verificó el allanamiento y lo declaró ajustado a la legalidad; y resulta “incoherente” que, posteriormente, cuestionara la adecuación típica previamente avalada por el delito de instigación para delinquir con fines terroristas.

Por ello, resulta contradictorio que el fallo de primer grado hubiese afirmado que no se demostró la tipicidad objetiva del delito de instigación a delinquir con fines de terrorismo; y se observa indebida la absolución a la procesada; cuando, de haber existido alguna irregularidad sustancial, lo jurídicamente viable era disponer la nulidad con relación a la aceptación de ese delito; y no la absolución.

En primera instancia se aplicó en forma equivocada la decisión de la Sala de Casación Penal 45826 del 2 de agosto de 2017; postura que ya había sido recogida; y, por consiguiente, no podía absolver, pues lo compatible con su conclusión era anular parcialmente la aceptación de cargos por atipicidad del comportamiento discutido.

11.6 De otra parte, respecto a la instigación a delinquir con fines terroristas, es cuestionable la argumentación de primera instancia, en cuanto expresó que la transmisión de la procesada en la que se le observa destruyendo la Estación Molinos, sólo constituía un acto de promoción por su oficio de youtuber, con la intención de ganar seguidores, fundamento que refuerza con los comentarios en apoyo y repudio por usuarios de redes sociales. Además, por no ser viable establecer relación de causalidad entre la exposición del video y los desmanes en diferentes lugares de la ciudad en las jornadas de protesta desarrolladas en el paro nacional de noviembre de 2019.

11.7 Ante esa postura de primera instancia, es acertado el discernimiento de los apelantes, pues no se ajusta a la realidad probatoria y los mandatos legales en casos de terminación anticipada, ya que la absolución fue construida desde su interpretación subjetiva del alcance de la divulgación del video en el que se destruyen bienes públicos en desarrollo de la protesta social.

11.8 La creación y la emisión del video por la red social Facebook no pueden ser calificadas como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión; prerrogativa que protege la manifestación de “pensamientos, ideas y opiniones de toda índole”, especialmente las que pueden ser contrarias a las de la mayoría.

11.9 Una de las formas de exteriorización del derecho es la protesta que, por su naturaleza, puede perturbar el orden dentro de ciertos límites civilizados, garantía que no se puede reprochar o reprimir si se desarrolla pacíficamente. Sin embargo, conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la promoción de delitos y su apología

están proscritas y desbordan el ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

11.10 La conclusión del A-quo, en el sentido que la procesada tenía como objetivo de incrementar los seguidores en sus redes constituye una percepción particular de la falladora que no está soportada en los elementos de conocimiento allegados en el desarrollo procesal.

11.11 En este caso, los medios utilizados por la procesada y sus calidades, dado que tiene “más espectadores, credibilidad y confianza – aunque también, crítica y rechazo-”, constituyen expresiones de voluntad provocadoras de la afectación del servicio público de transporte. Las imágenes conllevan la invitación a la participación de sus actos y su imitación, ya que la vandalización no afecta económicamente a los responsables de los desmanes, pues debe asumirse por el erario e hizo un llamado a las vías de hecho como forma de lucha contra la corrupción pública.

La procesada, en su video, promovió la irregular forma de protesta contra el modelo de gobierno con acciones violentas contra los bienes públicos, lo que no solo demuestra la tipicidad, sino, también, que en forma voluntaria se decidió a su ejecución.

11.12 Ahora, respecto a los fines terroristas, el reproche se debe encausar a la peligrosidad de la invitación a delinquir; y no porque se le atribuya el resultado final de la afectación de los bienes públicos y privados en la ciudad; de modo que están dadas todas las condiciones para condenar también por el delito de instigación a delinquir con fines

terroristas; como lo hizo, con la consecuente modificación punitiva.

VII. IMPUGNACIÓN ESPECIAL

12. Defensa de DANEIDY BARRERA ROJAS.

El inconformismo del defensor frente a lo decidido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, lo dirige a postular: (1) nulidad desde la audiencia en cual se efectuó la aceptación de cargos, por vulneración del derecho al debido proceso por ausencia de defensa técnica e información idónea sobre las consecuencias; y, en subsidio, (2) no se demostró que las acciones de la procesada generaran zozobra o terror en la comunidad, por lo que se le debe absolver por el cargo de instigación a delinquir con fines terroristas.

12.1 La afectación de los derechos de la procesada se acredita porque no se observa en las audiencias de los Jueces 19 y 73 Penales Municipales de Control de Garantías, que “recalcaran” a la implicada “que una de las consecuencias por aceptación unilateral de responsabilidad correspondía a que el cumplimiento de la pena sería la detención intramuros”; tampoco se le puso de presente la prohibición expresa fijada en el artículo 68 A del Código Penal para el delito de instigación a delinquir con fines terroristas, y que, en consecuencia, debía cumplirse en establecimiento penitenciario.

12.2 Aunque DANEIDY BARRERA ROJAS aseguró estar asesorada, en realidad, “no tuvo asesoría alguna por parte de su defensor”, ni de la Fiscalía o los Jueces; omisión que la afectó seriamente porque, incluso, se deben tener en cuenta las diferencias punitivas para el mismo delito de instigación a delinquir simple, que se sanciona con multa, mientras el agravado por los fines terroristas tiene una prisión mínima de 80 meses.

12.3 Adicionalmente, en este caso, los hechos presentados por la Fiscalía no constituyen instigación a delinquir, porque con los elementos allegados sólo era viable endilgar el reato de daño en bien ajeno agravado como la acusada lo reconoció en el video, que difundió con fines económicos, solo pretendía conseguir “likes” en sus redes sociales y monetizarlos; como concluyó el juzgado de primer grado.

12.4 Se equivocó el Tribunal al condenar por instigación a delinquir con fines terroristas; porque el elemento subjetivo que exigen esos fines debe ser claro, en el entendido que el autor pretendió “provocar o fomentar un estado de incertidumbre colectiva frente a la paz y tranquilidad pública”, lo cual no demuestran los elementos allegados.

12.5 Con tal convicción, solicitó revocar la sentencia de segunda instancia, en el sentido de absolver a DANEIDY BARRERA ROJAS del cargo por en instigación a delinquir con fines terroristas, por indebidamente imputado y no probado.

13. No recurrentes

El representante de Recaudo Bogotá S.A.S., y el delegado de la Fiscalía General de la Nación coincidieron en que se debe confirmar el fallo condenatorio por instigación a delinquir con fines terroristas; con planteamientos que se resumen así:

13.1 La supuesta vulneración del derecho de defensa, por carencia de información a la implicada contraría la realidad procesal y los lineamientos jurisprudenciales; pues fueron ella y su defensor quienes convocaron a la audiencia ante el Juez de Garantías en la que aceptó los cargos; por lo que, sin duda, contó con tiempo suficiente para acudir al allanamiento de forma libre, consciente e informada; lo cual se verificó ante el Juez de Conocimiento.

13.2 El impugnante pretende desconocer que la aceptación de cargos, excluye las cargas probatorias del juicio; de modo que, en este caso, la prueba de la instigación a delinquir con fines terroristas fue el video, que difundió la misma acusada a través de medios con capacidad de comunicación instantánea y en masa; elementos que demuestran “la conducta objetiva, la intención y la autonomía para ejecutarla”.

13.3 No es correcto que la defensa exija acreditación de la zozobra, el miedo y la reacción social en masa, pues olvida que se trata de un delito de peligro y no de resultado. En consecuencia, basta que “el discurso lanzado alcance a estructurar un mensaje que pueda promover una reacción en cadena delictiva y en la sociedad el miedo, la zozobra y el temor a

que eso suceda, obligándonos a refugiarnos, a escondernos, a exponernos a ese riesgo o a ese peligro”.

13.4 Debe confirmarse la condena por concierto para delinquir con fines terroristas, pues tras publicar en sus redes el video, se la observa realizando daños a la estación de Transmilenio, por lo que estructuró esta conducta punible; en tanto, dadas sus condiciones personales y su impacto social, realizó una “incitación directa, clara e inequívoca a un grupo de ciudadanos (seguidores)”, a la ejecución de conductas punibles, y todo debe analizarse bajo el contexto del “descontento social reflejado en las múltiples revueltas presentadas con ocasión al paro nacional”.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

14. De conformidad con el numeral 2° del artículo 235 de la [Constitución Política](#), modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018, en concordancia con las directrices establecidas por la Corte desde el proveído CSJ AP1263-2019, del 3 abril, radicado. 54215, la Sala de Casación Penal es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, que condenó por primera vez a DANEIDY BARRERA ROJAS, por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

15. Como la defensa expresó su inconformidad frente a lo decidido por el Ad-quem, a

través de la senda de la impugnación especial únicamente respecto de la condena por instigación a delinquir con fines terroristas, no así frente a punibles concursales, su escrito será analizado siguiendo la lógica propia del recurso de apelación. En consecuencia, en virtud del principio de limitación, la labor de la Corporación se concretará en examinar los aspectos sobre los cuales recae la inconformidad, estudio que, de ser necesario, se extenderá a los temas inescindiblemente vinculados al objeto de disenso.

