

República de Colombia



Rama Judicial Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal

Magistrado ponente: EFRAÍN ADOLFO BERMÚDEZ MORA
Radicación: 110016099091201900120 01
Procesado: Daneidy Barrera Rojas
Procedencia: Juzgado Segundo Penal del
Circuito Especializado de Bogotá
Delito: Daño en bien ajeno,
perturbación en servicio de
transporte público colectivo u
oficial e instigación a delinquir
con fines terroristas
Motivo: Apelación sentencia anticipada
Decisión: Revocatoria
Aprobada: Acta número: 098

Bogotá, D. C., cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

1.- ASUNTO

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado Juan Carlos Arias López, resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público, el delegado fiscal y los apoderados de las víctimas, en contra de la sentencia dictada el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, que condenó a **DANEIDY BARRERA ROJAS**, como autora de las conductas punibles de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial y daño en bien ajeno.

2.- HECHOS

Fueron sintetizados en la sentencia de primer nivel, de la

siguiente manera¹:

*De acuerdo a lo establecido por la Fiscalía, aproximadamente a las 15 horas del día 22 de Noviembre (sic) de 2019, día en el que se desarrollaba un paro general en todo el territorio nacional, **DANEIDY BARRERA ROJAS**, conocida en las redes sociales como influencer, bajo los seudónimos de “Chamita Cheer” o “Eh Eh Epa Colombia”, cubriendo inicialmente su rostro con una capucha y después sin ella, hizo presencia en la estación Molinos del sistema transmilenio, ubicado en la Avenida Calle 51 Sur, entre las carreras 9 y 7 de esta ciudad, donde procedió a destruir con un martillo las puertas de vidrio, el dispositivo de lectura de tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso a la estación, situación que registró en un video en su cuenta de Facebook y cuyos daños ascendieron a la suma de \$1.218.921.116,21, según el ente fiscal. Así mismo señaló la fiscalía que existe registro filmico que demuestra su participación en la destrucción de la URI de Tunjuelito, en compañía de un numeroso grupo de personas y la realización de un grafiti que decía “DUQUE HP”.*

3.- ANTECEDENTES PROCESALES

3.1.- El 28 de noviembre de 2019, la Fiscalía General de la Nación, ante el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías, realizó audiencia preliminar de formulación de imputación a **DANEIDY BARRERA ROJAS**, en la que le atribuyó los ilícitos de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial en concurso heterogéneo con instigación a delinquir con fines terroristas y daño en bien ajeno agravado, según descripción típica contenida en los artículos 353, 348 inciso 2, 265 y 266 numeral 4 del Código Penal². La procesada no aceptó los cargos enrostrados.

Igualmente, la acriminada fue cobijada con medida de aseguramiento no privativa de la libertad, conforme a los

¹ Folio 104 a doble cara del cuaderno único de primera instancia.

² Folios 80 y 81, *ibidem*.

numerales 3, 4, 7 y 8 del canon 307 literal b de la Ley 906 de 2004.

3.2.- En posterior oportunidad, el 10 de diciembre de idéntica anualidad, ante el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías, a solicitud de la imputada, **BARRERA ROJAS** se allanó a la totalidad de delitos achacados en el acto de comunicación³.

3.3.- Por reparto, el juzgamiento de la acusada correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad⁴ que, en sesiones de 19 de febrero⁵ y 13 de marzo de 2020⁶ celebró audiencias de verificación de allanamiento, siendo la última calenda la oportunidad en la que se aprobó la aceptación unilateral de cargos, se corrió el traslado de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y profirió sentencia de condena por los punibles de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno agravado.

3.4.- Contra dicha determinación, interpusieron recurso de apelación el Ministerio Público, el delegado fiscal y los apoderados de las víctimas, cuya resolución corresponde adoptar a este Tribunal.

4.- SENTENCIA IMPUGNADA⁷

³ No obra acta de la diligencia en cuestión, empero, con base en lo consignado en el escrito de acusación se sabe que la misma se adelantó en los términos referenciados.

⁴ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folio 33 por ambas caras, *ibidem*.

⁶ Folio 103 por ambas caras, *ibidem*.

⁷ Folios 104 a 124 por ambas caras, *ibidem*.

La providencia recurrida, a manera introductoria, explica que con ocasión de la culminación anticipada del proceso penal, la jurisprudencia especializada ha delineado que, acorde con la normatividad propia del allanamiento, el juez de conocimiento debe auscultar la voluntad clara, expresa, espontánea y debidamente informada de quien acepta unilateralmente los cargos atribuidos, aunado a la existencia de un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada.

Así, sostiene, en aquellos eventos en los que se advierta insuficiencia suasoria que acredite la materialidad del delito y responsabilidad de la acriminada, la emisión de una decisión condenatoria significa la vulneración del derecho fundamental al debido proceso en su componente de la legalidad, por ende, de conformidad a la sentencia de 2 de agosto de 2017, radicación 45826, el cognoscente debe proferir una decisión de carácter absolutorio.

Con base en esa premisa, la *a quo* recapituló cada uno de los dieciséis elementos de conocimientos incorporados al plenario y, posteriormente, analizó particularmente los delitos enrostrados a la procesada de suerte que, concluyó, no había fundamentación para declarar penalmente responsable a **BARRERA ROJAS** de la comisión del delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Lo anterior comoquiera que, en primer lugar, de cara al reato de daño en bien ajeno, asegura, en atención al informe ejecutivo FPJ13 de 23 de noviembre de 2019, suscrito por el

patrullero Nadier Estiven Álvarez Santander, se tiene que fruto de las labores de ciberpatrullaje denota la existencia de una grabación, visible en la red social Facebook, que registra el ataque realizado por la penada el 19 de noviembre de 2019, a la estación de Transmilenio denominada Molinos, ubicada en la Avenida Calle 51 Sur entre Carrera 9 y 7 de esta ciudad capital; en dicho filme, comenta, la encartada destruyó las puertas de vidrio del sitio de abordaje de los buses articulados, el dispositivo de lectura de tarjetas, los equipos de recarga automática y la registradora de acceso a la estación sin que, en detrimento de la pretensión punitiva del ente instructor, se haya demostrado la cuantía específica del agravio causado por la destrucción, de tal forma que repele el reconocimiento de la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 1 del canon 267 de la Ley 599 de 2000, empero, advera, hay satisfacción cabal de los elementos de la situación de mayor punición prevista en el numeral 4 de la misma disposición, por cuanto la agresión recayó en bienes públicos al tratarse de las herramientas, aparatos y mecanismos necesarios para el funcionamiento del sistema de transporte masivo de esta urbe, sin dudarlo, ratifica, son objetos de provecho de la comunidad en general, esto es, de uso público.

Ciertamente, entonces, la falladora encuentra superado el grado de conocimiento para proferir fallo de carácter condenatorio en punto al ilícito de daño en bien ajeno agravado por la naturaleza del objeto atacado pues, más allá de las consideraciones que anteceden, apunta, el cotejo morfológico de los fotogramas extraídos, elaborado por la perito Carolina Pérez Herrera, junto al reconocimiento

fotográfico efectuado por Jairo Galvis Castillo, permiten individualizar a la acusada, sin ápice a dudas, como responsable del asalto en contra de la estación Molinos del sistema de transporte público Transmilenio, ocurrido el 19 de noviembre de 2019, en consecuencia, hay probanzas de la materialidad de la conducta punible y su participación en calidad de autora.

En segundo orden, en lo tocante al delito del artículo 353 de la ley sustantiva penal, la sentencia impugnada, destaca, los estragos generados en los implementos de recaudo e ingreso al punto de abordaje de la estación atacada de Transmilenio, repercutió en la obstaculización de circulación de la ciudadanía a través del sistema articulado de transporte distrital, por consiguiente, sin lugar a mayores disquisiciones, advirtió que hubo perturbación en la prestación del servicio público en cuestión pues, añade, de ninguna forma el ejercicio del derecho fundamental de protesta abarca la generación de daños que imposibiliten la movilización por medio del transporte público a los asociados.

En tercer orden, en lo atinente al delito de instigación a delinquir con fines terroristas, la providencia recurrida toma por partidador que la estructuración de este comportamiento delictual, necesariamente, reclama por parte del ejecutor la emisión de manifestaciones inequívocas que invitan a la comisión de otros delitos, por lo que la actuación debe entrañar tal gravedad que, según aduce la funcionaria judicial de primer nivel, tenga la aptitud objetiva de persuadir a los destinatarios de la comunicación a emprender la vandalización de los bienes del medio de transporte público

masivo de esta urbe.

Bajo esa perspectiva, arguye, si bien el proceder de inconformidad expresado por la inculpada, dentro del contexto de la jornada de protesta social realizada el 19 de noviembre de 2019, desbordó los linderos del ejercicio legítimo de la garantía superior de asociación para manifestar el inconformismo, la difusión de imágenes del ataque a la estación Molinos de Transmilenio, estima la *a quo*, no recorren a plenitud los elementos del tipo penal en revisión, habida cuenta que no estimula o incita al conglomerado a que ejecuten delitos.

Indica, entonces, la retransmisión masiva del video del atentado únicamente apunta a certificar el actuar doloso de la acusada en la comisión de las dos primeras conductas punibles analizadas, empero, de forma alguna en la acreditación de la conciencia de ilicitud y voluntad, propia del latrocinio que lacera el bien jurídico de la seguridad pública.

Dicho el anterior planteamiento, complementa, el genuino interés de la divulgación de la pieza videográfica es de raigambre económica, en tanto, por cada reproducción en línea del registro audiovisual hay mayores ingresos en favor de la inculpada; es decir, al compás del aserto transcrito, razonó, no existe nexo de causalidad entre la distribución de imágenes que ejecutó **BARRERA ROJAS** y los desmanes que sucedieron con posterioridad a la promulgación del material magnético que grabó el día que perpetró el ataque a la estación Molinos de Transmilenio.

Vistas las cosas desde esta óptica, advena la falladora, la Fiscalía General de la Nación, atribuyó a la sentenciada, confusa y erradamente, los perjuicios materiales ocasionados con ocasión de las jornadas de paro nacional adelantadas en las postrimerías de 2019, sin tener en cuenta que la voluntad final de la procesada en la transmisión de un video en el que infiere agravios a bienes públicos es un comportamiento carente de potencialidad e idoneidad para incitar al conglomerado social a realizar actos análogos pues, enfatiza, el léxico utilizado en el filme no evidencia tal cometido, antes bien, itera, únicamente se percibe el objetivo de ganar adeptos en la plataforma en la que promociona sus contenidos, además que, subraya, en redes sociales se hizo viral el hashtag #epacolombiaalacarcel como muestra incontrovertible de repudio y rechazo de la sociedad a los actos vandálicos o, dicho de otro modo, la escasa aptitud persuasiva y de convencimiento que tuvo el mensaje emitido dentro de los receptores.

Acompaña esa consideración con la precisión consistente en que no hay fundamentación para enrostrar la modalidad calificada de la conducta punible, referente a los *finés terroristas*, en atención a que, señala, la titular de la acción penal no demostró la generación de un estado de zozobra y temor como resultado de las acciones de la procesada, amén que simultáneamente a esa acción, tampoco se reportaron actos de violencia propicios para desencadenar pánico dentro de los asociados.

Corolario de ello, descarta, en consecuencia, la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad descrita

en el numeral 17 del artículo 58 del Código Penal, por cuanto la misma se adjudicó con razón a la atribución jurídica relacionada con el delito de instigación a delinquir, empero, al concluir que la conducta en referencia es atípica, por sustracción de materia, cualquier elemento adicional al ilícito, desvanece.

Conteste con esta postura, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, declaró penalmente responsable a **DANEIDY BARRERA ROJAS**, por hallar comprobada su participación en calidad de autora, en la comisión de los delitos de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial en concurso heterogéneo con daño en bien ajeno agravado.

Ahora, en virtud a la aceptación unilateral de cargos, luego de la realización del acto de comunicación y antes de la formulación de acusación, apunta, no hubo un desgaste de la administración de justicia de suerte que, con arreglo al primer inciso del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, otorgó una detracción de 45% a la pena individualizada, siendo la sanción a purgar igual a 46,2 meses y multa de 25.42 salarios mensuales vigentes; incluso, acerca de la inhabilitación de derechos y funciones públicas, asignó un periodo análogo al de la pena principal de prisión. En similares términos y por el mismo plazo, conforme al artículo 46 e inciso primero del canon 52 del Código Penal, inhabilitó a la procesada para el ejercicio del oficio de influencer o youtuber, toda vez que mediante esta restricción se evita la repetición de conductas similares.

De otro lado, paralelamente, concedió la suspensión de la pena, en tanto confluyen las exigencias legales para su reconocimiento, de tal forma que dispensó el subrogado en mención por un lapso igual al de la pena principal impuesta, para lo cual fijó el pago de caución prendaria de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y la suscripción del compromiso correspondiente.

4.- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

Interpusieron recurso de alzada los representantes judiciales de las víctimas, el delegado fiscal y el agente del Ministerio Público. En ese orden de ideas, los argumentos de disenso expresados en los memoriales de sustentación, son:

4.1.- En primer lugar, **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.⁹**, en su calidad de víctima, cifró su oposición respecto de la absolución en relación con el delito de instigación a delinquir con fines terroristas comoquiera que, reseña, en la parte resolutive del fallo impugnado no se consignó de forma concreta la decisión de la situación jurídica de cara al ilícito aludido, por tanto, depreca la nulidad de la providencia atacada a efecto de que el juez de primer nivel, adopte la determinación pertinente sobre el particular.

Ahora, en hilo con su alegación de divergencia, sustenta, conforme al material probatorio acopiado en las diligencias, hay suficientes elementos de juicio para demostrar más allá de toda duda razonable la materialidad y responsabilidad de la conducta punible prevista en el canon 348 de la ley

⁸ Folios 117 a 129, *ibidem*.

⁹ Folios 126 a 135 ambas caras, *ibidem*.

sustantiva penal.

En línea con ese pensamiento, argumenta, la perpetración del reato obedece a una meticulosa ideación, planificación y preparación que, en su apreciación, tenía por fin exclusivo llegar a sus múltiples seguidores consistente en la amplia difusión de los daños generados en contra de las instalaciones de recaudo, ingreso y abordaje de la estación nombrada Molinos del sistema de transporte público de esta urbe, en tanto, principalmente, así lo asintió **BARRERA ROJAS**.