16. Se estima oportuno recordar que la Jueza Segunda Penal del Circuito Especializada de Bogotá, en sentencia de 13 de marzo de 2020, condenó a DANEIDY por los delitos de daño en bien ajeno agravado en concurso con perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial; y la absolvió del cargo por instigación a delinquir con fines terroristas.

La última determinación, tras explicar que ese punible exige la exteriorización de expresiones que promueven la ejecución de otros reatos, condición no advertida en las acciones de aquella fijadas en los videos aportados por la Fiscalía. Ello, en tanto la finalidad de la divulgación de las imágenes en las redes sociales fue económica, debido al aumento de utilidades por cada reproducción. Además, que no se acreditó nexo de causalidad entre la difusión videográfica y desmanes posteriores que hubiesen cometido otras personas.

17. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en decisión mayoritaria, revocó esa absolución, dado que, desde su punto de vista, la procesada sí cometió el delito de instigación a delinquir con fines terroristas, en razón a: (i) la violenta acción desplegada contra los bienes públicos; (ii) las manifestaciones que realizó; (iii) los medios utilizados para la divulgación de su acción; (iv) la popularidad de la implicada y el número de seguidores en

las plataformas usadas; y (v) el momento social en el que se ejecutó el comportamiento.

18. Con el fin de resolver la tensión entre esas posturas, la Sala abordará el estudio del caso en el siguiente derrotero: (i) analizará el cuestionamiento principal a través del cual, el censor pretende la nulidad de la actuación, en particular, del acto de allanamiento a cargos por vicios del consentimiento y, (ii) en caso de no acceder a la invalidación, se adentrará en la censura que busca la absolución de la implicada del delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Nulidad por vicios del consentimiento en el allanamiento a cargos

19. La postulación se fundamenta en un vicio del consentimiento derivado de la falta de información suministrada respecto al alcance de la aceptación y sus consecuencias, particularmente sobre el cumplimiento intramural de la pena, por expresa prohibición de subrogados fijada en el artículo 68 A del Código Penal.

A partir de ese supuesto y bajo la convicción de que el sometimiento a la justicia sí fue irregular, la defensa pasa a afirmar que la Fiscalía no demostró que las acciones de la procesada generaran zozobra o terror en la comunidad, por lo cual debe ser absuelta del cargo por instigación a delinquir con fines terroristas.

20. Esta Sala ha reiterado que la aceptación consciente y voluntaria de los cargos se rige por los principios de irretractabilidad, preclusividad y progresividad de las actuaciones; en consecuencia, luego de aprobado el allanamiento no habrá lugar al arrepentimiento por parte del implicado, salvo que se demuestre un vicio del consentimiento o la transgresión de sus prerrogativas, conforme indica el párrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, agregado por la Ley 1453 de 2011.

21. Cabe recordar que, si la sentencia fue obtenida anticipadamente porque la implicada aceptó los cargos previo allanamiento unilateral, el interés jurídico para la apelación se restringe sustancialmente, al punto que, en principio, no son admisibles críticas tendientes a cuestionar los elementos estructurales de los delitos admitidos -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- dado que con ello se estaría manifestando en realidad una retractación, que desnaturaliza la característica consensual del sistema procesal penal acusatorio.

22. Sobre esa específica temática, la Sala de Casación Penal, desde los albores del proceso penal con tendencia adversarial expresó:

“Ha insistido la jurisprudencia de esta Sala en que la culminación anticipada del proceso mediante una sentencia que surge a raíz del allanamiento a cargos participa de la naturaleza de la justicia consensuada y a su vez forma parte del denominado derecho premial, puesto que el implicado manifiesta consciente, espontánea y libremente su voluntad de aceptar los cargos que la Fiscalía le imputa; y a cambio de ello, en compensación al ahorro de instancia

que el sometimiento a la justicia genera, recibe como beneficio una sustancial rebaja de la pena que correspondiere.

Una de las consecuencias de aquel sometimiento premiado es la irretractabilidad. La aceptación consciente y voluntaria de la culpabilidad se rige por el principio de irretractabilidad, en virtud del cual, una vez el juez de conocimiento aprueba el allanamiento, no hay lugar para el arrepentimiento; y la defensa renuncia al derecho de controvertir la imputación, al juicio oral y al debate probatorio.

Ello implica que, verificada por el Juez de conocimiento la legalidad del allanamiento, la defensa carece de interés jurídico para interponer los recursos de ley contra el fallo, cuando la impugnación pretenda cuestionar los extremos de la adecuación típica imputada y de la culpabilidad que ya se había aceptado en el marco de ese allanamiento.” (Auto de 30 de enero de 2008, radicación 28772)

Hermenéutica que ha permanecido y se ha reiterado pluralidad de veces, hasta la actualidad. (SP031-2023, rad. 58720, 25 de enero de 2023; SP485-2023, rad. 59016, 29 de noviembre de 2023; SP2491-2024, rad. 62354, 11 de septiembre de 2024).

23. En ese orden, es claro que, por vía de principio, la manifestación de culpabilidad aceptada por allanamiento unilateral o preacuerdo, una vez aprobada por el Juez de conocimiento, es irretractable, como lo señala el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), precepto que la Corte Constitucional declaró exequible, en la Sentencia C-1195 de 2005, en la que acotó:

“Una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquél se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante.”

24. Otra importante consecuencia de la aceptación de los cargos consiste en que, para efectos del acercamiento a la verdad, tal manera de sometimiento a la justicia es procesalmente válida en cuanto refleja una decisión voluntaria y libre a cambio de una rebaja de la pena correspondiente; la cual, de manera conjunta con las evidencias y principios de prueba que presente la Fiscalía, se erige en legítimo fundamento de la sentencia condenatoria:

“Por otra parte, en lo concerniente a la determinación de dicha responsabilidad y la consiguiente condena en la sentencia, es evidente que el fundamento principal es la aceptación voluntaria de aquella por parte del imputado, lo cual en el campo probatorio configura una confesión, de modo que se puede deducir en forma cierta que la conducta delictiva existió y que aquél es su autor o partícipe.” (Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2005).

Así, la aceptación de responsabilidad preacordada o por allanamiento a cargos alcanza el

estatus de una decisión post delictual legítima, que contribuye a desvirtuar la presunción de inocencia y, en general, no es retractable; siempre que sea voluntaria, consciente y respaldada por el abogado defensor.

25. No obstante, como ha insistido la misma Corte Suprema de Justicia, desde el Auto de 30 de enero de 2008 (radicación 28772) e invariablemente hasta hoy, en el sistema acusatorio colombiano puede exceptuarse la regla que restringe la impugnación de los fallos de instancia obtenidos anticipadamente, en algunos eventos específicos:

“cuando se trata de remover a través de los recursos alguna causa que produzca la afectación sustancial del debido proceso o la vulneración de las garantías fundamentales; problemática que, por lo general, es enmendable por vía de nulidad; y también es válida la impugnación por motivos diferentes, pero en todo caso ajenos al contenido de la conducta y la culpabilidad aceptadas, tales como el monto de la pena y las condiciones en que ha de cumplirse la misma.”

26. Con todo, en complemento a lo anterior, también de tiempo atrás, la Sala de Casación Penal (Sentencia de 30 de mayo de 2012, radicación 37668), advirtió que, de conformidad con el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, era excepcionalmente viable la retractación del allanamiento a cargos “hasta la audiencia de verificación de la legalidad del mismo realizada por el Juez de Conocimiento”.

Pareció entenderse por la comunidad jurídica que la retractación antes de que el Juez de Conocimiento verifique la legalidad del allanamiento a cargos era una potestad discrecional del implicado y no requería sustentación ni justificación alguna, pues operaría como una especie de simple arrepentimiento de haber admitido la responsabilidad penal.

27. No obstante, poco más adelante, a partir de la Sentencia de 13 de febrero de 2013 (radicación 39707), con relación al mencionado artículo 293, la Corte aclaró que, en todos los casos en los que se postula una retractación se:

“exige la fundamentación de dicha manifestación, sustento orientado a poner de presente que la aceptación no obedeció a un acto voluntario, libre o espontáneo o que fue producto de la violación de garantías fundamentales.

(...)

Será deber, por tanto, del acusado o de su defensor exponer fundamentadamente las razones de la retractación referidas, se repite, a los supuestos antedichos, tras lo cual corresponderá al juez de conocimiento tomar la decisión de rigor, ponderando los motivos alegados y los elementos probatorios aducidos para respaldar la solicitud.

(...)

Es necesaria, adicionalmente, como ya se dijo, una declaración judicial a partir del estudio de las circunstancias alegadas para sustentar el vicio que supuestamente afectó el consentimiento o erigió vulneración de garantías fundamentales, irregularidades constitutivas de nulidad procesal que, de concurrir alguna de ellas, obligaría al juzgador a

retrotraer la actuación para rehacerla con sujeción a la legalidad.”

28. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1195 de 2005, al declarar exequible el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, por los aspectos cuestionados en la demanda, expresó:

“una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia, como lo pretende el demandante”.

(...)