Igualmente, acentúa, el delito bajo observación, por tratarse de uno de peligro, exige la publicidad del mensaje frente a varios receptores, aspecto que se satisface porque hubo amplia visualización de los miembros de las redes sociales en las que se explicitó, por consiguiente, de forma significativa se mostró como una lideresa de la protesta social y valiéndose de ese rol, asegura el recurrente, instigó a sus fans a cometer el mismo delito que ejecutaba.

Asimismo, cuestiona la interpretación parcializada de la cognoscente debido a que, advierte, optó por un criterio que no se compadece con la manera en la que discurrieron los hechos atribuidos a la acusada, a razón de que prescindió de un análisis de contexto de ocurrencia del comportamiento, esto es, omitió que los censurables actos desplegados se llevaron a cabo con ocasión del paro nacional de noviembre de 2019, aspecto que no puede pasar desapercibido porque pone relevancia la participación activa, violenta y hostil dentro de la protesta social en dirección a difuminar con celeridad un mensaje desafiante de inducción a delinquir.

Amparados en esa idea, plantea como errónea la aseveración de persecución de un objetivo netamente económico por parte de la procesada, puesto que no hay forma objetiva de establecerlo, y en su lugar, los actos visibles en el video que transmitió, lenguaje que utilizó y posición de notoriedad social, constituyen un escenario favorable para la apología del delito y no, como entiende la jueza *a quo*, el anuncio con miras a comercializar un producto.

Consecuente con esa conclusión, ratifica, la acriminada tenía la capacidad de motivar a los receptores de sus mensajes a ejecutar delitos, es decir, constituye un riesgo abiertamente desaprobado, ya que desde sus plataformas fomenta la comisión de punibles, entonces, toma corporeidad una de las tantas formas determinantes de la invitación a delinquir que es condigna de punición y castigo, consistente en la vociferación de arengas de inconformidad con el Gobierno Nacional y, por supuesto, la proyección de ademanes, maniobras y movimientos estimulantes e impactantes del actuar criminal, siendo un discurso de incitación compuesto con absoluta capacidad de enajenar a la ciudadanía, porque no de otra forma se entiende que Youtube haya eliminado el video por violación de las normas de seguridad en internet.

De acuerdo a lo anterior, depreca la revocatoria de la decisión absolutoria proferida por el delito de instigación a delinquir.

Por otro lado, para concluir, censura la aprobación del

allanamiento porque, acorde al artículo 349 del estatuto procedimental, la acusada tenía la obligación de reintegrar por lo menos la mitad del valor del incremento patrimonial percibido por la actividad delictiva y asegurar el recaudo del remanente, ya que la visualización del video causó réditos en favor de la procesada, estimables monetariamente.

4.2.- El abogado de la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO - TRANSMILENIO S.A.**¹⁰, obrando como víctima, manifiesta su disenso en lo tocante a la absolución del delito de instigación a delinquir porque, en contravía de lo argumentado por la jueza de primera instancia, considera que hubo acciones idóneas para perfeccionar la conducta punible en comento por ser un ilícito de mera conducta y peligro.

Asegura el apelante que, la conducta de **DANEIDY BARRERA ROJAS**, cumple a cabalidad con los elementos mencionados por la jurisprudencia especializada, comoquiera que, en primer lugar, hizo una incitación pública por un medio de amplia difusión; en segundo lugar, la procesada tenía conocimiento de la masiva propagación del contenido del video elaborado y, finalmente, promueve la comisión de un delito en específico - daño en bien ajeno-, así no lo diga expresamente.

El apelante discierne que el lenguaje utilizado por la acusada, está encauzado no sólo a revalidar su propio comportamiento, sino a su vez, a entusiasmar a terceros para que repliquen este proceder, máxime si su papel como influencer tiene verdadera ascendencia entre los usuarios de

¹⁰ Folios 137 a 140 a doble cara, *ibidem*.

redes sociales, en tanto la desaprobación del acto vandálico grabado, no elimina la posibilidad de adherencia y repetición de su actuación por parte de los demás asociados.

Advera, en adición a la aserción puesta en relieve atrás, **BARRERA ROJAS** estuvo debidamente informada del acto de aceptación unilateral de los cargos endilgados, cuya calificación jurídica no corresponde al juez de conocimiento examinar, en atención a que su labor está circunscrita a la verificación de las prerrogativas superiores que le asisten a la sentenciada, en el marco de la terminación anticipada del proceso penal.

A la par, no comparte el porcentaje de rebaja reconocido a la penada en la medida que, indica, hubo un desgaste mayor a la administración de justicia dado que, la implicada, no se acogió a la figura de allanamiento a cargos en la primera oportunidad procesal, comoquiera que lo hizo con posterioridad a la formulación de imputación y antes del diligenciamiento que formaliza la acusación, situación que no tuvo en cuenta el juzgador unipersonal.

En ese sentido, demanda la condena de la procesada por el comportamiento penado en el canon 348 del Código Penal y, toda vez que su ejecución se hizo efectiva a través de medios informáticos, solicita la aplicación de la circunstancia de mayor punibilidad contemplada en el numeral 17 del artículo 58 *ejusdem*.

4.3.- A su turno, el representante de la **FISCALÍA**

GENERAL DE LA NACIÓN¹¹, alega no compartir la absolución proferida en favor de la inculpada por el ilícito de instigación a delinquir porque, pues, en apego a los registros audiovisuales aportados, relata, la sentenciada no sólo se limitó a grabar como destruía los enseres de recaudo e ingreso a la estación Molinos de Transmilenio, sino que coetáneamente vociferó “*pero es una de las formas en que el pueblo se puede manifestar sin pasar desapercibido*”, luego su voluntad se encamina de manera inequívoca a persuadir a sus seguidores a atemperar su conducta en una vía análoga a la publicación que ella realiza, esto es, generar un profundo desorden en la tranquilidad social, causando alarma y zozobra en la población, porque no se trató de un acto de llana participación en las jornadas de paro nacional convocadas para noviembre de 2019.

Coherente con esa postura, solicita la condena de **BARRERA ROJAS**, por la conducta típica de instigación a delinquir con fines terroristas.

4.4.- En lo que atañe a los argumentos del delegado del **MINISTERIO PÚBLICO**¹², arguye, la sentencia atacada incurrió en yerros de sustentación que irremediablemente implican la revocatoria de la decisión absolutoria proferida en punto al delito de instigación a delinquir.

Sostiene el interviniente especial que, la jueza *a quo* pretermitió que hay diversas formas de transmisión de pensamiento, oscilantes en el lenguaje verbal, expresiones corporales y exposiciones artísticas, entre otras, por ende

¹¹ Folios 145 a 147 por ambas caras, *ibidem*.

¹² Folios 169 a 176 por ambas caras, *ibidem*.

solamente mediante un análisis soslayado e insular del léxico implementado por la acriminada, soporta la atipicidad de la conducta típica.

Efectivamente, el recurrente indica que, si el discurso de la procesada está acompañado de actos de violencia consistente en comportamientos de devastación, la conducta desplegada por esta última resulta notoriamente disímil al mero recaudo de dinero porque, aduce, genuinamente la vandalización y reproducción de frases de contenido provocador están encaminados a azuzar a la comunidad a la comisión de delitos.

Adiciona, el rechazo del conglomerado sobre el contenido del video explicitado, no desnaturaliza su jaez incitadora criminal, de manera que, es cuando menos contradictorio que la falladora, cimente la ausencia de responsabilidad en el rechazo de la sociedad a los mensajes emanados por la instigadora, porque al ser un delito de mera conducta, no tiene trascendencia la materialización o no de actos atribuibles a terceros que turben el orden público.

Ahora, cuestiona que el fallo impugnado finque el dolo en referencia exclusiva a la conducta punible de daño en bien ajeno, por cuanto, de ser así, no se entiende bajo qué razones la inculpada registró audiovisualmente su acción si no es que tenía por destinación convencer a los receptores del mensaje de avenirse a su inconformismo violento, aparejado a la producción de pánico, zozobra y temor en la comunidad, por tanto, en si misma la grabación acredita la comisión del reato enrostrado junto con la finalidad terrorista, debido a que erige

una amenaza que pone en peligro cierto el transporte público de esta ciudad capital.

En otro orden de ideas, recrimina el desconocimiento de la circunstancia de mayor punibilidad atribuida desde el acto de comunicación -numeral 17 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000- comoquiera que aquella fue enrostrada respecto de todas las conductas punibles achacadas en el acto de comunicación y, en consecuencia, la graduación punitiva debe acometerse conforme a este parámetro de calificación jurídica.

Finalmente, a modo de colofón, solicita la revocatoria de la absolución que cobija a la acusada por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas y, por ende, introducir la modificación a que haya lugar en las sanciones a irrogar.

5.- PRONUNCIAMIENTO DE NO RECURRENTES

5.1.- Al pronunciarse entorno a las razones de apelación de los recurrentes, el defensor contractual de la procesada, en lo esencial, se opuso a la prosperidad de la alzada impetrada porque participa de la interpretación que hizo la jueza de primera instancia y considera que, los planteamientos de los impugnantes no se acompasan con el marco legal y constitucional de garantías que le asisten a su defendida.

En adición, como petición en calidad de no recurrente, reclama la declaración de nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de allanamiento, por cuanto, en su criterio, se

desconoció la debida asesoría técnica a la que tiene derecho una ciudadana inmersa dentro de una actuación penal, habida cuenta que, arguye, su antecesor prometió a su defendida que si aceptaba los cargos enrostrados, no iría a la cárcel.

Con el memorial de oposición a los recursos planteados, la parte no recurrente incorporó nuevos elementos de juicio, de manera que, solicita el análisis y valoración por parte del Tribunal.

6.- CONSIDERACIONES

6.1.- Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 33 - 1 de la Ley 906 de 2004, esta corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por los representante judiciales de las víctimas, el delegado de la Fiscalía y el agente del Ministerio Público contra la sentencia dictada en este proceso, por cuanto fue proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, por lo que en virtud de los artículos 176 y 179 *ibídem*, se procede a examinar los puntos del disenso.

6.2.- Temas de discusión y metodología de abordaje

De acuerdo a lo relacionado en precedencia, en virtud del principio de limitación, conforme al cual el funcionario

judicial solo puede pronunciarse respecto de lo que es materia de disenso y aquello que esté inescindiblemente vinculado¹³, el estudio que emprenderá la Sala, en lo fundamental, lo será exclusivamente en establecer los siguientes aspectos:

a. Si el trámite procesal realizado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, adolece de irregularidad solamente conjurable a través de la declaración de la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de verificación de allanamiento, inclusive, en punto a que el representante judicial de la víctima **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.**, menciona en su memorial de impugnación que la parte resolutive de la providencia omitió explicitar la determinación jurídica en lo tocante al delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Asimismo, alude a que hubo supino desobedecimiento de la exigencia en materia de allanamientos, contenida en la disposición 349 del Código de Procedimiento Penal, porque la acusada no desembolsó la mitad del incremento percibido por la comisión del delito, como tampoco garantizó la cancelación del remanente.

Del mismo modo, se examinará la proposición anulatoria de la defensa atinente a que, durante el trámite de primera instancia, **DANEIDY BARRERA ROJAS** no tuvo la asesoría profesional adecuada, por tanto, hubo vulneración de sus derechos fundamentales.

¹³ CSJ SP Auto 25 de febrero de 2015, rad: 44753, coincidente con la Sentencia CSJ SP del 13 de agosto de 2014, rad: 41264.

b. En caso de no prosperar lo anterior, si la decisión absolutoria proferida por la conducta punible del artículo 348 del Código Penal, se cimentó en una acertada valoración probatoria, en el sentido de superar las exigencias propias de la intervención judicial en materia de verificación de la aceptación unilateral de culpabilidad, por cuanto, el criterio unánime de los recurrentes, afirme que hay elementos de conocimiento suficientes para dar por acreditada la materialidad y responsabilidad de la conducta punible de instigación a delinquir con fines terroristas, enrostrada a la acriminada.

c. En caso de admitir la alegación indicada en el literal anterior, aplicar las modificaciones pertinentes en el ejercicio de individualización de la pena a irrogar a la procesada.

Por priorización y trascendencia de las inconformidades presentadas, se resolverá previamente la referente a las pretensiones anulatorias, toda vez que, de hallar una respuesta positiva a dichos interrogantes, no será necesario abordar los restantes debido a que, si el trámite surtido está viciado, el remedio debe ser la invalidación.

En ese orden de ideas, a continuación, la Sala ahondará en los principios que regulan la nulidad en el proceso penal, para luego, concretamente, conforme a los puntos de disenso del apelante, de forma independiente, analizar si se socavó la garantía superior del debido proceso.

6.3.- De la nulidad y sus principios orientadores

La declaratoria de nulidad es una medida de carácter excepcional, por cuanto es el mayor castigo a la actuación penal, en tanto, obliga a rehacerla, comoquiera que su procedencia depende de la comprobación de que la irregularidad enrostrada sea de tal entidad que, por una parte, mine realmente garantías de los sujetos procesales o, de otro lado, se desconocen las bases fundamentales del debido proceso.

Frente a las dos modalidades de materialización de la invalidación del proceso penal aludidas, este Tribunal debe afirmar que no se trata de simples anomalías, por el contrario, deben ser errores mayúsculos que comprometen la forma coherente, lógica y concatenada de los actos del rito de juzgamiento, o, repercute en la afectación de las garantías de la procesada, de forma tal que los yerros nimios, intrascendentes, irrelevantes o, eventualmente, si son subsanables, no generan nulidad.

Ahora, la ley 906 de 2004, no consagró normas que indiquen expresamente los principios que rigen las nulidades como sí se hizo en la ley 600 de 2000, empero, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de 6 de junio de 2007, rad: 26359, expresó que esas máximas orientadoras no han desaparecido en el estatuto adjetivo de corte acusatorio, de suerte que se impone su aplicación.