“En este orden de ideas, la garantía constitucional del derecho de defensa del imputado no puede traducirse en que la terminación anticipada del proceso en virtud de la aceptación de responsabilidad por parte de aquel, con o sin acuerdo con la Fiscalía, quede condicionada a nuevas manifestaciones de voluntad del mismo, de modo que la primera manifestación sería visiblemente precaria y a la postre el proceso no podría terminar anticipadamente, eliminando así la entidad y la utilidad de dicho mecanismo, que es esencial dentro del nuevo procedimiento, y contrariando también el principio de seguridad jurídica, de singular relevancia en un Estado de Derecho”

29. En el presente asunto, en lugar de un planteamiento tendiente a demostrar la vulneración de garantías fundamentales o la ausencia del estándar probatorio necesario para condenar anticipadamente vía allanamiento a cargos, el defensor dejó en evidencia una retractación pura y simple; pues, luego de proponer sus propios conceptos acerca de la estructura dogmática de la instigación a delinquir con fines terroristas, pretende que se revoque la sentencia emitida contra DANEIDY BARRERA ROJAS; y, en lugar de ello, que se le absuelva por dicha conducta.

30. En el caso bajo estudio, la Sala no observa trasgresión a los derechos y garantías de DANEIDY BARRERA ROJAS, en razón a la actuación surtida por el fiscal delegado, los jueces de garantías, el Ministerio Público y la defensa, en las audiencias celebradas los días 28 de noviembre y 10 de diciembre de 2019. Esto es, en la imputación de cargos y en la posterior, cuando la implicada, previa asesoría de su abogado de confianza, exteriorizó su decisión libre, consciente, voluntaria e informada de aceptar los cargos que le fueron endilgados; escenarios en los que quedó claro que recibió información detallada acerca de los beneficios, límites y consecuencias de la admisión de responsabilidad.

31. En la audiencia de formulación de imputación por las conductas de i) daño en bien ajeno agravado, ii) perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial y iii) instigación a delinquir con fines terroristas, los hechos jurídicamente relevantes fueron comunicados a DANEIDY BARRERA ROJAS con la exhibición y posterior explicación de los videos que denotan cada uno de los comportamientos desplegados por ella, y el contexto social alterado del momento en Bogotá y buena parte del país; con la descripción fáctica debidamente correlacionada con la adecuación normativa de los reatos endilgados.

32. Concretamente, respecto de la instigación a delinquir con fines terroristas, en la audiencia de imputación, la Fiscalía destacó:

“Estos hechos que usted acaba de ver y en los cuales participó... la siguiente conducta que usted comete es la instigación a delinquir... con fines terroristas, la pena será de ochenta meses a ciento ochenta meses de prisión...este cargo de instigación a delinquir, es porque usted a través de la red social estaba invitando a otras personas a que hicieran los mismos actos de destrucción que usted estaba realizando en la estación Molinos de Transmilenio, estaba incitando a otras personas a la comisión y decimos que es el inciso segundo del artículo 348 porque esos actos ya se pueden calificar con unos fines especiales como son fines terroristas toda vez, que como se le leyeron en los hechos se puso en zozobra se puso en terror a la población, poner en zozobra una persona es ponerla nerviosa, ponerla intranquila, mirar que esta persona no puede tranquilamente tomar su transporte, generar todo el caos que se estaba generando en el país, especialmente en la ciudad de Bogotá con esas invitaciones a través de esa red, siendo que usted es una figura pública como influencer que tiene importantes personas que hacen seguimiento a través de su cuenta de Facebook para invitarlos a realizar esas mismas acciones que como vimos en el contexto se estaban generando en varios desmanes dentro del país..., por esa razón este es el segundo cargo que le presenta la Fiscalía General de la Nación en concurso, que significa en concurso, significa que usted con una conducta o varias conductas puede infringir varias disposiciones de la ley penal, es decir, cometer varios delitos, éstos delitos, tanto la instigación a delinquir, como el artículo 353 la Fiscalía se los imputa bajo una modalidad dolosa, que significa eso?, significa que usted tiene conocimiento de que eso es un delito y sin embargo, con su propia voluntad quiso la realización. ¿Y a título de qué, la Fiscalía le imputa estos delitos, estos dos delitos? A título de autor...sin embargo, también hay que señalarle que hay una circunstancia genérica de agravación punitiva que es la establecida en el artículo 58 del Código Penal numeral 17 cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos,

electrónicos o telemáticos, usted utilizó medios informáticos, como es la red social Facebook a través del celular...”9.

33. Luego, el fiscal le esbozó la posibilidad de ir a juicio y ejercer su derecho de contradicción con sus consecuencias; y el mismo delegado le explicó a la implicada prolíficamente que podía “allanarse y que allanarse es declararse culpable por los cargos” (sic) y que, en el evento de admisión de responsabilidad, accedería a una rebaja de hasta el 50% de las penas; que el juez, al fijar la sanción, partiría del punible de mayor entidad; es decir, de instigación a delinquir con fines terroristas; y le explicó la punibilidad de esta conducta.¹⁰

34. A su vez, en la audiencia de imputación, el titular del Juzgado 19 Penal Municipal con Función de Control de Garantías: i) verificó la comprensión por DANEIDY BARRERA ROJAS de los hechos y delitos endilgados, ii) profundizó en los beneficios y consecuencias del acogimiento a cargos, iii) fue explícito en que para este caso las sanciones son de prisión y multa¹¹, iv) constató la asesoría previa de la defensora respecto a los efectos de asentar; y, finalmente, v) le preguntó si admitía o rechazaba total o parcialmente aquellos cargos.

En esa primera ocasión, DANEIDY BARRERA ROJAS contestó que no aceptaba su responsabilidad.

35. El 10 de diciembre de 2019, ante el Juzgado 73 Penal Municipal con Función de

Control de Garantías de Bogotá, después de verbalizar una postulación de la Fiscalía relacionada con la medida de aseguramiento no privativa de la libertad, la defensa anunció que la procesada había tomado de decisión de allanarse a todos los cargos.

En esta ocasión, el fiscal delegado, a petición de la jueza de garantías, reiteró la situación fáctica y la calificación jurídica, los beneficios y consecuencias del allanamiento integral a los cargos imputados.

Entonces, la funcionaria judicial corroboró que la señora BARRERA ROJAS sí estaba debidamente informada, acorde con las exigencias procesales; y, para mayor garantía, concedió un receso a fin de que dialogara nuevamente con su defensor y, al reanudar, constató que ella no estaba bajo el efecto de sustancias alcohólicas o estupefacientes y que recibió asesoría profesional idónea.

Finalmente, la implicada se acogió a los cargos formulados en su contra; y, de viva voz, aseguró que sí comprendía los alcances de su decisión.

36. Tal síntesis de lo ocurrido conlleva ratificar que la imputación cumplió con los presupuestos normativos. La información fue clara al fijar los hechos jurídicamente relevantes; la implicada fue informada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cada conducta punible; conoció en la audiencia los elementos con los cuales la Fiscalía estimó acreditada la materialidad de las conductas y la autoría predicada de ella; se le informaron

las penas a que se veía expuesta, entre ellas la privativa de la libertad en establecimiento carcelario; los beneficios en compensación, y todas las consecuencias procesales y materiales de admitir la responsabilidad por vía de allanamiento.

37. En la audiencia de verificación que se realizó en el Juzgado de Conocimiento, se revisó nuevamente cada uno de los anteriores componentes de la imputación y el allanamiento a cargos; y en la revisión integral, se constata una vez más que en ningún momento se ofreció a la implicada a cambio de su aceptación de responsabilidad, un beneficio consistente en la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, ni la sustitución del confinamiento en establecimiento carcelario por la prisión domiciliaria; precisamente, por su inviabilidad frente al delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

38. Por demás, cuando se acusa la violación del derecho a la defensa técnica, es insuficiente censurar, sin soporte real ni evidencia procesal, la estrategia del anterior abogado. Un reproche de tal naturaleza debe incluir la verificación de los principios que gravitan en torno de las nulidades; de modo que la protesta no quede reducida al planteamiento de una alternativa defensiva distinta o “mejor”, que en el fondo encubre una especie inadmisible de retractación.

39. En aquel contexto, contrario a lo sugerido por el actual defensor, ninguna irregularidad fue cometida ni se observa en la gestión de los funcionarios judiciales o de los profesionales del derecho que asistieron a la implicada en la imputación y en la audiencia donde se allanó a cargos.

40. En consecuencia, no tiene vocación de prosperidad la pretensión de nulidad postulada en sede de la impugnación especial por el nuevo defensor.

Libertad de expresión, derecho a la protesta y sus límites normativos

41. La Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 13 establece el derecho a la libertad de expresión, con clara connotación de no ser absoluto, sino que, en especiales circunstancias, puede ser restringido, como sucede cuando se utiliza para generar violencia o conspirar contra el orden público:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

(...)

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

42. En armonía con ese instrumento internacional, el artículo 20 de la [Constitución Política](#) garantiza la libertad de expresión. De acuerdo con esa disposición, toda persona tiene:

“libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.