Al respecto, la providencia en cita reza:

*En lo concerniente a la invalidez de los actos procesales en el sistema penal acusatorio, la Sala en decisión del 4 de abril de 2006, radicado No 24187, definió que **si bien es cierto que la***

nueva normatividad procesal penal no consagró expresamente los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades como lo hacía la ley 600 de 2000, no implica que hayan desaparecido por ser inherentes a ellas. Conclusión a la que arribó interpretando las normas que las disciplinan de acuerdo con el fin que dirige la actividad del Estado a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, atendiendo que el debido proceso es uno de los derechos fundamentales de toda persona y que el principio de legalidad del trámite, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno de derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso, son algunas de sus garantías, según el artículo 29 Superior. En consecuencia, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y de carácter residual seguirán rigiendo las nulidades como hasta ahora.

*En ese orden, el funcionario judicial sólo está autorizado para decretar las nulidades previstas en la ley como lo estipula el artículo 458 de la ley 906 de 2004, no podrá invocarlas el sujeto procesal que ocasionó la configuración de la causal salvo el caso de ausencia de defensa técnica, la irregularidad puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado siempre y cuando se hayan observado las garantías fundamentales, el postulante está forzado a demostrar que la irregularidad afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial, y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido. **Por lo tanto, quien aduce una nulidad tiene la obligación de indicar el motivo de invalidez que alega, las razones de hecho y derecho en que la fundamenta, y no podrá invocar una nueva petición por la misma causal sino por una diferente o por hechos ulteriores.** (Apartes destacados no pertenecen al texto original).*

En ese sentido, pertinente es recordar que el alto Tribunal, destaca como principios de las nulidades, los siguientes¹⁴:

1. En reiterada jurisprudencia, la Corte tiene establecido que los motivos de ineficacia de los actos procesales, no son de libre postulación, en cuanto se hallan sometidos al cumplimiento de precisos principios que los orientan y hacen operantes.

¹⁴ Sentencia de 16 de diciembre de 2008, rad: 28476, consideración número 1.

Se ha dicho, entonces, que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarse el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aun cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que con la irregularidad se afectan garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).

Así las cosas, en el asunto puesto a consideración de la Sala, los reproches invalidatorios postulados por el representante judicial de **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.** y el profesional en derecho que agencia los intereses de la procesada, en calidad de no recurrente, han de acreditar con suficiencia la concurrencia de los axiomas antedichos, so pena de mantener incólume la decisión apelada.

En este sentido, para claridad de las alegaciones objeto de revisión, la Corporación emprende el análisis de ambas de forma individual.

6.3.1.- De la anulación propuesta por el apoderado de la víctima RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.

Bajo la línea de razonamiento trazada en la parte final del epígrafe que antecede, desde ya el Tribunal desecha el argumento de disenso que estriba en la omisión de incorporación en la parte resolutive de la providencia de primer nivel, la determinación correspondiente a la absolución por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas, toda vez que, con fijación a los principios orientadores del

instituto jurídico de la nulidad, la alegación señalada no desconoce las bases del juzgamiento, ni socava las garantías propias del enjuiciamiento, por cuanto no es una pretermisión significativa, por ende no se trata de un evento que materialice una irregularidad sustancial, *ergo*, no involucra la trascendencia innata al yerro adosado como móvil invalidatorio.

Lo anterior es así, debido a que el error reseñado no pasa de ser una omisión trivial en la medida que, con la lectura integral de la sentencia recurrida diáfananamente se comprenden las razones en las que erigió su postura la jueza *a quo*, porque, de lo contrario, no se entiende porque las partes e intervinientes divergentes formularon alegaciones tendientes a resquebrajar los argumentos hilvanados por la cognoscente en ese asunto puntual.

Incluso, desde otra perspectiva, no pasa desapercibido que el factor de objeción desdice la naturaleza residual de la figura implorada, comoquiera que la queja abordada puede remediarse a través de una medida menos lesiva habida cuenta que, la reclamación advertida puede superarse por medio de la adición o aclaración del fallo cuestionado, solicitudes que no entabló el libelista en su oportunidad, lo que redundaba en que, la petición en revisión es neutralizada por la inutilización de las herramientas procesales dispensadas por el Legislador para conjurar errores de esta naturaleza, por ende, implícitamente el ejercicio tardío del cuestionamiento sometido a consideración de la Sala, auspició la convalidación del defecto que buscan revertir los apelantes.

Acerca de esto último, la Corporación subraya que, las partes e intervinientes, cuando sea que tengan protestas de cara a una determinación adoptada por el fallador, tienen la ineludible obligación de presentar esas quejas dentro del término previsto por el ordenamiento jurídico, para hacer uso de los mecanismos procesales para rebatir las decisiones judiciales, es decir, los sujetos procesales han de respetar y acatar los plazos perentorios que gobiernan cada una de las etapas del enjuiciamiento so pena del fracaso de su pretensión, sin que el yerro advertido no se pueda corregir en segunda instancia, en tanto es clara la postura de la *a quo* de absolver a **BARRERA ROJAS**, por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Dadas las circunstancias, conclúyase, el recurrente debió requerir la adición¹⁵ del fallo impugnado para esclarecer el aspecto que extraña habida cuenta que, esa era la medida de corrección idónea, sin dejar de lado que, se trata de un reproche insuficiente en el marco del principio de trascendencia que justifique la medida de corrección del trámite.

6.3.2. Del incumplimiento del deber de devolución y garantía de pago ulterior del incremento patrimonial percibido por la comisión de delitos, contenido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, como causal de nulidad del allanamiento

¹⁵ Esto, en atención a la cláusula general de integración normativa del artículo 25 de la Ley 906 de 2004, consistente en que aquellos asuntos que no estén regulados en la ley adjetiva penal, deben ceñirse por el Código General del Proceso que, para efectos del caso concreto, ha de apreciarse el canon 287 de la Ley 1564 de 2012 referente a los eventos de procedencia de adición de providencias judiciales.

6.3.2.1.- En principio la expresión justicia premial ha sido acuñada como término que envuelve los institutos de allanamiento a cargos y la negociación, comoquiera que en *lato sensu* se permite la *participación del imputado en la definición de su caso*¹⁶, esto es, una referencia a los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal, cuando son contentivos de declaratorias de responsabilidad jurídico penal unilateral o bilateral.

6.3.2.2.- Ahora, el sistema de juzgamiento penal adoptado con la Ley 906 de 2004, está concebido para que, en gran medida, los asuntos de competencia del *ius puniendi*, encuentren solución en el derecho penal premial¹⁷ por cuanto, a cambio de sustanciales rebajas de pena, se privilegia la celeridad del sistema renunciando a adelantar un debate probatorio en sede del juicio oral.

Véase, entonces que, de conformidad con lo anterior, dentro del marco de la terminación anticipada del proceso penal, de un lado está el instituto del allanamiento a cargos y, de otro, el preacuerdo, acuerdo o negociación. Ciertamente, la jurisprudencia sobre la materia ha hecho denodados esfuerzos para abarcar amplia y profundamente su explicación, puesto que ha oscilado desde su comprensión como figuras similares hasta su diferenciación categórica, para finalmente entender a aquél como una modalidad de los últimos.

¹⁶ Ramírez Bastidas, Yesid. Sistema Pernal Acusatorio Colombiano, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. Bogotá, 2005, pps 229 y sts.

¹⁷ Ver Sentencia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 23 de agosto de 2005, rad: 21954.

6.3.2.2.1.- Así, la postura inicial del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria especialidad penal, concluyó que el allanamiento a cargos no era más que una modalidad de negociación, lo que significa que la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, como presupuesto de validez en orden a la aprobación por el órgano cognoscente de la aceptación unilateral de responsabilidad en la comisión de delitos, también resultaba aplicable¹⁸.

Sin embargo, prontamente el mismo alto Tribunal decidió reexaminar el tema en razón a que en la aceptación de cargos *“no subyace una relación consensuada entre el Fiscal y el imputado”* pues *“no ha mediado consenso y las consecuencias de ese acto unilateral libre y voluntario no dependen sino del Juez dentro del marco de movilidad que la ley le confiere”*¹⁹, de lo que estimó que su aprobación no se halla condicionada a que previamente se acredite el reintegro del incremento patrimonial obtenido con el delito, habida cuenta que *los efectos de ambas figuras jurídicas no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo mas no del allanamiento*²⁰, con fundamento a que el último es una *manifestación de la justicia premial*²¹ y, en oposición a ello, las negociaciones se tratan de *mecanismos de justicia consensuada*²².

¹⁸ Remitirse a Sentencia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 2005, rad: 21347 donde reza: *“(...) la exigencia establecida en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 como presupuesto de validez en orden a la aprobación (...), también resultaba aplicable al allanamiento”*

¹⁹ Sentencias Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 08 de abril de 2008, rad: 25306 y de 11 de noviembre de 2008, rad: 24663.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Sentencia Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 27 de abril de 2011, rad: 34829.

²² *Ibidem*.

Lo anterior también fue objeto de variación a partir de la Sentencia de 27 de septiembre de 2017, rad: 39831 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que se retornó a la tesis inicial, en lo fundamental, por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004, bajo el rótulo de *“Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, lo que le permitió concluir que indudablemente la aceptación unilateral de responsabilidad penal constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre Fiscalía e imputado para aceptar la comisión de delitos, con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que desde esa perspectiva, resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Para una mejor comprensión se extrae la cita textual que da cuenta del viraje jurisprudencial al que la Corporación hace alusión, a saber:

“...la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación.

Una interpretación contraria, orientada a respaldar la idea de que aceptar los cargos en la audiencia de formulación de imputación exonera de ese requisito para acceder a la rebaja de pena, riñe con los fines declarados en el artículo 348 ibídem y específicamente con los de obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito y

propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados con él, a cuyo cumplimiento apunta la medida de política criminal anotada, de impedir negociaciones y acuerdos cuando no se reintegre el incremento patrimonial logrado con la conducta punible” (Resaltado es ajeno al extracto jurisprudencial).

6.3.2.2.2.- Conforme a la evolución jurisprudencial sobre el asunto, para acceder al porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos, es necesario cumplir con los condicionamientos preceptuados en la disposición 349 *eiusdem*; la inobservancia del deber de restitución, genera la pérdida de beneficios punitivos, puesto que el reproche por la consumación de la conducta penalmente relevante permanece indemne, dado que, la verificación de pago y garantía ulterior de desembolso, únicamente se hace a efectos de establecer la procedencia de las detracciones contempladas por la justicia penal premial.

En suma, el cambio jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a razón de comprender el allanamiento a cargos como una de las modalidades de negociación, significa que: (i) para ambas figuras es de ineludible y obligatoria observancia el cumplimiento de lo normado en el artículo 349 del Estatuto Procesal Penal y (ii) si el juez cognoscente halla que se desató el mandato legal aludido en el ordinal anterior, irremediablemente no puede otorgar las rebajas propias por la vía de negociación elegida como finalización del procedimiento, toda vez que, insiste la Sala, la reducción de las sanciones a imponer está condicionada al pago de la mitad del incremento percibido por la comisión del delito y, a su vez, a la garantía de sufragar el porcentaje restante.

6.3.2.3.- En el *sub judice* encuentra la Sala que los postulados de disenso expuestos por el abogado de **RECAUDO BOGOTÁ S.A.S.**, no serán acogidos por esta instancia, por cuanto del análisis íntegro de la audiencias preliminares de formulación de imputación de 28 de noviembre de 2019 y de aceptación de cargos, con posterioridad a esta última, de 19 de diciembre de la misma anualidad, se tiene, sin mayor dificultad, que a la encartada no le asistía obligación de pago de la mitad del incremento patrimonial supuestamente percibido, aunado a la garantía de cancelación del remanente pendiente.

Lo anterior por cuanto, con detenimiento y precisión el representante de la Fiscalía General de la Nación que intervino en el acto de comunicación, se refirió a los límites facticos y jurídicos de los reatos atribuidos a la convocada a esa diligencia, como también satisfizo los requisitos formales y de índole sustancial de la misma, al explicar, en principio, la forma de perpetración de los ilícitos y seguidamente enunció la sanción penal que podría asignársele en caso de ser vencida en juicio e, incluso, los beneficios que se le concedería en el evento de allanarse a cargos en esa oportunidad procesal, sin explicitar los aparentes emolumentos correspondientes al incremento patrimonial percibido en la comisión del concurso de delitos que le endilgaron porque, ciertamente, tal rubro no fue atribuido ni determinado, en tanto el agente fiscal, discrecionalmente, acudió a una tasación de los daños ocasionados en la estación de Transmilenio Molinos, empero, de ninguna forma aludió a los réditos y utilidades causadas en favor de la procesada, en virtud de los reatos cometidos.

Desde esta óptica, en lo que se contrae al tópico de controversia, el Tribunal encuentra que, de manera concreta, a la imputada se le explicaron los hechos por los que se les atribuía la realización de los delitos de daño en bien ajeno, perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial e instigación a delinquir con fines terroristas, sin verbalizar un aumento económico obtenido por la comisión de dichos punibles, que además, no aparece comprobado que haya ocurrido, en tanto se generalizó el entendido que eso ocurrió, aunque sin medios de conocimiento que lo soporten.

En el presente caso, se tiene que la descripción ofrecida por el agente del ente instructor, las unidades monetarias se predicaron exclusivamente del cálculo de los perjuicios acaecidos como resultado del censurable comportamiento de **BARRERA ROJAS** y, por ende, insiste la Sala, no es pasible de estimación el dinero ganado, según criterio del apelante, ya que esa aserción no es más que una inconformidad vaga y ambigua que no tiene acreditación en la Corporación.

De esta manera, el panorama es claro, porque, en lo que atañe a los delitos de daño en bien ajeno y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, el recurrente obvió explicar la forma en la que se generó el incremento patrimonial pues, acorde con la motivación relacionada en el escrito de sustentación de la alzada, divagó en punto a la especificidad de la mejoría pecuniaria que enrostra a la acusada; análogamente, en lo tocante al punible de instigación a delinquir con fines terroristas, aprecia la Sala, en el evento en que la divulgación de una pieza filmica en

redes se entienda como parte de la conducta penalmente sancionada, no hay un solo elemento de juicio dentro del expediente que denote que, al compartir dicho material la procesada haya obtenido una ventaja patrimonial, entonces el reproche del impugnante es un cuestionamiento que adolece ausencia de material probatorio que lo corrobore; en otras palabras, se da por acreditado lo que justamente debía acreditarse.

Ahora bien, si a lo que el recurrente se refiere es que, con ocasión de la publicación de las imágenes reprochadas en YouTube, se generaron pagos a favor de la encartada en virtud de las reacciones que obtuvo, la verdad es que dentro de la actuación obra información sobre el agrado o rechazo que propició la divulgación de los actos cometidos por **BARRERA ROJAS**, pero está huérfana acerca de los réditos percibidos y su cuantía.

Dicho esto, este juez plural precisa que, la petición de alzada en revisión está enfilada a aplicar irreflexivamente una exigencia legal inoperante para el caso en estudio y, a su vez, en un plano netamente hipotético, en el que se avale la proposición del quejoso, la única consecuencia jurídica a la abstención de cancelación del incremento percibido fruto de los ilícitos cometidos es la imposibilidad de reducción a la sanción a imponer, sin que esa circunstancia sea cortapisas para terminar anticipadamente el proceso penal que capta la atención de la judicatura.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte

Suprema de Justicia²³, ha aclarado:

Adicionalmente no sobra precisar, que aunque no se satisfaga la exigencia del artículo 348 del C.P.P., la consideración jurisprudencial puesta de presente no impide la terminación anticipada del proceso por allanamiento a cargos en los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, siempre que el imputado, como en todos los casos, esté debidamente informado sobre las reales consecuencias de su manifestación libre y voluntaria, entre las que se cuenta, en estos eventos, la no concesión de rebaja punitiva.

En vista de lo explicado, (i) en tanto a la procesada no se le atribuyó el incremento patrimonial, mucho menos se pudieron hacer las advertencias acerca del deber de restitución so pena de perder los beneficios punitivos por allanamiento a cargos, y (ii) si el aparente defecto descrito no tiene incidencia en los cimientos primordiales y esenciales del juzgamiento, no hace al traste la estructura del modelo de enjuiciamiento de la Ley 906 de 2004, y en ese sentido, en tono con las máximas moduladoras de la figura jurídica de las nulidades, mal se haría en denominar la inexistente irregularidad apreciada como una causal de anulación, pues no reúne siquiera los elementos de trascendencia de todo vicio invalidatorio, porque, según se acaba de ver, no compromete ningún derecho fundamental o base del procedimiento.

Así las cosas, el argumento de alzada no puede ser admitido.

6.3.3.- De la pretensión de invalidación promovida por la defensa técnica de DANEIDY BARRERA ROJAS

²³ C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia de 20 de junio de 2018, rad. 47681.

Lacónicamente, en consonancia con los derroteros delineados hasta este punto, las postulaciones del defensor de la procesada no están llamadas a prosperar porque, además de inoportunas, son indemostradas.

En primer lugar, el llamamiento a anular la actuación por ausencia de defensa técnica, se trata de una proposición extemporánea, porque el ruego se hizo en la oportunidad de réplica a los motivos expuestos por la parte recurrente, desconociendo que, en la medida en que el trámite termina por vía anticipada por virtud del allanamiento a cargos antes de la acusación, necesariamente debió proponer el yerro en la audiencia que tuvo como propósito verificar la legalidad de la aceptación de responsabilidad y consecuente traslado de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal; es más, ni siquiera se planteó a título de impugnación de la sentencia por la vía del recurso de apelación en contra del fallo, luego es claro que el reproche se encuentra afectado por los efectos de la preclusividad de los actos procesales.

A esas precisiones, hay que añadir que, evidentemente la reclamación anulatoria, desde el plano de las máximas orientadores de la figura en cuestión, es un reparo que carece de demostración, en tanto el razonamiento que aboga por la invalidación del diligenciamiento por ausencia de defensa técnica en favor de la inculpada, no suministra elementos de juicio fehacientes para acreditar que el representante judicial antecesor, hubiese incurrido en faltas al correcto asesoramiento de la enjuiciada.

La anotación de censura impetrada por el togado que representa a **BARRERA ROJAS**, no deja de ser una disonancia huérfana de pruebas y, más bien, en clave a la argumentación hilada, proyecta el inconformismo con la gestión profesional de aquel a quien sucedió, empero, de ninguna forma, la incongruencia entre ambas posiciones puede generar, por si misma, la anulación del *sublite*, comoquiera que, debe recordarse, *[y]a la Corte ha construido, respecto del tema de la defensa técnica, una sólida y pacífica jurisprudencia, que debería ser suficientemente conocida, a partir de la cual se advierte cómo la crítica respecto de la labor desarrollada por el profesional del derecho no puede fundarse en criterios subjetivos o apreciaciones ex post respecto de la forma en que pudo ser adelantada mejor la tarea, pues, siempre será posible señalar un más eficiente actuar cuando ya se conoce de la condena²⁴.*

Es así como, la divergencia en el ejercicio de la abogacía no es un criterio válido para nulitar el caso que capta la atención de la Sala, menos cuando en las dos salidas procesales, adiadadas el 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2019, la inculpada asintió que, el defensor la asesoró en correcta forma al haberle suministrado la información apropiada para la comprensión de los cargos que le achacaron y las consecuencias inmanentes de aceptar unilateralmente los delitos enrostrados.

Al efecto, en audiencia de formulación de imputación, calendada de 28 de noviembre de 2019, el agente fiscal enunció a la procesada los delitos por los que la vincula a la

²⁴ C.S.J. Sala de Casación Penal, sentencia de 5 de septiembre de 2018, rad. 53286.

actuación penal²⁵; más adelante, el juez diecinueve penal municipal con función de control de garantías, ahondó en las consecuencias del allanamiento a cargos²⁶, indicando explícitamente que en caso de aceptar unilateralmente la culpabilidad tendría la sanción principal de prisión y, posteriormente, al inquirir a la encartada acerca de si la defensora la asesoró respecto a las implicaciones de asentar la responsabilidad en este primer estadio procesal²⁷, esta última respondió que sí, aun cuando en aquella oportunidad no aceptó los ilícitos enrostrados.

En audiencia preliminar posterior, adiada 10 de diciembre de la misma anualidad, ante el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el representante del ente instructor recapituló el marco fáctico y calificación jurídica verbalizada a la imputada en el acto de comunicación²⁸; seguidamente, insistió en las consecuencias inherentes a la aceptación de cargos enrostrados²⁹ y, en las postrimerías de su intervención, ratificó, la existencia de pena de prisión para los ilícitos achacados.

En efecto, la jueza de garantías, realizó los siguientes cuestionamientos³⁰:

Jueza: ¿Tiene plena claridad de los hechos por los cuales la Fiscalía le formuló imputación ante el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad?

*Procesada: Sí, su señoría.
(...)*

²⁵ Audiencia de formulación de imputación de 28 de noviembre de 2019, a récord 56:23" y ss.

²⁶ Récord 1:06:49" en adelante, *ibidem*.

²⁷ Récord 1:08:09" y ss., *ibidem*.

²⁸ Audiencia preliminar de allanamiento a cargos de 10 de diciembre de 2019, récord 1:00:10" y ss.

²⁹ Record 1:12:17", *ibidem*.

³⁰ Record 1:17:20, *ibidem*.

Jueza: ¿Entendió la pena que le impondrían?

Procesada: Sí, su señoría.

Jueza: ¿Entendió las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del allanamiento a cargos?

Procesada: Sí, su señoría.

Jueza: ¿Tiene claridad de los beneficios que podría tener si decidiera allanarse?

Procesada: Sí, su señoría.

A continuación, concedió un receso para que el representante judicial de la inculpada³¹, le clarifique algunas dudas a **BARRERA ROJAS** de forma que, a su conclusión, le interrogó respecto a si había ingerido algún tipo de bebida alcohólica o sustancia psicoactiva³², ante lo que la encartada negó haberlo efectuado y procedió allanarse a los delitos atribuidos, manifestando que comprendía las implicaciones de la determinación y, asimismo, haber recibido un adecuado asesoramiento profesional.

En ese orden de cosas, es notorio que la inculpada recibió la información completa atinente a los efectos inmanentes al allanamiento a cargos, pues le ilustraron, de una parte, los beneficios punitivos de sometimiento a la justicia premial y, por otra, que la pena principal a purgar es de prisión; de hecho, sobre el último aspecto, los jueces de control de garantías que presidieron las audiencias preliminares estudiadas, recalcaron que una de las consecuencias por aceptación unilateral de responsabilidad correspondía a que el cumplimiento de la pena sería la

³¹ Record 1:20:29", *ibidem*.

³² Récord 1:26:10", *ibidem*.

detención intramuros, por ende, advirtieron a cabalidad los datos que echa de menos el togado que asiste a la inculpada.

Es más, no deja de ser relevante, en la sesión de 10 de diciembre de 2019, en favor de la procesada se otorgó un plazo para esclarecer las dudas entorno a la culminación anticipada del proceso, de tal guisa que, en la finalización del receso concedido, no titubeó en aceptar la culpabilidad porque comprendía a plenitud lo que tal decisión entrañaba.

Además, ha de decirse que, en consonancia con lo que precede, el yerro enunciado por el libelista es indemostrado e inexistente puesto que, sin basamento alguno, la parte no recurrente enaltece una opinión subjetiva sin enfilear argumentos y medios de conocimientos a persuadir que, como sostiene, la actividad del letrado antecesor, fue precaria por sección conveniente de datos que hubieran variado ostensiblemente la decisión adoptada por la imputada.

Cabe recordar que la defensa técnica se patentiza, conforme a las particularidades de cada caso, en lo fundamental, en la evitación de arbitrariedades y condenas injustas en el sentido de garantizar la mejor y más óptima estrategia que privilegie los intereses de la procesada, por manera que, dentro del asunto que llama la atención del Tribunal, acorde al resumen realizado del desarrollo de las diligencias de formulación de imputación y posterior aceptación de responsabilidad de los cargos enrostrados, la Sala no encuentra tacha frente a la asistencia dispensada por los profesionales en derecho que agenciaron los derechos de **BARRERA ROJAS.**

En segundo lugar, en lo concerniente a la aducción de documentales junto con el escrito que descurre traslado como no recurrente, tampoco se compadece con la naturaleza de la intervención en tanto, la alzada, ni mucho menos las cavilaciones de oposición a la impugnación, son oportunidad para invocar fundamentos ni elementos no exhibidos en el trámite de primer nivel porque, de cierta forma, acceder a esa pretensión significaría reabrir debates que fueron superados y, por supuesto, vaciar de contenido el principio de preclusividad de las etapas procesales que rige la ritualidad de la Ley 906 de 2004, junto con el desconocimiento del derecho de contradicción de las demás partes e intervinientes.

Por si fuera poco, la postulación es confusa porque si lo que quería controvertir el representante judicial de la acusada era la existencia de vicios de consentimiento de aquella en el allanamiento a cargos, obsérvese que la oportunidad del planteamiento es inepta por extemporánea ya que, acorde con el artículo 293 del Código de Procedimiento Penal, tal cómo sucedió con el primer factor de oposición, no debió esperar hasta la activación del plazo para pronunciarse en lo contentivo a la reclamación de los impugnantes, por tanto, la pasividad latente del abogado, desde la óptica de las máximas orientadoras del instituto jurídico de la nulidad, desconoce la residualidad que gobierna la figura en cita.

Sobre el particular, el alto Tribunal de esta jurisdicción, ha señalado:

Desde luego, si de lo que se trata es de dar plena operatividad material al parágrafo del artículo 293 de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento, al momento de adelantar la audiencia de individualización de pena y sentencia, debe permitir que el imputado o su defensor, **si así lo alegan allí o presentan previamente escrito en dicho sentido, accedan a la posibilidad de anular la aceptación de responsabilidad penal, para lo cual, además, ha de abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tópico y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido sucedió, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron.** (CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 40053. Se subraya).

(...) no resulta posible la retractación pura y simple en orden a retrotraer el trámite, sino la solicitud de declaratoria de ineficacia de lo aceptado o convenido, previa invocación y demostración -en el incidente que al efecto ha de disponer el funcionario-, que la aceptación de cargos o el acuerdo con la Fiscalía no se llevó a cabo de manera libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y con la asistencia de un defensor, sino que, por el contrario, se presentaron vicios en el consentimiento o hubo violación de garantías fundamentales. (CSJ SP11726-2014, 3 sep., rad. 33409. Subrayas fuera de texto).

(...) Cuando con posterioridad al allanamiento se alegan vicios del consentimiento, **corresponde al juez abrir un espacio previo a su pronunciamiento de fondo, en el cual se discuta el tema y, más importante aún, el imputado y su defensor efectivamente prueben que lo aducido tuvo lugar, pues, expresamente la norma demanda del postulante demostrar que el vicio o la violación sucedieron,** caso en el cual, si la misma no se acredita y apenas obedece a la simple manifestación del imputado, ha de proseguir el funcionario con el trámite propio de la sentencia –eso sí, evaluando que tampoco se vulneran el principio de legalidad y la presunción de inocencia, como dispone el inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004.³³

Complementariamente, la enunciación genérica de documentos cuyo contenido refleja la evolución clínica de la encartada, sin acompasar los mismos con una proposición concreta, no deja de ser un ruego desprolijo que debe ser rechazado por la ausencia de concreción en el ataque.

³³ CSJ SP621-2018, 7 mar., rad. 51482.

En suma, no hay razones para acoger la imploración de anulación estudiada.

6.4.- Del control judicial al allanamiento a cargos

6.4.1.- Asumiendo que el allanamiento es una modalidad de preacuerdo, el margen de intervención judicial, en punto a la verificación del acto unilateral de aceptación de responsabilidad, tiene por límites aquellos trazados para la labor de constatación de la finalización negociada del proceso penal, esto es, preservar derechos y garantías fundamentales aunado a hacer efectivo el cumplimiento de los fines asignados por la ley a este tipo de mecanismos de terminación abreviada del procedimiento.

A propósito de este último aspecto, es indispensable recordar que, en torno a la tarea de corroboración de los presupuestos para emitir sentencia condenatoria, vía terminación anticipada del juzgamiento, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria especialidad penal, apunta³⁴:

*Cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al juez le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una **sentencia condenatoria**, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en*

³⁴ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de 11 de diciembre de 2018, rad: 52311.

cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.