El mencionado precepto también dispone como modalidad de aquella prerrogativa, la facultad que tiene “el pueblo” para:

“reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”.¹²

Por su parte, el artículo 21 ibídem dispone que “La paz es un derecho y un deber de

obligatorio cumplimiento”; y el numeral 1° del artículo 95 erige en deber de toda persona “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

De ahí que la libertad de expresión no es absoluta y deja de ser lícita cuando a través de ella se propaga la violencia destructiva de bienes jurídicos personales o de uso público, entre otros.

43. La Relatoría Especial para Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la protesta social y la posibilidad de fijar límites al ejercicio de esa prerrogativa por parte de los Estados, indicó:

1. La protesta es una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo.

(...)

12. La CIDH también reconoce en este informe que, cualquiera sea la modalidad de la protesta, los instrumentos interamericanos establecen que el derecho de reunión debe ejercerse de manera pacífica y sin armas. En el mismo sentido, la Comisión reconoce que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar actos de violencia,

garantizar la seguridad de las personas y el orden público.

(...)

82. La Comisión reconoce que los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar actos de violencia, garantizar la seguridad de las personas -incluidos los manifestantes- y mantener el orden público. El accionar violento de manifestantes o de terceros que pongan en riesgo cierto la vida o la integridad física de personas que participan o no de la protesta obliga al Estado a realizar las acciones proporcionadas para prevenir y evitar estos hechos, limitando el derecho a la protesta de los autores de los hechos de violencia. 13

44. Respecto de los límites al derecho a la protesta, la Corte Constitucional en sentencia C-223 de 2017, acotó:

“El artículo 37 de la [Constitución Política](#) de 1991 consagra un límite intrínseco a los derechos de reunión, manifestación y protesta. Él consiste en que estos derechos deben ejercerse de manera pacífica. Por pacífica, a su vez, deben entenderse dos cosas.

Por una parte, el Derecho constitucional comparado sostiene que el ámbito material de protección del derecho a la reunión, la manifestación y la protesta excluye cualquier uso de armas durante el ejercicio de estos derechos -Waffenlosigkeit¹⁴-.

(...)

De acuerdo al artículo 37 oración primera de la Constitución Política de Colombia, estos

derechos pueden ejercerse de forma pública y pacífica. Como se sostuvo anteriormente, por pacífico se entiende no sólo la realización de reuniones, manifestaciones o protestas sin porte de armas, sino también sin tener la finalidad de promover la alteración violenta o el desconocimiento del Estado de derecho. Bajo estos supuestos generales, podría decirse que el ejercicio de estos derechos implica, necesariamente, el respeto de los principios esenciales de la Constitución Política de Colombia. Por tanto, no podría existir una reunión, manifestación o protesta, cuyo objeto sea la promoción del discurso de odio -racismo, xenofobia, homofobia, antisemitismo, entre otros- o de apologías intolerables -apología al delito, apología al genocidio, apología al terrorismo, entre otros-, los cuales son considerados en el Derecho como tipos penales¹⁵. Asimismo, podría decirse que no podrían realizarse reuniones, manifestaciones o protestas, cuyo objeto sea la incitación a la violencia o a la afectación de derechos, tales como la propiedad, la integridad, entre otros¹⁶.

(...)

De esta manera, es admisible todo límite a este derecho fundamental, siempre que con el ejercicio de este derecho se afecte gravemente el orden público haciendo que éste deje de ser pacífico.”

Más adelante la Sala pondrá énfasis en que la expresión violenta, dañina o destructiva a través de las redes de comunicación social con tecnología digital, también está proscrita en los ámbitos nacional e internacional y puede generar responsabilidad en distintas especialidades de la normatividad jurídica.

45. Es claro, entonces, que DANEIDY BARRERA ROJAS actuó por fuera del marco normativo que permite la protesta social, dado que el actuar de ninguna manera fue pacífico,

sino que, por el contrario, fue violento y destructivo: utilizó como arma contundente un martillo para arruinar la estación Molinos de Transmilenio y ocasionó severos daños, que obstaculizaron seriamente el transporte público, y, en similar forma, arremetió contra la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Tunjuelito (Bogotá D.C.).

Para la Sala, el derecho a la libertad de expresión conlleva varias posibilidades de ejercicio, entre ellos, la protesta o manifestación pública, la cual, en esencia, es disruptiva de la cotidianidad, procura llamar la atención de la ciudadanía y los entes estatales, para que respondan al inconformismo de los manifestantes.

Estos mecanismos usualmente se efectúan en el espacio público y pueden producir molestias a las entidades y a las personas no participantes. Sin embargo, no se acepta el uso de armas y acudir a la violencia como medios de coerción, dado que, cuando se traspasan esos límites, los reclamantes pueden incurrir en comportamientos que habilitan la intervención del aparato punitivo del Estado, en tanto le corresponde la finalidad de “asegurar la convivencia pacífica”.¹⁷

46. Por consiguiente, el uso de armas, la destrucción de bienes públicos o privados, la violencia desplegada contra personas ajenas a las protestas, la invitación a imitar comportamientos irregulares y cualquier otra actuación que desconozca esos linderos, afectan la legitimidad de la movilización; y pueden dar lugar a la intervención de la fuerza pública y a la judicialización de quienes desarrollen conductas punibles, precisamente, como ocurrió en el presente asunto.

Del delito de instigación a delinquir cometido a través de las redes sociales

47. La defensa, en su impugnación contra el fallo de segunda instancia, dirigió su disenso a la falta de acreditación del delito de instigación a delinquir, pues, en su criterio, no fue demostrado con el estándar probatorio que se exige en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 (control judicial de la mínima prueba), cuando el implicado se allana a los cargos.

De otra parte, agregó que, de estimarse superado ese umbral, de ninguna manera se demostró que DANEIDY BARRERA ROJAS hubiese actuado con la finalidad de propagar acciones terroristas contra la población ni sus bienes.

48. Los hechos ocurrieron el 22 de noviembre de 2019, cuando regía el artículo 348 (instigación a delinquir) del Código Penal, Ley 599 de 2000¹⁸, que establecía:

“El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa.

Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios

mínimos mensuales legales vigentes.” (Se destaca).

49. Sobre los elementos de la instigación a delinquir, la Sala de Casación Penal, en providencia (AP4132-2015 radicación 44264) expresó:

“Este punible fue instituido, en términos generales, con el propósito de sancionar a quien promueve de forma pública e inequívoca la realización de conductas sancionadas penalmente.

Cualquier persona puede intervenir como sujeto activo, dado que la descripción comportamental no exige de él ningún condicionamiento.

La conducta se contrae a instigar pública y directamente a otro o a otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos. Instigar es incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo.

La provocación debe ser pública, a través de un medio de difusión o propagación, en reuniones que por el número de asistentes o atendiendo a sus propósitos no tengan carácter privado. Público es lo que se realiza a través de la prensa, la radio o cualquier otro medio idóneo para irradiar el pensamiento en lugares públicos y en presencia de varias personas.

El acto de instigar puede adoptar diversas formas. Es fundamental que contenga la voluntad de provocar. Se puede encontrar en discursos, frases de escritos o impresos, transmisiones radiotelefónicas, representaciones teatrales y cinematográficas, y hasta en actos de silencio cuyo sentido resulte claro por las circunstancias de lugar y tiempo¹⁹.

Debe ser directo, por lo tanto, dirigirse sin lugar a dudas a suscitar en los receptores la

intención de ejecutar una conducta tipificada en la ley como punible. No basta hablar en general por ejemplo de un robo sino que es preciso azuzar la comisión de cierto robo o determinados hurtos.

Con esta condición el legislador busca impedir el castigo de la simple opinión o apreciación del autor, y garantizar que el reproche recaiga únicamente sobre comportamientos que inequívocamente inciten a un conglomerado a la realización de hechos descritos como delictivos²⁰.

(...)

No es posible imaginar la excitación de un hecho determinado sin individualizar en cierta medida a las personas o instituciones contra las cuales se incita proceder²¹.

Tiene que señalar, además, a la persona o institución contra quien se dirigen los hechos. Es necesaria cierta indeterminación en los destinatarios de la idea en la medida suficiente para excluir el nexo psicológico directo entre el instigador y el instigado. La instigación hecha pública a una persona determinada puede pasar a ser una forma de participación²².

Como se aprecia, la invitación a cometer un delito debe derivar clara e inequívocamente de las palabras empleadas o estampadas, o de otros medios de comunicación utilizados por el sujeto activo, y ha de referirse a los hechos constitutivos del tipo.

50. Adicionalmente, la provocación tiene que ser grave y seria. Exhibir capacidad e idoneidad para estimular la intención del actuar criminal; dado que esta conducta se reprime en función de la perturbación pública que de ella deriva y del riesgo que el punible instigado

se cometa. Debe reflejar aptitud y la persuasión suficiente para avivar en los destinatarios la decisión de ejecutar la conducta.

Claro está, no es necesario que el delito incitado se cometa, porque la instigación a delinquir es un punible de mera conducta y no de resultado.

51. De otro lado, a través de las redes sociales como Facebook y YouTube se procura la reproducción y propagación del contenido de interés del titular, ojalá hasta llegar a la “viralización” de los mensajes; que generan en los receptores diferentes reacciones, dependiendo de la aceptación e influencia del autor. Por ello, la importancia de la responsabilidad con la que se emplean esos recursos tecnológicos y las consecuencias de quienes, sin reparos, los utilizan para la propagación de asuntos ilícitos.

Dichos medios, utilizados por DANEIDY BARRERA ROJAS, son instrumentos con plena aptitud para la difusión masiva de haceres y pensamientos promotores de pautas comportamentales. Por su conducto, una figura pública como ella, bien puede establecer relaciones con sus seguidores, con quienes comparte en forma inmediata material de su elección, fotos, videos, documentos, etc.

52. La Fiscalía probó adecuadamente que DANEIDY BARRERA ROJAS, en sus canales de difusión masiva o redes sociales de las plataformas de YouTube y Facebook, lideraba espacios virtuales bajo los seudónimos de “Chamita Cheer” o “Epa Colombia”, y contaba

para la época de los hechos con más de cuatro millones de seguidores. En ellos difundió videos captados el 22 de noviembre de 2019 (día de los hechos) aproximadamente a las 15:00 horas, donde ella misma se observa realizando estas acciones:

i) Inicialmente, con su rostro cubierto con una capucha y después sin ella, en la estación Molinos del sistema Transmilenio, con un martillo destruye las puertas de vidrio, el dispositivo de lectura de tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso a la estación.

ii) Al mismo tiempo, expresó lo siguiente:

“Sé que me van a criticar porque siempre miran lo malo mío, nunca miran lo bueno, pero bueno, mientras algunos están saqueando los negocios que pueden ser de su mamá, de su papá, o de algún familiar, yo estaba destruyendo lo que era del Estado, sé que tampoco está bien hecho, pero esa es una de las formas en las que el pueblo se puede manifestar, sin pasar desapercibido, este video tal vez lo van a volver viral, (...) amiga yo que se tal vez alguna de sus familias que trabajan en el Estado tienen que recoger esto, pero saben qué, el Estado tiene que invertir millones, millones de los que nos roban a nosotros para recuperar todo lo que estamos dañando” (Se destaca).

iii) En un segundo video, se exhibió participando en la destrucción de la Unidad de Reacción Inmediata URI de Tunjuelito, en compañía de un numeroso grupo de personas; y

mientras realizaba un grafiti que decía “DUQUE HP” (sic).

53. Haciendo eco de lo decidido por la Jueza A-quo en la absolución de primera instancia, la defensa ha sostenido que el video en el que DANEIDY BARRERA ROJAS se muestra destruyendo la estación de Transmilenio, fue difundido por ella en sus redes sociales con el fin de conseguir más “likes” y se viralizara para luego monetizar; lo cual indica que sólo perseguía fines económicos.

La Sala no acoge tal visión, que trivializa el asunto, dado que lo desliga por completo del contexto (estallido social, vandalismo, violencia callejera en Bogotá y otras ciudades, paro nacional, etc.).

53.1 El supuesto propósito, dirigido exclusivamente a incrementar sus ingresos, no está soportado en las evidencias ni elementos incorporados; y no fue mencionado por la implicada ni su defensa en alguna de las intervenciones cuando aceptó los cargos. Se trató, entonces, de una conclusión por entero subjetiva plasmada en la sentencia de primera instancia, que fue retomada en la impugnación especial por el defensor, sin dimanar precisamente de un análisis jurídico o probatorio.

53.2 Aún si el propósito de la instigación se hubiese centrado en la obtención de beneficios económicos, en las singularidades de este caso, ello no excluye que para lograrlo se haya estimulado a los seguidores de las redes sociales a delinquir .

En pluralidad de eventos delictuales es posible que el perpetrador material sólo actúe a cambio de dinero, muchas veces ni siquiera conoce a la víctima, no participa de alguna ideología, no propugna por un credo religioso ni se identifica con alguna tendencia política. No obstante, el delito consumado se le endilga a título de autor.

En idéntico sentido, como la conducta promovida incluyó que los destinatarios desarrollaran comportamientos destructivos (de bienes de interés estatal y medios de transporte público), con capacidad para generar zozobra y temor, a la implicada le son atribuibles los fines terroristas de aquella instigación, como más adelante se detallará.

53.3 Cabe recordar que el componente doloso de la conducta no se predica exclusivamente a partir de lo que estaba pensando o se imaginaba el autor (atribución psicológica). Además de ello, la afirmación del dolo también se puede efectuar judicialmente por inferencias y deducciones racionales con base en los hechos indicadores (atribución jurídica).

De no ser así, se retornaría a la postura de antiguas discusiones, ya superadas, donde algunos intérpretes parecían sugerir que para verificar el dolo era necesario leer la mente o ingresar a la psiquis del autor.

54. Desde otra arista, se observa que se ignoraron, por ejemplo, las entrevistas de los

guardas de seguridad de la estación atacada, Alfonso Badillo Sánchez²³ y Jairo Alexander Castillo Galvis²⁴.

En la descripción comportamental de la procesada, el último refirió que “EPA COLOMBIA estaba como incitando al resto de gente a dañar la estación”, descripción que refleja lo realmente ocurrido, porque en modo evidente, DANEIDY BARRERA ROJAS procedió de esa manera y divulgó sus mensajes visuales y con su propio lenguaje dirigidos a que sus seguidores hicieran lo mismo que ella.

55. Tal aserto, porque la procesada de manera consciente y voluntaria, incitó a sus más de cuatro millones de seguidores a imitarla en la ejecución de similares conductas (delictivas), al punto de afirmar que lo que estaban viendo es: “una de las formas en las que el pueblo se puede manifestar”.

Además, procuró “justificar” ante sus seguidores aquella destrucción, al decir que, para restaurar los bienes vandalizados: “el Estado tiene que invertir millones, millones de los que nos roban”.

56. No hay lugar para la duda. El lenguaje verbal y corporal de DANEIDY BARRERA ROJAS fue apto para transmitir la idea a los seguidores, de ejecutar daños contra los bienes públicos; esto es, cometer delitos, como medio de protesta contra las políticas estatales. Actuación incompatible con la garantía a la protesta social.

57. Por lo anterior, la Sala confirmará la primera condena contra la implicada, por el delito de instigación a delinquir.

Los fines terroristas de la instigación a delinquir desplegada por DANEIDY BARRERA ROJAS, a través de sus redes sociales

58. Tampoco le asiste razón al defensor en cuanto en su impugnación especial parece sugerir que la Fiscalía no allegó un principio de prueba idónea para demostrar que la procesada, al actuar como lo hizo, albergó en su voluntad consciente la idea de promocionar acciones terroristas; y que, por ende, fueron indebidas la aceptación de ese cargo y la condena por el delito de instigación a delinquir, agravado por haberse cometido con fines terroristas.

59. Pese a que ya se descartó que en el sometimiento a la justicia por allanamiento se hubiesen vulnerado garantías fundamentales de la implicada, no existe perplejidad ni espacio para la duda acerca de los fines terroristas que exhibió DANEIDY BARRERA ROJAS, cuando desplegó su instigación a delinquir.

60. Incurre en el delito de terrorismo:

“El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión.... sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.” (Se destaca). (artículo 343 Código Penal, Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 890 de 2004).

La Sala de Casación Penal, en Sentencia SP-13290 de 10 de octubre de 2014 (rad. 40401), explicó lo siguiente sobre el delito de terrorismo:

La zozobra corresponde a una situación de intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego, mientras que el terror alude al miedo, pánico, temor, pavor o susto; sobra señalar que sin la acreditación de tales circunstancias no podrá tenerse por configurada la tipicidad del delito en comento.

61. La implicada utilizó medios capaces de causar estragos (y los causó) sobre la Estación Molinos de Transmilenio y la URI de Tunjuelito y afectó seriamente el medio de transporte público; sin embargo, no fue imputada ni acusada por el punible de terrorismo.

Tal determinación del Fiscal delegado, consistente en no incluir el punible de terrorismo, no significa que, entonces, tampoco podía imputar los fines terroristas de la instigación a delinquir.

Lo cierto es que, por mandato del artículo 250 de la Constitución Política, la imputación y la acusación son actos de parte radicados en la Fiscalía General de la Nación; en cuya confección no participa el juez “sugiriendo ni señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación, la cual es controlada y dirigida por el fiscal.” (Auto de 6 de mayo de 2009, radicación 31538).

Ello es así, al punto que la Sala de Casación Penal no puede ahora alterar la original imputación jurídica porque, de hacerlo, generaría reformatio in pejus, desde luego, adversa a los intereses de la defensa, que fue apelante único.

62. El terrorismo y la instigación a delinquir con fines terroristas son conductas autónomas, las cuales, en las singularidades de cada evento, podrían concursar entre sí e inclusive concurrir con otros delitos que resultaren perpetrados, tales como lesiones, homicidios, daños, etc.

Los fines terroristas, que agravan la instigación a delinquir, se pueden atribuir cuando el discurso y/o el actuar del implicado en dicha instigación tenga potencialidad y probabilidad de incidir en los destinatarios directos o indirectos de aquella provocación, sin que sea indispensable comprobar que posteriormente algunas personas concretas instigadas efectivamente incurrieron en acciones terroristas.