La anterior reseña para indicar que el examen que enseguida efectuará la Sala, a las protestas de los quejosos, se centrará en la constatación de la materialización de los elementos enunciados, en clave a la aceptación unilateral de responsabilidad realizada por la procesada, pues válido es aclarar, de conformidad al artículo 327 del estatuto adjetivo penal, sólo es procedente la culminación anticipada del enjuiciamiento si existen elementos materiales de prueba que faciliten inferir razonablemente la tipicidad de la conducta y la responsabilidad de la acriminada, en el grado de conocimiento reclamado por los cánones 7 y 381 de la misma codificación.

Coherente con esa postura, destaca los planteamientos de la sentencia del 3 de febrero de 2016, SP931-2016, donde se lee:

“(...) Respecto de los controles que en particular debe efectuar el funcionario de conocimiento dentro de la verificación de la legalidad del preacuerdo (además de la concurrencia de evidencia mínima suficiente para llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, según lo establecen el inciso final del artículo 327 y el inciso 1º del artículo 381 de la ley 906 de 2004), tanto la jurisprudencia constitucional como la de la Sala se han referido a la debida consonancia que debe haber entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica que de la misma este organismo plasme en el escrito correspondiente.”

Al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia

de 15 de noviembre de 2018, AP4947-2018, explicó:

“En los casos de aceptación temprana de la responsabilidad, si bien, como lo prevé el artículo 327, ibídem, no podrá comprometerse la presunción de inocencia del procesado, la carga probatoria del Estado se morigera, precisamente a fin de no obstaculizar esas formas de terminación anticipada de la actuación, por la voluntad libre, conciente y suficientemente informada del procesado, al señalarse que solo procederán “si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría y participación en la conducta y su tipicidad”. Luego, se reitera, es completamente equivocada la pretensión del demandante acerca de la necesidad de un debate o contradicción en juicio relacionado con la suficiencia de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente recolectada, en los que soporta la Fiscalía la imputación o la acusación”.

6.4.2.- En ese orden de ideas, el reparo inicial que debe achacarse a la sentencia de primer grado es que, soportada en el control que le compete sobre el allanamiento a cargos, al constatar la atipicidad objetiva del punible de instigación a delinquir con fines terroristas, emerge contradictorio impartir legalidad al reconocimiento unilateral de responsabilidad de la encartada y, enseguida, absolver en la sentencia por tal ilícito, pues si no compartía la aceptación en torno al punible aludido, debió anular dicho acto procesal, decisión que, entre otras cosas, era susceptible de los recursos ordinarios.

6.4.2.1.- Al efecto, llegados a este punto, para mejor comprensión de las objeciones resaltadas por el Tribunal, la Sala tiene presente que, conforme al inciso tercero del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, los acuerdos celebrados entre los procesados y la Fiscalía, no pueden comprometer el principio de presunción de inocencia, y por tanto, solo son procedentes si existe un mínimo probatorio que permita inferir razonablemente que la conducta es típica y que el imputado

intervino en ella en condición de autor o cómplice, por manera que comprobada la ausencia de vicios del consentimiento y superado el estándar de prueba requerido, la aceptación de cargos comporta efectos vinculantes para las partes que no pueden retractarse de lo convenido y, por supuesto a su vez, para el juez que lo controla y aprueba.

Frente a esta temática, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que³⁵:

[...] que la aceptación de responsabilidad por parte del acusado mediante el allanamiento o cargos, o el acuerdo celebrado con la fiscalía con miras al proferimiento de un fallo anticipado, no sólo son vinculantes para la fiscalía y el implicado. También lo son para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

En ese contexto, acorde con el trámite surtido ante la jueza de primer grado, torna incuestionable que el juicio de tipicidad de cara a la conducta punible atentatoria del bien jurídico de la seguridad pública, efectuado con ocasión de la emisión de la sentencia atacada es inoportuno, porque, ese examen debió adelantarse en la sesión de 19 de febrero de 2020, cuando la cognoscente hizo la verificación del allanamiento, máxime que fue la oportunidad procesal en la que la Fiscalía exhibió los elementos materiales probatorios que soportan la pretensión punitiva y, por tanto, era el escenario para cuestionar la inexistencia de probanzas que

³⁵ Decisión de 3 de febrero de 2016, radicación 43356.

acrediten la materialidad y responsabilidad del delito achacado a **BARRERA ROJAS**.

En consecuencia, la falladora al ser la competente para la evaluación del haz suasorio, en caso de apreciar que el conjunto de elementos de juicio arrimados no superaba el umbral de conocimiento para proferir sentencia condenatoria por la conducta punible de instigación para delinquir con fines terroristas, no debió aprobar el allanamiento por cuanto es incoherente que, con posterioridad, recoja su conclusión inicial para polemizar en la adecuación típica de un comportamiento cuyo aval otorgó previamente.

6.4.2.2.- Ahora bien, no deja de ser llamativa la incorrecta aplicación por parte del juzgado de primera instancia, del precedente estatuido en la decisión de 2 de agosto de 2017, radicación: 45826, porque, tal posición está desueta en la actualidad, en tanto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria especialidad penal, recogió los planteamientos esgrimidos hasta ese entonces y, a la sazón del criterio de obligatoria observancia vigente al día de hoy, no es dable vía preacuerdos o allanamientos proferir una sentencia absolutoria de cara a uno o todos los cargos negociados o aceptados, según corresponda.

En efecto, si bien con anterioridad al pronunciamiento de 10 de diciembre de 2019, rad: 50748³⁶, era admisible la posibilidad de emitir fallo absolutorio, a partir de dicha providencia la interpretación se precisó, toda vez que, el juez al que le sea sometido a su consideración, como sucede en el

³⁶ Puntualmente en la consideración número 4.4. el Alto Tribunal presenta los argumentos de viraje jurisprudencial, omitido por el Juzgado.

particular, un allanamiento a cargos, tiene la disyuntiva de aprobarlo y emitir la decisión condenatoria correspondiente o rechazarlo y continuar el trámite ordinario con la consecuente declaratoria de nulidad, entonces, la determinación adoptada no se acompasa a la hermenéutica imperante y, además, bajo el argumento impropio e indemostrado de atipicidad objetiva de la conducta punible de instigación a delinquir con fines terroristas, dio prevalencia a una forma de comprensión del tópico que fue superada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y, por consiguiente, lo solucionó de una forma que se divorcia de los cauces de entendimiento apropiados del instituto jurídico en estudio.

El fallo aludido reseña:

Entonces, la aceptación de un allanamiento –y del preacuerdo también- limita la facultad decisoria del juez de conocimiento en dos aspectos: (i) en cuanto al momento en que debe dictar sentencia, porque ya no será el ordinario legal, es decir, al finalizar el juicio oral; y (ii) en cuanto al sentido de la decisión, pues esta sólo podrá ser condenatoria. Esta conclusión obedece no solo al fundamento del trámite abreviado –renuncia al derecho a no autoincriminarse- sino a la existencia de reglas legales expresas que así lo disponen:

- El artículo 293 señala que «**Examinado** por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, **procederá a aceptarlo...** y convocará a audiencia para la **individualización de la pena y sentencia**». Seguidamente, el párrafo consagra otro sentido posible de su decisión: declarar la invalidez de la actuación por vicios de consentimiento o, en general, por infracción de garantías fundamentales.

- El artículo 351 dispone que: «**Aprobados** los preacuerdos por el juez, procederá a convocar la audiencia para **dictar la sentencia correspondiente**» (inc. 5), pero antes de esta prescripción dispone el carácter vinculante de la negociación de culpabilidad: «Los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado **obligan al juez de conocimiento, salvo que desconozcan o quebranten las garantías fundamentales**». Esta norma también consagra dos alternativas: o se dicta sentencia en los términos pactados o

admitidos, que no pueden ser otros sino los que presuponen la alegación de culpabilidad, o se corrige la violación de las garantías propias del debido proceso.

- Con mayor claridad aún, el artículo 369.2 delimita la competencia material del juez frente a la alegación de responsabilidad: (i) la acepta y procede a dictar la respectiva sentencia condenatoria o (ii) la rechaza y «adelantará el juicio como si hubiese habido una manifestación de inocencia». Entonces, la única consecuencia jurídica posible de la improbación de aquella será la continuación del trámite procesal ordinario y, en caso de haberse avalado un allanamiento irregular, esta decisión tendrá que ser removida para que recobre vigencia la presunción de inocencia y el principio de jurisdiccionalidad a plenitud.

Recuérdese, además, que los allanamientos y preacuerdos son formas de negociación entre la Defensa y la Fiscalía (libro III, título II, C.P.P.); por ende, implican renunciaciones mutuas de ambas partes: el procesado, como se ha dicho, se abstiene de ejercer los derechos a no autoincriminarse y a tener un juicio con todas las garantías descritas en el literal k del artículo 8; mientras que, la entidad estatal pierde la oportunidad de realizar ajustes fácticos y/o jurídicos a la imputación y a la acusación, en los términos definidos en la sentencia SP2042-2019, jun. 5, rad. 51007, así como de continuar la investigación con la posibilidad de hallar más evidencias del delito.

Conforme a los argumentos expuestos, la aprobación de la declaratoria de culpabilidad representa el presupuesto procesal necesario de la respectiva sentencia anticipada que, se recordará, conlleva la renuncia y consecuente derogación del juicio. Siendo así, un vicio en aquél, inevitablemente, se transmitirá al acto procesal derivado o subsiguiente, el que, adicionalmente, pudo haber reproducido la anomalía en sus fundamentos adoptando, entonces, la forma de un error de juicio, como ocurre, por ejemplo, cuando la conducta por la que se declara responsabilidad es atípica. En consecuencia, si la medida correctiva abarca, únicamente, la sentencia –reemplazo por otra-, subsistirá el acto procesal que le sirvió de antecedente, es decir, el control positivo de la autoincriminación cuya firmeza mantiene la obligación para el juez de la causa de dictar una decisión condenatoria.

Así, refulge equivocado lo realizado por la jueza de primera instancia en la medida que, a contramano de lo sostenido por la alta corporación, dio vía a una decisión que se ajusta a una postura desueta en la actualidad toda vez que, de ninguna forma, podía absolver a la inculpada por la

comisión del ilícito previsto en el inciso 2 del canon 348 del Código Penal, pues en caso de no observar la concurrencia de los presupuestos para declarar la responsabilidad penal de **BARRERA ROJAS** respecto a este ilícito, acorde a los derroteros expuestos arriba, debió anular el acto procesal de aceptación unilateral de culpabilidad en lo que atañe al delito en concreto, porque, fue visto en precedencia, de hallar que inexorablemente la conducta era atípica, no estaba habilitada para absolver a la procesada.

6.5.- De la concreción de la instigación a delinquir con fines terroristas

6.5.1.- El artículo 348 de la Ley 599 de 2000, describe este ilícito en los siguientes términos:

ARTICULO 348. INSTIGACION A DELINQUIR. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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 (1.500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema Justicia en providencia de 27 de julio de 2015, rad: 44264, acerca de esa conducta punible, explicó:

“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 tiempo.

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 ésta 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 delictivos.

Criterio del cual participa Sebastián Soler, exigiendo de la conducta encaminarse externa y claramente a la realización de un punible, entendido éste como un hecho específico que encuadre en un delito previsto en la ley punitiva.

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 proceder.

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 participación,

opinión compartida por Edgardo Alberto Donna.

Así entonces, 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. Ha de referirse claramente a los hechos constitutivos de delito.

Adicionalmente la provocación tiene que ser grave y seria. Exhibir capacidad e idoneidad para estimular la intención del actuar criminal, en virtud a que ésta conducta se reprime en función de la perturbación pública que de ella deriva y del riesgo que el punible se cometa. Debe reflejar, la aptitud objetiva y la fuerza suficiente para avivar en los destinatarios el deseo de ejecutar el punible.

En ese orden, no es concebible la concurrencia de una incitación culposa surgida de una manifestación imprudente, solo puede presentarse con el propósito particular de convencer a otros para que efectúen lo que el agente enseña, manifiesta y aclama. No interesa que el delito incitado se produzca por tratarse de un punible de mera conducta».

(...)

El autor debe conocer y querer cada uno de los elementos estudiados constitutivos del tipo objetivo.

6.5.2.- De acuerdo con ese lineamiento jurisprudencial, el comportamiento penalmente reprochado en la figura típica aludida consiste, en lo esencial, en la emisión de un mensaje lo suficientemente persuasivo para plantar en la mente de los receptores, la idea de comisión de delitos sin que sea necesario que se ejecuten los dictados contenidos en dicho pensamiento, ya que la concreción de este último no es una contingencia que mine el examen de adecuación típica del comportamiento delictual en revisión.

Luego, una expresión verbal, escrita, actuada o, cualquiera que sea la modalidad, obligatoriamente, para configurar el ilícito en cuestión, tiene que consistir en incitación directa, clara e inequívoca a un grupo de

ciudadanos, receptores del mensaje emitido, para realizar una conducta criminal.

Este razonamiento perfila, principalmente, la naturaleza del reato en comento, e igualmente, con fijación a la naturaleza dinámica de las nuevas tecnologías, es comprensible que no se haya consagrado una sola vía de transmisión del mensaje sugestivo e incitador, en tanto, la difusión de una idea de instigación puede cobrar relevancia por todo aquel camino apto para convencer al conglomerado, de suerte que no hay forma exclusiva de alocución para acometer la finalidad castigada en este comportamiento delictivo.

6.5.3.- Con base en las premisas que anteceden, con el objetivo de responder los reproches de los apelantes a la decisión de primera instancia, encuentra el Tribunal que al recapitular la sentencia atacada, sintéticamente, la jueza *a quo* absolvió a **DANEIDY BARRERA ROJAS** de la comisión del delito de instigación a delinquir con fines terroristas porque, consideró, la divulgación de una pieza filmica de autoría de la implicada, en la que protagonizaba la destrucción de la estación del sistema de transporte público Transmilenio, denominada Molinos, era un acto de promoción personal de la inculpada a razón de su oficio de youtuber, de manera que, era una difusión propagandística a efectos de ganar seguidores, es decir un propósito alejado del cometido incitador que le atribuyen.