63. DANEIDY BARRERA ROJAS, con su desarrollo comportamental, expresión verbal, gesticulación y actuación, instigó a que se cometieran delitos similares a los que estaba cometiendo, o relacionados con éstos. Y, dadas las características particulares de ella (afamada influencer), como se verá, es palmario que existía alta probabilidad de que otras personas replicaran esas conductas que, a su vez, generaran terror y zozobra.

Sus expresiones físicas y verbales, en las filmaciones que divulgó, dejan ver en tiempo real el ejercicio de una manera delictiva (dañina, destructiva) de protestar contra el “Estado”. Todo, con el inequívoco entendimiento, declarado al público con sus propias palabras en el mismo video, de estos aspectos: i) que eso estaba mal hecho, ii) que, aún así, es una forma en que el pueblo puede manifestarse sin pasar desapercibido; y iii) que iba a costar mucho dinero reparar los bienes destruidos.

64. No se trató de la publicación de un mensaje simple o cotidiano, de aquellos que trasmite un usuario corriente de las redes sociales sobre variedades y en tiempos de normalidad.

En lugar de ello, para el 22 de noviembre de 2019 (fecha de los hechos) el orden público de Colombia estaba afectado por una serie de sucesos desarrollados en torno de lo que se llamó “estallido social” o “paro nacional”, hecho notorio sobre el cual diariamente los medios de comunicación informaban sobre las crisis desatadas en diversas ciudades del país.²⁵

65. DANEIDY BARRERA ROJAS era ya una reconocida influencer o youtuber, con millones de seguidores; y los mensajes audiovisuales por ella transmitidos ese día tenían un contenido explícitamente violento, destructivo, agitador e instigador; como de ello bien podía cerciorarse un observador objetivo.

Ciertamente, además de mostrarse devastando partes esenciales de la Estación Molinos de Transmilenio y de la URI de Tunjuelito, con otras personas, ella afirmó por sus redes sociales que, aún cuando destruir bienes del Estado “tampoco está bien hecho...esa es una de las formas en los que el pueblo se puede manifestar, sin pasar desapercibido.”

66. En aquellas condiciones, ningún déficit se detecta en la verificación efectuada por los jueces de Control de Garantías y de Conocimiento sobre el allanamiento integral a los cargos imputados, que incluyó, por supuesto, la instigación a delinquir con fines terroristas.

Y, como la Fiscalía aportó adecuadamente aquellos videos, es palmario que para emitir la sentencia condenatoria en el proceso abreviado por allanamiento a cargos también se rebasaba con suficiencia aquel “mínimo de prueba que permitan inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”, exigido en el inciso 2° del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004).

67. No debe perderse de vista que, de conformidad con el artículo 343 del Código Penal, algunas de las formas de incurrir en el delito de terrorismo consisten en provocar o mantener

en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella; entre otros, a través de actos que pongan en peligro la integridad de las edificaciones o medios de transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos.

Actos semejantes fueron desplegados por la implicada, quien invitó al pueblo a que se manifestara de similar manera; esto es, la instigación no sólo fue a vandalizar a cambio de nada, porque sí, ni como un propósito que se agotara en sí mismo. En lugar de ello, trascendió hasta los fines terroristas, porque incluyó que en los destinatarios pudiesen generar zozobra, intranquilidad, inquietud, aflicción, angustia, desazón, incertidumbre o desasosiego; y también aterrorizar, generar miedo, pánico, temor, pavor o susto.

68. Particularmente, refulge la consciencia actual de la antijuridicidad, pues la influencer expresó ante la ciudadanía (millones de seguidores y otros que accedieran a la información después de viralizarse) que destruir bienes del Estado “tampoco está bien hecho”; y, a pesar de tal comprensión invitó a que los receptores sigan su ejemplo: “esa es una de las formas en los que el pueblo se puede manifestar, sin pasar desapercibido”.

69. Cuando se trata de mensajes difundidos por los medios de comunicación, entre ellos las redes sociales, las calidades y cualidades del emisor son importantes a la hora de medir el alcance del impacto que podrían tener las publicaciones o mensajes que difunda en la actividad de youtuber o influencer. Por ejemplo, su fama, su credibilidad, la fidelidad de los seguidores y el número de ellos; y la probabilidad de que el contenido creado y publicado tenga acogida según la situación actual de la región o comunidad a la cual se dirigen.

70. Se observa claro, entonces, que la difusión por redes de comunicación masiva de mensajes incitadores a la violencia y la destrucción del sistema de transporte público, por parte de la popular influencer “EPA Colombia”, a sus seguidores, ubicados en distintos lugares del país, en ese tiempo conmocionado por el “estallido social”, con la sugerencia de que actuaran de la misma manera que ella, tenía plena idoneidad para instigar a delinquir a través de conductas constitutivas de terrorismo.

71. La Corte Constitucional se ha referido en diversas oportunidades a los límites y restricciones que puede tener el derecho a la libertad de expresión, cuando a través de las redes sociales y los medios que facilita la tecnología actual se promueve o se incita a la violencia y a causar daño a las personas y a los bienes. (Sentencias T-391 de 2007, C-592 de 2012, T-543 de 2017, T-155 de 2019 y SU-355 de 2019).

Se destacan los siguientes pronunciamientos, más recientes, donde se condensan algunas de esas reflexiones:

i. Sentencia SU420 de 2019:

“En consecuencia, lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites por lo que algunas publicaciones no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran. Así, se activa un límite a la libertad de expresión cuando lo divulgado no se

identifica con un fin constitucional legítimo, ni siquiera contribuye a un debate en específico, sino simplemente conlleva una intención dañina o insultante respecto del hecho que se quiere comunicar.”

ii. Sentencia T-203 de 2022:

“En el acápite de seguridad, Twitter prohíbe “hacer amenazas violentas contra una persona o grupo de personas”, glorificar la violencia, fomentar el terrorismo o el extremismo violento; y declara la existencia de una política de “tolerancia cero” “Prohíbe, en fin, la utilización del servicio para propósitos ilegales o actividades ilegales.” (Se destaca).

iii. Sentencia T-561 de 2023:

“En efecto, la red social Instagram cuenta con “normas comunitarias”²⁶, en las cuales, entre otras, se prohíbe: (i).... (iv) compartir contenido relacionado con el terrorismo, el crimen organizado o grupos que fomentan el odio...

(...)

Con todo, la Corte ha indicado que existen discursos que se encuentran sujetos a una prohibición manifiesta en la legislación nacional e internacional vigente y que, por lo tanto, deben ser materia de una lectura restringida y estricta, entre los que se incluyen: la pornografía infantil, la incitación al genocidio, la propaganda de la guerra, la apología del odio que constituya incitación a la violencia y la incitación al terrorismo” (Se destaca)

72. El tema del uso de las plataformas virtuales para la promoción de la violencia o de actividades ilícitas es tan preocupante, que los proveedores de esos medios directamente se han expresado al respecto y difundido reglas de comportamiento claras para restringir esas formas de expresión.

Por ejemplo, las plataformas Instagram, Threads, Facebook y Messenger generaron unas “normas comunitarias” con el fin de insistir en que las redes sociales no pueden ser utilizadas para promover violencia, discriminación ni terrorismo.²⁷

“En Instagram, no se aceptan actividades ni personas que apoyen o elogien el terrorismo, el crimen organizado o grupos que promuevan el odio.

(...)

No se permiten amenazas graves para la seguridad pública y personal. Estas amenazas incluyen amenazas específicas contra la integridad física y amenazas de robo, vandalismo y otros perjuicios financieros.”

73. En el anterior contexto, el 22 de noviembre de 2019, cuando Colombia estaba bastante alterada por el “estallido social”, la influencer y youtuber DANEIDY BARRERA ROJAS, conocía todas las situaciones que tornaban obligatorio autorregular sus expresiones en las redes sociales y, a pesar de todo su conocimiento específico, dio rienda suelta a su comportamiento violento y, avanzó hasta la instigación a otros a que replicaran su designio destructivo, sobre bienes de uso público y afectación del transporte masivo, siendo por entero

previsible y altamente probable que otras personas hicieran lo mismo hasta acrecentar los niveles de zozobra y temor en la ciudadanía.

74. Así las cosas, contrario a lo indicado en el fallo absolutorio de primera instancia, en el presente asunto la Fiscalía sí aportó evidencias con entidad para demostrar la probabilidad razonable de que la persuasión desplegada por la influencer sí podía mover a los destinatarios a desplegar acciones vandálicas contra el transporte público masivo, sus instalaciones y otras edificaciones de las autoridades institucionales.

75. Por lo mismo, la transmisión de los videos tenía más que un propósito económico, ya que a mayor número de reproducciones (“viralización”) la autora obtenía mayores ingresos. En realidad, la implicada no sólo quería que sus seguidores la vieran; pues lo cierto es que también los invitó a que ellos se manifestaran de la misma manera; y, si bien, dada la terminación anticipada del proceso, no se adelantó juicio oral para probar si algunos afines a “EPA Colombia” replicaron su comportamiento destructivo, tal baremo probatorio no deviene exigible, máxime que la instigación a delinquir con fines terroristas no exige una relación de causalidad semejante.

76. Es correcta, en cambio, la afirmación del Tribunal Superior de Bogotá, con relación a que los fines terroristas de la instigación a delinquir se analizan prevalentemente desde la probabilidad de que sea efectiva la estimulación a cometer de ese tipo de actividades al margen de la ley, a partir de las calidades del instigador, el contenido de los mensajes difundidos y la idoneidad de los medios utilizados para que tales pretensiones lleguen a los destinatarios.

77. Así mismo, es atinada la postura del Ad-quem en cuanto sostiene que la atribución de la conducta de instigación a delinquir con fines terroristas no presupone constar previamente la eficacia de esa instigación, en el sentido de acreditar que la motivación a cometer punibles fue tan efectiva que a consecuencia de ella los receptores de la instigación realmente sometieron a un sector de la ciudadanía a estados de zozobra y temor, o que ciertamente algunas personas fueron violentadas o se atacaron bienes públicos o servicios públicos o privados.

78. Es preciso no confundir los institutos jurídicos que aluden a la concurrencia de personas en la realización de la conducta punible; pues, por previsión del artículo 28 del Código Penal (Ley 599 de 2000), sólo concurren en la realización los autores y los partícipes.

En cuanto ahora interesa, es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Y coautores, los que mediando un acuerdo común actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. Todos ellos se sancionan con la pena prevista para la conducta punible. (Artículo 29 ibídem).

Son partícipes el determinador y el cómplice. El determinador incurre en la pena prevista para la infracción. Es cómplice quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma; y será sancionado con la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad. (Artículo 30 ibídem).

Es instigador, el que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos. El instigador se sanciona con multa, salvo cuando la motivación o impulso para que otros delincan se refiere a genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, caso en el cual la pena será de prisión. (Artículo 348 ibídem).

79. Debe existir una clara relación de causalidad entre la actuación del determinador y la efectiva realización del punible por parte del autor determinado.

Para materializar la instigación, en cambio, es necesario que los actos de incitación o persuasión a delinquir tengan razonable probabilidad y potencialidad en las circunstancias específicas para que los receptores puedan ser movidos a cometer los delitos sugeridos.

De ahí que, en el caso que se analiza, para la concreción dogmática de la instigación a delinquir con fines terroristas (que es de conducta y no de resultado) no es correcto exigir que los seguidores de la influencer hayan realizado conductas terroristas, ni la pretendida relación de causalidad entre esa invitación y lo realmente ejecutado por los instigados.

80. En síntesis, en el ámbito de la garantía de doble conformidad, se confirmará la sentencia condenatoria, también en lo atinente a la conducta de instigación a delinquir con fines terroristas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar íntegramente el fallo proferido el cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021) por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que, por primera vez, condenó a DANEIDY BARRERA ROJAS como responsable del punible de instigación a delinquir con fines terroristas.

SEGUNDO: En consecuencia, ratificar que DANEIDY BARRERA ROJAS queda condenada como autora del concurso de delitos integrado por i) daño en bien ajeno agravado, ii) perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial y iii) instigación a delinquir con fines terroristas, a sesenta y tres (63) meses y quince (15) días de prisión y al pago de multa por el equivalente a cuatrocientos noventa y dos punto veinticuatro (492.24) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el mismo término de la privación de la libertad quedan dosificadas las penas accesorias consistentes en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, e inhabilitación para el ejercicio del oficio de influencer o youtuber.

TERCERO: Ratificar la negación a DANEIDY BARRERA ROJAS de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

CUARTO: Disponer la captura inmediata de DANEIDY BARRERA ROJAS.

Contra el presente fallo no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Salvamento parcial de voto

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DE LA MAGISTRADA MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

A LA SENTENCIA DE IMPUGNACIÓN ESPECIAL

SP022-2025, rad. 60580

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, a continuación expreso las razones que llevaron a apartarme parcialmente de la mayoría.

1. Comparto que no había lugar a declarar la nulidad por vicios del consentimiento en el trámite de aceptación de cargos de la acusada, pues no se acreditaron vulneraciones al derecho de defensa. Obviamente, coincido también en que los daños a una de las estaciones del sistema de transporte público Transmilenio, causados por la procesada, no pueden constituir, de ningún modo, una forma legítima de protesta social, por haber incursionado en el terreno de la violencia contra bienes públicos. Estimo acertado, por lo tanto, la condena por daño en bien ajeno, instigación al delito y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. En cambio, considero que la calificación jurídica de la referida conducta y la condena por instigación con fines terroristas constituye un error manifiesto.

2. La aludida tipificación infringe los principios de estricta tipicidad y debido proceso. En este

sentido, como lo prevé el precedente vigente (ver SP14191-2016, rad. 45.594; SP1289-2021, rad. 54691 y SP2442-2021, rad. 53.183), la Sala debió intervenir para reestablecer la legalidad menoscabada con la sentencia de segunda instancia. El fallo del que me aparto parcialmente distorsiona la estructura dogmática del delito de terrorismo y convierte típicas acciones de vandalismo, en actos terroristas. Con ello, desfigura los alcances del crimen contra la seguridad pública, que tiene unas específicas connotaciones, y, por esa vía, adopta una decisión antitécnica y desproporcionada.

3. La instigación a cometer delitos consiste en la inducción, incitación o en promover pública e inequívocamente la ejecución de una conducta punible o un género de conductas punibles. Por lo tanto, cuando se instiga a cometer actos terroristas, conforme el artículo 343 del Código Penal, (i) el agente debe determinar a otros a generar zozobra, pánico o temor en la población o parte de ella; (ii) con actos que pongan en peligro la vida, la integridad física, la libertad, las edificaciones o medios de comunicación; y (iii) debe inducir a que tales actos se lleven a cabo a través de medios capaces de causar estragos. Ni el elemento (i) ni el (iii) se cumplían en este caso.

4. En relación con el ingrediente (i), la zozobra propia del delito de terrorismo no es intercambiable con las nociones genéricas de intranquilidad, desasosiego o inquietud, en tanto experiencia individual, como parece asumirlo la sentencia. El concepto de terrorismo tiene origen en el discurso político y, actualmente, suele ser empleado para designar las acciones armadas emprendidas con fines políticos, por grupos organizados no estatales. El propósito de los actos terroristas está ligado a la desestabilización de sistemas políticos o regímenes institucionalizados²⁸. En este sentido, los ingredientes normativos “zozobra” y “terror” se identifican con un sentimiento generalizado de miedo, incertidumbre y pánico intensos en la población, a causa de amenazas latentes. Se produce una afectación masiva y notable a la seguridad pública y a la paz social como consecuencia del acto que se estima

terrorista. La sentencia pierde de vista el anterior contexto.

5. En este caso, la procesada ejecutó daños a las instalaciones de una estación de Transmilenio y de una URI en el marco de protestas sociales y reivindicó en el video publicado en sus redes sociales que, con esos actos, “la gente se puede manifestar sin pasar desapercibida”. Es indudable que, como afirma el fallo, el video induce a que otros causen daños, a que se “manifiesten” ilegítimamente, también de forma violenta. Sin embargo, el mensaje divulgado no tiene la capacidad de incitar a que otros ejecuten actos con la potencialidad de sembrar pánico o terror masivo e intenso en la población.

6. Si a través de los actos y el mensaje verbal, la acusada invita a protestar con acciones violentas como las que ella realiza en el video, entonces, tales acciones deben ser, en sí mismas, constitutivas de terrorismo. La sentencia insinúa que ello es así, con lo cual el error dogmático se hace aún más evidente. No es convincente sostener que quebrar las puertas de una estación de transporte público con un martillo o escribir en las paredes de un edificio estatal tenga la potencialidad de generar pánico o terror en la población o parte de ella. Son actos inequívocos de vandalismo, entendido como la causación, la avería o el destrozo de establecimientos o bienes públicos o privados. No son, en cambio, actos de terrorismo, por no tener la idoneidad para causar intimidación masiva y grave en la población.

7. Tampoco se cumplía el requisito (iii), que exige que el sujeto activo instigue a emplear medios capaces de causar estragos. El terrorismo se caracteriza porque, para ocasionarlo, se usan instrumentos, medios, mecanismos, con la idoneidad para provocar destrucción grave y de impacto significativo. Los estragos hacen referencia a daños de grandes proporciones que comporten necesariamente un peligro para la vida o la integridad de las personas²⁹.

8. De acuerdo con la gran mayoría de legislaciones, los instrumentos internacionales de prevención y sanción del terrorismo y la doctrina, como resultados tradicionalmente vinculados a los actos de terrorismo, los estragos son producidos por armas en un sentido amplio. Ello, por cuanto los instrumentos usados tienen que ser susceptibles de causar delitos graves. De este género son, por ejemplo, las armas, bombas, granadas, explosivos, minas, sustancias peligrosas, artículos mortíferos, etc.³⁰.

9. En el presente caso, dado que la procesada indujo a realizar actos semejantes a los realizados por ella en el video, entonces, instigó a emplear martillos, piedras u otros objetos contundentes semejantes, para dañar bienes públicos. El contenido difundido muestra que el uso de estos mecanismos es útil para vandalizar instalaciones, causar daños a edificaciones. Sin embargo, es obvio que no tienen la connotación de un arma destinada a producir estragos, con las connotaciones aludidas.