Además, apareja a esa razón, el hecho que, subraya, de una parte, hubo manifestaciones contestatarias y de repudio

por parte de los usuarios de las distintas plataformas en las que trascendió el video y, por otra, no es dable establecer una relación de causalidad entre la emisión de ese corto y los desmanes acaecidos en distintos puntos de esta ciudad capital en las jornadas de protesta, dentro del contexto de paro nacional ocurrido en noviembre de 2019.

Para rebatir esos planteamientos, de forma unísona los recurrentes exponen que, en su opinión, la cognoscente hizo una equívoca valoración del material probatorio, debido a que, hacen énfasis, de ninguna forma es dable asumir que la procesada quería multiplicar el número de adeptos, porque al hacer pública la imagen en la que utilizaba un lenguaje persuasivo de ataques a bienes públicos y, a su vez, perpetrar un asalto a las instalaciones y herramientas de recaudo de una estación de abordaje de Transmilenio, concluyen, es un discurso que quiere alentar la vandalización y el caos, claros generadores de zozobra e intranquilidad social o, lo que es lo mismo, abastece a plenitud los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal previsto en el inciso 2 del artículo 348 de la Ley 599 de 2000.

Incluso, resaltan, es incomprensible que la falladora cimente la absolución en la reacción negativa de los receptores del mensaje divulgado y la inexistencia de causalidad entre aquel y los brotes de violencia y devastación ocurridos con posterioridad a su publicación, porque, llaman la atención, el delito de instigación a delinquir es de mera conducta por lo que no es reclamable la producción de un resultado concreto.

6.5.4.- A la luz de esas posturas, la Sala encuentra acertadas las reclamaciones de los impugnantes, toda vez que las razones esgrimidas por la *a quo* no se avienen a la realidad probatoria que milita en la actuación y, mucho menos, a los mandatos legales para proferir sentencia condenatoria en sede de terminación anticipada del proceso penal, a través de allanamiento a cargos, comoquiera que, en términos generales, construye una interpretación subjetiva del alcance de la divulgación de un video que, en el marco de la protesta social, se destruyen bienes públicos.

Sea lo primero decir, entonces, el hecho de que la procesada haya creado y pregonado un video en la red social Facebook, en el que vocifera mensajes de inconformismo con el Gobierno Nacional y asola una estación del sistema de transporte público de Bogotá D.C., no puede ser calificado como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

En punto a ese preliminar razonamiento, este juez plural remembra que la función jurídica de la garantía superior en cita es proteger la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones de toda índole, en especial de aquellas que, desde un contexto político, puedan ser consideradas contrarias a las tendencias mayoritarias o a la visión institucional de los fenómenos, en consecuencia, se establece precisamente para proteger el discurso disidente.

Ahora, una exteriorización de este derecho constitucional es, por ejemplo, la protesta³⁷ que por su

³⁷ En CIDH, Informe Anual 2005, Volumen III, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 27 de febrero de 2006, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, Capítulo V, “Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión”, aduce que “las manifestaciones públicas

propia estirpe disruptiva está llamada a perturbar el orden, sin que la realización de manifestaciones alineadas con el ejercicio de esta prerrogativas pueda ser objeto de reproche o represión, si y solo si, valga aclarar, esos actos discurren dentro de los canales pacíficos, es decir, no traspasan los límites del derecho penal por afectación de los bienes jurídicos que protege, en tanto que, en esos eventos, el comportamiento es condigno de persecución y castigo al ser prohibido.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, frente a este puntual tópico advierte que se *“reconoce que en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse”*³⁸.

A esos presupuestos hay que agregar que, el mismo organismo internacional, ha considerado que, sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresiones, existen ciertos tipos de discurso que, por virtud de

como ejercicio de la libertad de expresión” porque, en términos generales, la expresión de opiniones, difusión de información y articulación de demandas constituyen objetivos centrales de las protestas. Al respecto, la CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han reiterado que “[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

³⁸ Tomado de CIDH, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57 31 diciembre 2009, párr. 198.

prohibiciones expresas plasmadas en el derecho internacional de los derechos humanos, no gozan de protección bajo el artículo 13 de la Convención Americana, en el marco de una protesta social.

En consecuencia, en concreto, la propaganda de apología al delito, por tratarse de la incitación directa y pública a la comisión de ilícitos está proscrita a nivel del derecho internacional convencional y, por tanto, rebasa el marco de amparo de las demandas de la ciudadanía en contra del gobierno de turno, como modalidad de materialización de la libertad de expresión.

Con base en lo anterior, resulta imperioso anotar que, el ámbito de protección de las garantías en cuestión no cobija la propaganda que alienta la ejecución de delitos o, en su defecto, aquellos discursos que promueven la privación de derechos de los asociados, mucho menos los que generan alarma e intranquilidad social.

Así pues, la protesta no se erige como una autorización ilimitada para emprender la difusión de mensajes que riñen con el ejercicio de esas garantías individuales, por ejemplo, impeler a los asociados a agredir a sus pares o devastar los bienes públicos.

6.5.5.- Bajo esa senda de pensamiento, a no dudarlo, las imágenes transmitidas desde el perfil de Facebook de **DANEIDY BARRERA ROJAS**, son depositarias de una proclama que no se acompasa con el área de reivindicación y resguardo de los derechos fundamentales de la libertad de

expresión y protesta, comoquiera que, a contramano de lo concluido por la jueza de instancia, no tuvieron por finalidad el incremento en el número de fanáticos de las plataformas virtuales que regenta la procesada, sino el convencimiento al conglomerado para la comisión de delitos, verbigracia, daño en bien ajenos y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial con la proyección de actos de arrasamiento que tienen la vocación de contribuir a la alteración del orden público que trastocan la armonía social y con aptitud de ocasionar la intranquilidad colectiva.

Corolario de lo anterior, se puede señalar, el propósito dilucidado por la jueza *a quo* es una reflexión especulativa y remota de los soportes probatorios incorporados al diligenciamiento, pues, en atención a los elementos que militan en el legajo, el Tribunal no comprende con base en qué elementos de juicio, la cognoscente concluyó que la encartada tenía por finalidad incrementar los seguidores en sus canales virtuales personales; es más, trae implícita una premisa incorrecta, consistente en que, si la finalidad es la obtención de un beneficio personal, los delitos que se comentan para alcanzar el fin, son atípicos, más aún cuando aparejan la repetición en un ambiente de agitación social en el que se extendió el ataque a bienes públicos, es especial, los que integran los medios de transporte distrital.

La deducción a la que arribó el juzgado de primer nivel es, una suposición habida cuenta que, al estar en la orfandad demostrativa, se trata de una idea que no puede guiar las determinaciones judiciales, en tanto que la adopción de una decisión sin acreditación de ningún tipo, es tanto como

anteponer la percepción particular por encima de la valoración crítica de la prueba.

Fuera de esta disquisición, observa este fallador pluripersonal que, la inculpada no rindió siquiera interrogatorio que permita soportar la conclusión, por tanto, se ratifica que la jueza de primera instancia infirió de manera descontextualizada una ilación que **BARRERA ROJAS** no expresó, por el contrario, concurre prueba actual, cierta, objetiva y suficiente de que esta persona no estaba simplemente haciendo un llamamiento a adherirse a las plataformas web en las que, periódicamente, publica contenidos, sino que tenía la clara intención de promover la violencia ilegal respecto de los bienes utilizados para la prestación del servicio de transporte público, mediante la implementación de amenazas creíbles de perpetración de actos análogos a los que divulgó, lo cual, además de influir el comportamiento y percepción de los receptores, contribuye decididamente en recrudecer el ambiente conturbado en las jornadas de protesta social de noviembre de 2019, entonces, azuza a la población por conducto de la advertencia de comisión de actos que ponen en peligro los enseres del sistema masivo y articulado de movilización, Transmilenio.

De esta manera, la afirmación de la *a quo* consistente en que la conducta punible es atípica por no actualizar los elementos de la figura delictual enrostrada, porque, asegurar que la finalidad de **DANEIDY BARRERA ROJAS**, no es otra que captar más adeptos y la generación de réditos económicos, es una apreciación que no es fiel con los elementos de juicio que reposan en el expediente en la medida que no ausculta la

veracidad de su contenido.

Además, olvida que el dolo del sujeto activo de una conducta punible, por ser un fenómeno eminentemente interno, difícilmente encuentra acreditación a través de medios de prueba directos, por manera que, en no pocas oportunidades debe sustentarse en la valoración de los actos externos a través de los cuales esa voluntad y querer de trasgredir la norma se materializan y permiten, a la luz de los postulados de la sana crítica, arribar a la certeza racional sobre un asunto que, de otra manera permanecería en su fuero íntimo³⁹, lo que al aplicarse al *sublite* lleva a aseverar que la inculpada desplegó expresiones exógenas congruentes y consecuentes con la intención de infringir la conducta castigada en la disposición 348 de la ley sustantiva penal.

Véase que, en torno a la imputación del tipo subjetivo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de forma regular ha establecido que *“el dolo está conformado por dos componentes, el cognitivo-intelectivo, que exige tener conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo; y, el volitivo, que implica querer realizarlos; por tanto, actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización”*⁴⁰, en consecuencia, esta modalidad de accionar es la disposición de ánimo hacia la realización de una conducta típica que genera un daño o puesta en peligro del bien jurídico, sin justificación alguna.

La demostración de los presupuestos antedichos se

³⁹ Consultar Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 30 de mayo de 2018, rad: 50950.

⁴⁰ Decisión Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, AP1862-2016.

ejecuta a través de razonamientos inferenciales, sustentados en hechos externos pasibles de acreditación, pues siendo el dolo una manifestación del fuero interno de la responsable del delito, las actuaciones desplegadas por la acusada son la única vía conteste que ponen en evidencia un comportamiento consciente y voluntario orientado a instigar a delinquir.

En efecto, en la decisión SP3334-2016, se lee:

La Sala ha enfatizado en que para la determinación procesal del dolo se ha de partir del examen de las circunstancias externas que rodearon los hechos, ya que tanto la intencionalidad en afectar un bien jurídico o la representación de un resultado ajeno al querido por el agente y su asunción al no hacer nada para evitarlo, al ser aspectos del fuero interno de la persona se han de deducir de los elementos objetivos que arrojan las demás probanzas.

En ese orden de ideas, al confrontar los argumentos que sustentan la absolución por la conducta típica del inciso 2 del artículo 348 del Código Penal, con las pruebas incorporadas en el expediente, se establece sin hesitación que las críticas formuladas por los impugnantes son acertadas, en cuanto se encuentra acreditado que la encartada incurrió en el comportamiento endilgado.

En esta oportunidad, en apego a los lineamientos explicativos trazados en el ordinal 6.4.2.1. del anterior apartado, la corroboración judicial gravita en torno a la verificación de la superación del umbral del mínimo probatorio idóneo para acreditar el grado de conocimiento estatuido para emitir sentencia condenatoria -artículo 381 Ley 599 de 2000-, por manera que, sin tropiezo se advierte que efectivamente la acusada, de forma consciente y voluntaria,

direccionó su actuación a efectos de incitar en los receptores de su mensaje audiovisual a la ejecución de actos proscritos por el ordenamiento jurídico idóneos para promover intranquilidad general, encubriendo esa prohibición con el inadmisibles pretexto de alentar la movilización social en noviembre de 2019.

En ese sentido, el verbo rector del delito objeto de análisis, corresponde a la locución incitar cuya connotación, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁴¹, es *mover o estimular [a alguien] para que ejecute algo*, por ende, sucintamente, la acción realizada por la penada ha de avenirse a esa modalidad comportamental, aparejado a los matices jurisprudenciales significados en la apertura de este epígrafe.

Así, véase, la inculpada no enuncia un mensaje neutral, por el contrario, apela a comentarios incitadores en la medida que, propala una manifestación pública e inequívoca templada con la provocación de estragos en el servicio de transporte público masivo de Bogotá comoquiera que, por conducto de los canales virtuales de divulgación del contenido personal, trasciende el fin de la comunicación referida, puesto que es un medio apto para disuadir y esparcir el pensamiento comunicado.

Al mismo tiempo, la Corporación no puede obviar que, la idoneidad del medio elegido se predica del auge de la era digital, en la que las plataformas dominantes como Facebook, Twitter y YouTube, son los escenarios predominantes que

⁴¹ <https://www.rae.es/dpd/incitar> consultado 30 de mayo de 2021.

tiene la población de disfrutar de los foros de acceso a la información y, adicionalmente, tornar estos espacios como los más atractivos para participar en las discusiones democráticas.

Desde luego, no es apresurado plantear que las tecnologías digitales han ampliado enormemente la capacidad que tienen los particulares y los grupos de la sociedad civil de organizarse, movilizarse y promover la transformación social.

Estos lineamientos, convierten a las plataformas virtuales en piedra angular de los *influencers* en el sentido que, hacen las veces de caja de resonancia de su opinión, por ende, el radio de amplitud de su narrativa depende directamente de la viralización de las ideas irradiadas, de ahí que, sea absolutamente comprensible que una persona, debido a su condición de youtuber, tenga allanado el terreno para instigar la conducta de terceros, porque el mayor alcance de sus mensajes obedece a la mayor visibilidad que tienen, respecto de cualquier otro usuario que divulgue un filme.

Por ende, dentro del caso concreto, los medios online utilizados por la inculpada tienen un gran potencial de recepción en la audiencia, no solo por la cercanía de acceso de los usuarios a la información, sino, se itera, también por las calidades de quien difunde el video en la medida que goza de más espectadores, credibilidad y confianza – aunque también, crítica y rechazo -, por parte de los consumidores de contenidos virtuales, dado que, puede transmitir opiniones, fomentar y sembrar el convencimiento en terceros a partir de videos que publicitan sus redes social, incluyendo, como

acontece en los hechos que captan la atención, deliberadas expresiones de una voluntad provocadora que tuvieron lugar en el seno de un ambiente conturbado y con miras a truncar el funcionamiento armónico y normal del servicio de transporte público, con las graves consecuencias que en el sentimiento social generan.

Corolario de los razonamientos presentados, las frases y gestos grabados y promulgados por la acriminada no es una simple opinión, habida cuenta que en un primer instante, en apego a la literalidad de sus palabras, expresa, *mientras unos estaban saqueando, yo estaba destruyendo lo que era del Estado, pero esa es una de las formas en las que el pueblo puede manifestarse, sin pasarse (sic) desapercibido*, para inmediatamente después, proyectar la forma en que golpea, rompe y elimina la funcionalidad de las puertas corredizas de ingreso a los buses articulados, los torniquetes de acceso y sistemas electrónicos de recaudo de la estación Molinos de Transmilenio.

No siendo suficiente lo anterior, seguidamente, agregó que los daños ocasionados los tiene que reparar el Estado, con el dinero que los funcionarios “*roban*”⁴², por manera que acentúa su invitación mediante el incentivo de la indemnidad económica de aquellos que participen de sus actos y los emulen, pues, considera, la vandalización de bienes públicos no tiene repercusión pecuniaria en los responsables de los desmanes en tanto, asegura la acusada, los costos deben ser asumidos por el erario a razón de que, con verdadera

⁴² Las palabras textuales que expuso: “*Amigas, yo sé que tal vez algunas de su familia que trabaja en el estado, tienen que recoger esto, pero sabe que el estado tiene que invertir millones, millones de lo que nos roban a nosotros para recuperar todo lo que estamos dañando*”.

extrañeza, hace un llamado a las vías de hecho como forma de retaliación por la corrupción de la administración pública, equivoca visión que solamente alimenta el deseo de repetición de los comportamientos que proyectó, bajo el sofisticado argumento que esa forma de protesta es admisible y protegida por el ordenamiento jurídico.

En esa senda de discernimiento, para esta Sala, la acriminada implementó un lenguaje verbal y corporal apto para movilizar a los receptores de la idea transmitida, porque, impulsa a las personas que visualizan el material filmico a atentar contra bienes públicos como forma concreta de ejercicio de la protesta, sin que sea posible trazar un nexo entre el instigador y los instigados, porque no hay certeza y precisión de la identidad de estos últimos, empero, con todo y la indeterminación del extremo pasivo del mensaje incitador y provocador, no hay resquicio a polémica en que el contenido de la pieza audiovisual publicada es inequívoca, por cuanto las palabras usadas tienen la capacidad de estimular el actuar criminal vertido en la comisión de daño en bien público y/o perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, lo que, en el contexto en el que se desarrolló, entraña cooperar para subvertir el orden público comoquiera que desestabiliza gravemente el funcionamiento del servicio de movilización intraurbana de pasajeros, situación que inquieta a la población al ser generador de alarma en los asociados.

Por tanto **BARRERA ROJAS**, instiga a los asociados a cometer determinados hechos sancionados punitivamente, bajo el inaceptable ropaje de legitimidad de la inconformidad,

pues, fue visto arriba, la libertad de expresión no patrocina ni salvaguarda discursos de apología al delito.

Luego, resulta irrefutable que el argumento consistente en que el genuino interés de la enjuiciada era ganar seguidores, es un fundamento trivial y una disertación reduccionista, en tanto obvia que la proyección de actos vandálicos en plataformas virtuales de consulta y difusión de la información, como forma de persuasión directa de los receptores para adherirse a la protesta social, es un evento tangible de instigación que comporta censura por parte del *ius puniendi* de suerte que, refleja la fuerza suficiente y reclamada para avivar el deseo de delinquir, toda vez que envuelve un mensaje contundente y decisivo en la persuasión de aquellos que captan el corto, es decir, la agente infractora enseña y aclama su intencionalidad y conocimiento de querer cada uno de los elementos del tipo penal agraviado, habida consideración que la enunciación de una arenga para alentar la destrucción de bienes públicos, acompañada de imágenes contestes con ese ideal, en tanto ilustra el asalto a una estación de Transmilenio, constituye, un comportamiento direccionado a promover en otros la comisión de delitos, sin que sea de interés la producción de los mismos.

La Sala no desconoce que la amplia difusión del video que censura la Fiscalía, pudo reportar el incremento de adeptos y la percepción de réditos económicos, puesto que la utilización de plataformas web que viralizan contenidos multimedia trae consigo reconocimientos estimables monetariamente, empero tal situación no descarta el actuar

doloso de la acusada en la comisión del delito que se le atribuye.

Ciertamente, reitera la Corporación, en esa pieza audiovisual, **BARRERA ROJAS** propagó un mensaje incompatible con la protección constitucional para la expresión o divulgación de ideas opuestas a un modelo de gobernanza, porque enaltece situaciones de destrucción, circunstancias ostensiblemente opuestas a la llana propagación de contenido orientado a magnificar y ampliar el número de usuarios que lo visualizan.

De acuerdo a esa asección, no es valedero justificar el sugestivo proceder de la acusada bajo el manto de publicidad y exaltación de su actividad personal de youtuber, a razón de que, sin recato alguno, esta última, de forma frontal e ineludible creó un video con la exclusiva intención de exaltar una modalidad repudiable de protestar, atinente a emprender acciones violentas respecto a bienes públicos, específicamente el medio de transporte masivo de esta urbe.

Así pues, a esta altura de las consideraciones, se remarca, promover violencia o cualquier otra acción similar contra las estaciones de Transmilenio, al tener la capacidad persuasiva para lograr este objetivo, significa un verdadero riesgo contra la prestación del servicio público de transporte.

En consecuencia, hay que reparar que en la sentencia confutada, se deben sopesar las condiciones objetivas y subjetivas en las que **DANEIDY BARRERA ROJAS** desarrolló su conducta, quien se hallaba en posibilidad de entender que su

acción actualizaba la totalidad de los componentes del delito de instigación a delinquir con fines terroristas.

Conviene aseverar que, el análisis de la existencia del dolo a partir de consideraciones ajenas a la situación fáctica que rodeó el evento delictivo, como sería el oficio de la autora, es una mutación de lo que pasó en realidad por la mente de la enjuiciada, comoquiera que, insiste la Sala, la imputación del tipo subjetivo debe emanar del análisis de las circunstancias fácticas acreditadas durante la actuación, y no a suposiciones incontrastables, porque tal razonamiento conlleva a defectos que desvirtúan la estirpe delictiva de la actuación de la condenada que, valga repetir, voluntariamente decidió perpetrar un comportamiento censurable a sabiendas de la naturaleza del mismo y, por demás, queriendo su consumación en la medida que comprendía la ilicitud de su proceder.

Desde luego, sin espacio a dudas, el caso en observación reúne a plenitud los elementos de la estructura típica del ilícito contemplado en el artículo 348 de la Ley 599 de 2000, habida consideración que, fruto del análisis realizado en precedencia, **DANEIDY BARRERA ROJAS**, deliberada e inequívocamente enfiló su comportamiento en la elaboración y proyección de un video perfilado a incitar directamente a la población a la perpetración de daños en los bienes públicos, como forma contestataria a las políticas del Gobierno Nacional, lo que traduce en ese escenario en instigación a delinquir.

De otro lado, la ponencia original, en lo fundamental,

esbozaba los planteamientos advertidos en precedencia, aun así la Sala mayoritaria no compartió la exclusión de la circunstancia de agravación prevista en el inciso 2 del artículo 348 del Código Penal, pues, el marco factual es indicativo de la concurrencia de una finalidad terrorista en el ilícito achacado a la procesada de manera que, el Tribunal no puede obviar la configuración de ese propósito específico; accionar en la modalidad conductual, que necesariamente debe interpretarse con la descripción alternativa que hace la legislación en el artículo 343 ibid, tanto por la naturaleza y trascendencia de los actos en el medio social y los bienes jurídicos o materiales sobre los que recaen, en este caso, medios de transporte masivo.

Al reconstruir el contorno fáctico, se evidencia que, en el seno de las jornadas de paro nacional adelantadas en noviembre de 2019, acaecieron bloqueos en vías públicas y movilización de manifestantes por las mismas; no obstante, ocurrieron actos impropios de la expresión de inconformismo ciudadana porque, en distintos puntos de esta capital, hubo recurrentes reportes de vandalización de bienes públicos, atemorizando sin duda la población que pretendiera si quiera acercarse al uso del medio de transporte, por la superlativa destrucción de su normal funcionamiento al que fue sometido con el modo utilizado por la acusada.

Por ende, las expresiones en comentario no son coherentes con los valores y principios del derecho fundamental ejercido de la libre expresión debido a que los reclamos, si bien pueden chocar e inquietar la tranquilidad y cohesión social, estos no tienen como medio legítimo y eficazmente válido, en

la protección legal de la seguridad pública⁴³, perturbar a la población o un sector de ella, mediante la provocación de un estado de sobresalto con actos materiales y ostensiblemente destructores de bienes de uso absolutamente necesario e importante para un gran grupo de usuarios en sus rutinas diarias, actos de la procesada, de innegable alarma social negativa y de connotada sumisión a un estado ciudadano angustiante por la inseguridad lograda respecto del medio de transporte.

Conforme a esta descripción, emerge incuestionable que, el ambiente para aquel entonces, estaba inmerso en la incertidumbre, pues el ataque a bienes públicos corresponde a una situación de angustia y temor que se atempera con la coyuntura de zozobra, porque la potencialidad dañina de los actos de asolación reportados degrada la paz colectiva inherente a un Estado constitucional.

Es equivocado desechar, al momento de verificar el proceder doloso de la conducta reprochada, el contexto en el que se produce el comportamiento, pues, probablemente en un entorno de normalidad, la peligrosidad que entraña la instigación no tenga la misma potencialidad, escenario que merecerá el análisis respectivo al caso concreto, *justamente, porque el dolo es correspondencia o relación intelectual del sujeto a la conducta. De modo que el contexto de los hechos, es revelador de la realidad que el sujeto valora al momento de ejecutar comportamientos relevantes ante el derecho*⁴⁴, empero, en el asunto de la especie, los elementos traídos por la

⁴³ Bien jurídico claramente previsto en el Título XII del Código Penal, donde se ubica el comportamiento por el que fue acusada DANEIDY BARRERA ROJAS.

⁴⁴ C.S.J., sentencia de 14 de abril de 2021, rad. 57321.

Fiscalía, dan cuenta de la extendida ola de violencia que caracterizó la jornada de protesta del 22 de noviembre de 2019, luego, el acto y la palabra provocadora entrañó mayor nivel de peligro.

A efectos del cargo particular endilgado a la procesada, hay que decirse que promovió el acrecentamiento y mantenimiento del estado de conturbación comentado, toda vez que, obsérvese, sacando provecho de la angustia generalizada, entabló actos orientados a conservar de forma duradera tal pavor, porque, mediante la vociferación de glosas incitadoras y actos de devastación a una estación de Transmilenio, propugnó por el daño de edificaciones necesarias para la prestación del servicio público de transporte, por consiguiente, de un lado, causó estragos palpables que alteraron la funcionalidad de los enseres del medio de transporte masivo de esta urbe dado que, perturbó la utilidad de las puertas de vidrio, dispositivos de lecturas de tarjeta, equipos de carga automática y registradoras de acceso del punto de abordaje denominado Molinos.

De forma indeclinable, es nítido para la Corporación que, el asalto y ataque a la prenombrada estación es, cuando menos, un acto de incitación que, en el marco de alteración del orden público, contribuye decididamente a la continuidad de su turbación con asidero en que articula un comportamiento de perpetuación del temor generalizado que, mediante la utilización de elementos idóneos como martillos, no solo causó los daños determinados atrás sino que coetáneamente, con la difusión de los mensajes de aliento a delinquir, ciertamente, actualiza la permanencia de las

condiciones de alteración del orden público, porque focaliza el llamamiento de ataque a bienes concretos, por contera, sus ruegos van dirigidos a la repetición del comportamiento, esto es, a la concreción de un ambiente que erosiona la tranquilidad de los asociados.

Impone lo anterior precisar que, jurisprudencialmente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, frente al terrorismo ha significado que es un comportamiento que no no demanda la lesión efectiva de la vida o la integridad de las personas, porque basta con generar temor o zozobra en la población con el empleo de elementos o medios potencialmente aptos para ese propósito, por tanto, el resultado exigible para lesionar el bien jurídico de la seguridad pública es que el comportamiento desplegado tenga la idoneidad para amedrentar o poner en estado de pánico o incertidumbre al conglomerado o parte de este.

En la sentencia CSJ SP13290-2014, rad. 40401 esta Corporación afirmó:

*De lo expuesto puede concluirse en el análisis dogmático del delito de terrorismo, que tiene un sujeto activo indeterminado, cuyo proceder se concreta en los verbos rectores alternativos de provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o una parte de ella, **mediante la realización de “actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas, las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, es decir, se trata de un delito de resultado, en cuanto requiere amedrentar o poner en estado de pánico e incertidumbre a la población o parte de ella.***

Es pertinente recordar que la provocación o mantenimiento de la zozobra en la población se erigen en el artículo 343 de la Ley 599 de 2000, así como en legislaciones anteriores tales como el

artículo 1° del Decreto Legislativo 180 de 1988 y el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991 en verbos rectores del delito de terrorismo, a diferencia del artículo 187 de la original tipificación contenida en el Decreto Ley 100 de 1980, en el cual tenían la condición de ingredientes subjetivos, es decir, motivaciones, objetivos o móviles del autor, al disponer: “TERRORISMO. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...” (subrayas fuera de texto).

*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.*

Hay una relación teleológica entre la realización de “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” y los verbos rectores de provocar o mantener “en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella”, para lo cual se exige además, la utilización de “medios capaces de causar estragos”, de modo que sin una tal articulación de aquellos actos, con los referidos medios y la consecución de la provocación o mantenimiento del estado de zozobra o terror en la población, no se configura el referido tipo penal.

Bajo la anterior comprensión, no es proporcional exigir, para la acreditación del estado de conmoción que genera la instigación a emprender daños a los medios de transporte masivo, que se demuestre que la ciudadanía sintió temor e intranquilidad, a manera de indagar a cada persona su percepción acerca de los ataques; tal entendimiento no se compagina con la valoración razonable de los hechos que, en este caso, son claramente indicativos que, escenas explícitas de destrucción provocan angustia social.