10. En este orden de ideas, dado que la conducta llevada a cabo por DANEIDY BARRERA ROJAS no tuvo la aptitud de inducir a otras personas a realizar acciones causantes de pánico y terror intenso en la población ni tampoco de que usaran medios capaces de causar estragos, la instigación realizada no pudo ser, técnicamente, con fines terroristas. Paradójicamente, las propias consideraciones del fallo permiten ver con claridad la corrección de tal conclusión. Al mismo tiempo, hacen patente un problema argumentativo serio en la justificación de la decisión.

11. DANEIDY BARRERA ROJAS es “influencer”, expresión con la cual se hace referencia a las personas que, a través de redes sociales, mediante material audiovisual, buscan incidir en las opiniones, las decisiones o modos de pensar y actuar de sus seguidores. En esa condición, ocasionó daños a bienes públicos, grabó sus acciones y las publicó, con el mensaje verbal de que ese modo de proceder constituía “una de las formas en los que el pueblo se puede

manifestar, sin pasar desapercibido”. En este contexto, es claro que su conducta incitó a ser imitada, instigó al daño contra bienes públicos.

12. El fallo afirma que la acusada incitó a “la violencia y la destrucción del sistema de transporte público... con la sugerencia de que actuaran de la misma manera (párr. 70)...” “avanzó hasta la instigación a otros a que replicaran su designio destructivo, sobre bienes de uso público y afectación del transporte masivo, siendo por entero previsible y altamente probable que otras personas hicieran lo mismo (párr. 73)”... “la persuasión desplegada por la influencer sí podía mover a los destinatarios a desplegar acciones vandálicas contra el transporte público masivo, sus instalaciones y otras edificaciones de las autoridades institucionales (párr. 74)”.

13. Los anteriores argumentos ponen de presente que los actos desplegados por la acusada fueron de vandalismo a instalaciones públicas, los cuales se enmarcan penalmente en el daño en bien ajeno (además de perturbación al transporte público, por haberse ejecutado a una estación de Transmilenio). Las aludidas afirmaciones también muestran que, en tanto la acusada buscó ser imitada, la instigación fue a “desplegar acciones vandálicas”, es decir, a ejecutar daños a inmuebles públicos. En suma, la sentencia reconoce que la procesada ejecutó daño en bien ajeno y, debido a su difusión mediante redes sociales y al reconocimiento público de la influencer, instigó a que otros también ejecutaran esa conducta.

14. Pese a lo anterior, la sentencia insinúa equivocadamente que DANEIDY BARRERA ROJAS realizó actos de terrorismo y, específicamente, concluye que instigó al terrorismo. En los términos ilustrados, la providencia contiene equivocaciones técnicas notables y un error argumentativo ostensible. Además, sus conclusiones dan lugar a una decisión desproporcionada, pues mientras la instigación al daño en bien ajeno comporta sanción de

48 a 72 meses de prisión, cuando la inducción es con fines terroristas, la pena es sustancialmente más alta, por cuanto va de 120 a 240 meses de prisión. Ello no solo es punitivamente gravoso sino que también impone restricciones excesivas para la concesión de mecanismos sustitutivos de la prisión carcelaria.

15. Por último, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, tanto en los casos en los cuales el proceso es tramitado conforme al trámite ordinario como cuando termina anticipadamente (por aceptación de cargos o preacuerdo con la Fiscalía), el juez debe realizar control material de la imputación, entre otros eventos, si se presentan calificaciones jurídicas manifiestamente ilegales, en tanto constitutivas de violaciones a garantías fundamentales (CSJ SP14191-2016).

16. Pues bien, desde mi punto de vista, por las razones señaladas, la Fiscalía realizó una evidente calificación jurídica ilegal, pues la conducta que la acusada instigó a ejecutar no fue terrorismo sino daño en bien ajeno. Por lo tanto, conforme al citado precedente jurisprudencial, la Corte estaba en la obligación de intervenir para absolver a la acusada por la modalidad de la instigación ligada a fines terroristas y confirmarla por la incitación al daño en bien ajeno. Debido a que la medida a adoptar no perjudicaría a la procesada, la solución podía ser dictada directamente en el fallo (ver, por ejemplo, esta solución en la Sentencia de 8 de julio de 2009, rad. 31280).

17. En conclusión, la mayoría de la Sala no solo desaprovechó la oportunidad para precisar los contornos dogmáticos de un delito propio de una especial criminalidad (terrorismo), sino que lo hizo mediante una argumentación frágil. Además, suscribió una decisión desproporcionada, que desatiende las particularidades del caso concreto. En los anteriores términos, respetuosamente, dejo expuestas las razones por las cuales salvo el voto parcialmente frente a la presente decisión.

Fecha ut supra.

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

Magistrada

1 “Hablar de youtuber es referirse, en términos generales, a cualquier persona que tenga abierto un canal en la red social YouTube y que lo utilice mediante la publicación de vídeos y comentarios, con el objetivo de conseguir mayor número de visitas y, por ende, mejorar los datos de audiencia. En función de esta definición formal, cualquiera de nosotros podría ser un youtuber”. Definición tomada del material multimedia allegado por la Fiscalía, fl 3.

2 Se afirma por la Fiscalía, que para el momento de los hechos contaba con más de cuatro millones de seguidores.

3 Arts 265, 266 numerales 4º, 348 inciso 2º y 353 del Código Penal

4 Art 307 literal b numeral 3, 4, 7 y 8 de la Ley 906 de 2004.

5 No obstante, dosificó la sanción con los extremos punitivos atinentes a la modalidad simple.

6 Leída el 12 de agosto de 2021

7 En criterio de magistrado disidente, no se demostró que la implicada tuviese fines terroristas cuando incurrió en la conducta de instigación a delinquir.

8 ARTICULO 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: [...] 2. Conocer del derecho de impugnación y del recurso de apelación en materia penal, conforme lo determine la ley. [...].”

9 Audiencia de formulación de imputación del 28 de noviembre de 2019, récord 0:31:35 y ss

10 Imputación récord 0:42:45 y ss

11 Récord: 1:06:45

12 Constitución Política artículo 37.

13 OEA; CIDH; RELE, Protesta y Derechos Humanos -2019- pág 14 y ss

14 Piertoh/Schlinck/Kingreen/Poscher, Staatsrecht II: Gurndrechte, C. F. Müller, 29a. Ed., Heidelberg, Alemania, 2013, p. 189.

15 Véase, en el caso alemán, Piertoh/Schlinck/Kingreen/Poscher, Staatsrecht II: Gurndrechte, C. F. Müller, 29a. Ed., Heidelberg, Alemania, 2013, p. 194.

16 Schmidt, Grundrechte, Ed. Rolf Schmidt, 7a. Ed., 2005, p. 301.

17 Constitución Política, art 2°.

18 Sin la modificación introducida al artículo 348 del Código Penal, por el artículo 15 de la Ley 2197 de 2022.

19 Derecho Penal Argentino, Sebastián Soler, Tomo IV, hoja 632 y s.s.

20 Derecho Penal, Luís Carlos Pérez, Tomo III.

21 Derecho Penal Argentino, Sebastián Soler, Tomo IV, página 634.

22 Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Fontán Balestra, Tomo VI, página 456 s.s.

23 Fls 73 a 76 cuaderno elementos materiales probatorios de la FGN

24 Fls 77 a 80 cuaderno elementos materiales probatorios de la FGN

25 Comisión de la Verdad: “Entre 2019 y 2021 el país vivió el estallido social más importante de su historia, activado inicialmente por la presentación de una reforma tributaria y a la educación superior y acentuado por la pandemia del COVID-19.”

<https://comisiondelaverdad.co/el-estallido-social>. Creada por el Acto Legislativo 01 de 2017, y reglamentada con el Decreto 588 de 2017.

26 <https://es-es.facebook.com/help/instagram/477434105621119>. Se aclara que Facebook compró Instagram en 2012.

27 Normas Comunitarias. <https://es-la.facebook.com/help/477434105621119>

28 González Cussac, José Luis y Fernández Hernández, Antonio, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, en Teoría y derecho. revista de pensamiento jurídico, 208, num. 3, pp. 35-58; y Fakhouri Gómez, Yamila, Qué es el terrorismo. Un intento de ponerle sábana al fantasma, Universidad de Los Andes, 2014, p. 32.

29 Vives Antón, t., Orts Berenguer, e., Carbonell Mateu, j. C., González Cussac, J.L., Martínez-Buján Pérez, C., “Derecho Penal. Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 27, citado por Jiménez Díaz, Héctor, Delitos Colectivos. Regulación del delito de Estragos,

disponible en

https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/136873/TFG_JIM%C9NEZ_D%CDAZ_V%EDctor.pdf;jsessionid=3B7994EFDC2BB48AF6BEC12713D336DC?sequence=1).

30 Fakhouri Gómez, Yamila, ¿Qué es el terrorismo?. Un intento de ponerle sábana al fantasma, Universidad de Los Andes, Bogotá D.C., 2014, pp. 142 y 143.

CUI 11001609909120190012001

Impugnación Especial Radicado No. 60580

DANEIDY BARRERA ROJAS

{p}