Además, actos como los efectuados por la encartada son verdaderamente conductas que se enmarcan en la comisión de una finalidad terrorista ya que, en forma alguna, existe

una modalidad exclusiva de actualización de las vías de conservación de la zozobra dentro de la población, en tanto, lo determinante al momento de adelantar el juicio de adecuación del comportamiento en la descripción típica concreta, es la satisfacción de los elementos propios de la figura normativa mas no que, la actuación encaje a un plexo de procederes que mayoritariamente se asumen como expresiones únicas de alteración del orden público.

Es así como, la generación de un estado de zozobra e intranquilidad social no puede asociarse con exclusividad a la detonación de bombas o el incendio de automóviles, en tanto, esparcir imágenes de destrucción de estaciones de un medio de transporte, acompañada de pregones de repetición, tiene la connotación de menguar la tranquilidad de la población amen que coloca a los asociados en una situación de agitación y sobresalto; de ahí que, el legislador previó en el tipo penal de terrorismo, aquellos actos que pongan en peligro los medios transporte, como mecanismo para amedrentar o poner en estado de pánico e incertidumbre a la población o parte de ella.

Dicho lo anterior, hay que evocar que el comportamiento desplegado por la procesada, no debe precisar las condiciones modales y circunstanciales de comisión de los ilícitos respecto de los que invita a participar, porque el delito atribuido a la inculpada no lo exige, de acuerdo con las precisiones hechas en la introducción de este acápite, luego es intrascendente si los comentarios al comportamiento de la procesada fueron positivos o negativos, puesto que se debe analizar la alta peligrosidad que ese comportamiento tuvo en

ese momento; de ahí que, sea un error entender que a **BARRERA ROJAS** se le está atribuyendo el saldo final de menoscabo a los bienes públicos y privados en la ciudad capital durante la jornada de protesta, el reproche se enfila, se reitera, en la peligrosidad que entrañó la invitación a delinquir.

Aunque en un escenario de debate probatorio el carácter doloso del comportamiento puede suscitar controversia, justamente porque podrían concurrir elementos de conocimiento que pongan entredicho el proceder reprochado a la encartada, hay que hacer énfasis que en los eventos de terminación anticipada del proceso se requiere un mínimo de prueba, y de acuerdo a los elementos que reposan en la actuación, reseñados hasta este punto, está más que acreditado el propósito en cuestión y, además, no es un dato menor e irrelevante, sino que importa y mucho, existe la aceptación de responsabilidad por parte de la procesada, siendo esta expresión de asentimiento de culpabilidad la única manifestación que fenomenológicamente se puede comprobar porque, al auscultar el legajo, no hay algún otro pronunciamiento que conduzca a tomar distinta decisión a la que se adopta en este proveído.

Puntualmente, este estudio de verificación de prueba necesaria para condenar, en sede de terminación anticipada del proceso penal, tiene un rigor más flexible en la valoración, en tanto no tiene sentido exigir a la cognoscente someter al rigor de la contradicción probatoria los elementos arrimados para sustentar la materialidad del ilícito y la responsabilidad del acriminado en la comisión del mismo porque, una de las

consecuencias de acogerse a las figuras de la justicia premial, es la renuncia al debate público y contradictorio de los medios de conocimiento en poder del ente acusador, circunstancia que deriva en la morigeración del debate suasorio.

6.5.6.- En ese contexto, sin mayor esfuerzo, consecuente con el análisis hecho en el ordinal que antecede, torna incuestionable que están reunidas las condiciones para proferir un fallo de carácter condenatorio por el delito de instigación a delinquir con fines terroristas, porque, contrario a lo argüido por la *a quo*, el ejercicio crítico de valoración de los elementos de conocimiento debidamente incorporados en su oportunidad, permiten concluir que se acreditó la materialidad del ilícito y la responsabilidad de la procesada en su perpetración comoquiera que, ciertamente del examen de las probanzas que reposan en la actuación, el conocimiento y voluntad de **BARRERA ROJAS**, estuvo encauzado a persuadir a otros de efectuar actos de ostensible aflicción e intranquilidad social, como forma de expresión del descontento de los manifestantes, en aras de perdurar la conturbación del orden público, es decir, una acción dolosa que abastece a plenitud los elementos objetivos y subjetivos del reato contemplado en la disposición 348 del Código Penal.

Ello significa que se supera el grado de conocimiento exigido para emitir una sentencia condenatoria, fruto de la aceptación unilateral de responsabilidad y, consecuentemente, se revocará el fallo de primer grado en ese puntual aspecto.

Finalmente, al ser hallada penalmente responsable **DANEYDI BARRERA ROJAS**, en calidad de autora de la comisión del delito de instigación a delinquir con fines terroristas, resta la asignación de las sanciones correspondientes lo que entraña modificar el ejercicio de dosimetría hecho por la jueza de primer nivel.

6.6.- De la modificación de la dosificación y los subrogados penales

6.6.1.- Para comenzar, a **DANEYDI BARRERA ROJAS**, se le halló comprometido en los reatos estatuidos en los artículos 265, con circunstancia de agravación contemplada en el canon 266 numeral 4 y las disposiciones 348 y 353 del Código Penal, por lo que es forzoso atender lo normado por los artículos 60 y 61 de la Ley 599 de 2000 y los parámetros edificados en punto de materia concursal.

En ese orden de ideas, válido es acotar, en materia del fenómeno concursal de delitos, la legislación sustantiva ha delineado con claridad el procedimiento para la fijación de la pena de manera que, la jurisprudencia especializada al interpretar el artículo 31 del Código Penal⁴⁵, tiene dicho:

“Si se está ante la responsabilidad penal por una pluralidad de conductas punibles, el tratamiento punitivo está consagrado en el artículo 31 del Código Penal.

⁴⁵ “ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES: El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años”.

La confrontación de la pena individualizada para cada ilicitud permite determinar cuál es la más grave, esta consideración no procede hacerse con fundamento en la prevista por el legislador.

La sanción más grave así establecida será la base para aumentarla hasta en otro tanto, considerándose como factores de ese incremento el número de ilícitos concurrentes, su naturaleza, gravedad, modalidad de la conducta, intensidad del elemento subjetivo, entre otros.

Ese incremento “hasta en otro tanto” tiene límites, a saber: i) conforme al artículo 31 del C.P., el incremento no puede superar el duplo de la pena básica individualizada en el caso concreto para el delito más grave, ii) tampoco la sanción definitiva puede superar la suma aritmética de las penas que correspondería a cada punible en el caso concreto (sistema de acumulación jurídica de las penas), iii) otro de los topes se relaciona con la prohibición en el concurso de delitos de no superar la pena los 60 años de prisión (artículo 31-2 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 1° de la Ley 890 de 2004), regla que no hay que confundir con el límite para tasar la pena individualmente para cada ilicitud que establece el artículo 37 del C.P. en 50 años (modificado por el artículo 2 de la Ley 890 de 2004), diferencias explicadas por esta Sala, entre otras decisiones, en el Rdo.41350 del 30-04-2014, iv) la no reformatio in peius es otro límite en razón a que los errores en la tasación de la pena del factor “otro tanto”, no pueden ser modificados posteriormente por el superior funcional al resolver la apelación, la casación, o la doble conformidad judicial de la primera condena, cuando el condenado sea el único recurrente o peticionario, como tampoco lo puede hacer el juez al resolver la redosificación de penas por acumulación de penas o por principio de favorabilidad”⁴⁶.

Dentro de esa óptica, a modo de recapitulación, la tasación punitiva del concurso de eventos delictivos, en primer orden, debe individualizar la pena en concreto para cada ilícito atemperando el ejercicio de singularización a los criterios previstos en el canon 61 del Código Penal; en segundo orden, corolario de los resultados puntuales obtenidos en el punto anterior, corresponde seleccionar el rubro más alto porque de cara este guarismo, finalmente, se aplicarán los aditamentos propios del fenómeno concursal de conductas punibles.

⁴⁶ CSJ, SP338-2019 de 13 de febrero de 2019, Rad 47675, M.P. Eugenio Fernández Carlier.

6.6.2.- En esas condiciones, corresponde establecer cuál de los reatos enrostrados tiene la pena más grave según su naturaleza y, a continuación, efectuar los incrementos en virtud del fenómeno concursal, conforme a los derroteros y límites prescritos arriba. En ese sentido, la selección del delito de sanción más elevada previa al cómputo aritmético, se hace en apego al esquema que enseguida se expone:

DAÑO EN BIEN AJENO AGRAVADO (ARTS. 265 Y 266 NUM 4)			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
16 meses a 42 meses	42 meses y 1 día a 68 meses	68 meses y 1 día a 94 meses	94 meses y 1 día a 120 meses
INSTIGACIÓN A DELINQUIR CON FINES TERRORISTAS			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
80 meses a 105 meses	105 meses y 1 día a 130 meses	130 meses y 1 día a 155 meses	155 meses y 1 día a 180 meses
PERTURBACIÓN EN SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO, COLECTIVO U OFICIAL			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
48 meses a 60 meses	60 meses y 1 día a 72 meses	72 meses y 1 día a 84 meses	84 meses y 1 días a 92 meses

Ahora, esta instancia comulga de la apreciación de la jueza *a quo* en lo tocante a que la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 17 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000, únicamente se predica de la conducta prevista en el inciso 2 de la disposición 348 *ejusdem*, en consecuencia, el planteamiento de alzada del Ministerio Público que versa sobre qué, tal situación cobija en su totalidad al plexo de delitos atribuidos, carece de respaldo.

En principio, en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación, durante la enunciación de los hechos jurídicamente relevantes, el agente fiscal solamente particularizó la confutada circunstancia de mayor punibilidad para el delito de instigación para delinquir con fines terroristas, debido a que en aquella oportunidad expuso⁴⁷:

“(...) Utilizando medios tecnológicos decidió grabarse y subir a su cuenta de Facebook Daneidy Barera Rojas invita a sus seguidores y al público en general a destruir bienes públicos de utilidad social como lo son las estaciones de Transmilenio, de la misma forma como ella lo hizo, con la finalidad de generar en los usuarios de transporte y en la sociedad del país, zozobra, desasosiego, intranquilidad, nerviosismo, al exteriorizar actos que conllevan a que se realice más actos de vandalismo para infundir terror en la población y doblegar la voluntad de las instituciones democráticas a sus intereses particulares”.

A continuación, tras describir concretamente la instigación a delinquir con fines terroristas, adveró⁴⁸:

“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 el sector de 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...generar todo el caos que estaba ocurriendo 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 estaba generando en varios desmanes dentro de país... usted utilizó la red social Facebook, a través del celular y a través de su cuenta”.

Inclusive, trascendental es señalar que, desde un plano fenomenológico, no hay forma de predicar la concurrencia de

⁴⁷ Audiencia de formulación de imputación de 28 de noviembre de 2019, a partir de récord 33:10”.

⁴⁸ Desde récord 36:10” y ss.

la circunstancia contemplada en el numeral 17 del artículo 58 del Código Penal, para los punibles de daño en bien ajeno agravado y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial puesto que, en la consumación de estos ilícitos no fue necesaria la utilización de medios informáticos dado que, al confrontar como discurrió el comportamiento desplegado, se tiene que la inculpada se valió del uso de un martillo para arremeter contra las puertas corredizas, torniquetes de ingreso y sistema de recarga de tarjeta de los pasajeros de la estación de Transmilenio denominada “Molinos”, lo que supone que la implementación de canales virtuales para facilitar la perpetración del delito, únicamente, opera para la instigación a delinquir con fines terroristas por las razones que se apuntaron en el capítulo en el que se explicó cómo se concretó dicho punible.

Basta, entonces, relieves que la circunstancia de mayor punibilidad rebatida por el agente del Ministerio Público, de acuerdo a como discurrió el acto de comunicación, fue adosado únicamente al delito del inciso 2 del canon 348 del Código Penal porque, en realidad, del análisis y valoración de las probanzas, es el delito que satisface la utilización de medios informáticos.

A la sazón de ese criterio, apréciase, en el marco de la sociedad de la información, el internet y más precisamente las redes sociales, ocupan un lugar preponderante en la transformación cultural en torno a la comunicación de ideas y pensamientos en tiempo real, pues son la manifestación más paradigmática de cómo, sin consideraciones especiales y sin la necesidad de intermediarios, los roles de los actores de la

sociedad tienen denodada influencia en la utilización de este tipo de instrumentos para hacer eco de su mensaje, por lo que, con cimiento en las ideas diagramadas en el epígrafe 6.5., es incontrastable como la acriminada se valió de medios informáticos para propagar su mensaje incitador, de tal modo que, se corrobora la forma en que la circunstancia de mayor punibilidad cobra relevancia en el reato de instigación para delinquir con fines terroristas.

En virtud de lo explicado, acorde al criterio del inciso 2 del artículo 61 del Código Penal, el margen de movilidad para esta puntual conducta punible está circunscrito a los cuartos medios, porque se deduce la concurrencia de menor punibilidad, consistente en la *carencia de antecedentes penales*.

Mientras tanto, en lo atinente a los dos delitos restantes, se infiere la existencia del evento previsto en el numeral 1 del canon 55 de la ley sustantiva penal, por ende, para el daño en bien ajeno agravado y la perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, el margen de movilidad será el primer cuarto.

6.6.3.- En ese orden de ideas, al comenzar con el delito atentatorio contra el bien jurídico contra el patrimonio económico, la *a quo* incurrió en dos yerros; de un lado, individualizó la pena teniendo en cuenta el *quantum* del ilícito en su modalidad simple sin atender la circunstancia de agravación, pese a que fue reconocida y, por otra parte, cometió un pleonasma argumentativo porque al apartarse del margen inferior, mencionó lo siguiente:

*Así entonces, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta, como el daño real creado, el dominio del hecho por parte de la acusada y la intensidad del dolo de la señora **BARRERA ROJAS** en la comisión de la conducta, se refleja la necesidad de la pena como la función que ella ha de cumplir, como lo es la prevención especial para que se reflexione sobre la conducta realizada y la prevención general para evitar su reincidencias, pues el acontecer fáctico se advierte el total desapego de la precitada frente al respeto por los bienes de uso público (...).*

Los factores de acrecentamiento citados, esto es, la gravedad de la conducta, el daño real creado, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena en sus facetas de prevención general y especial, no fueron sustentados adecuadamente comoquiera que, para el caso de los dos últimos parámetros, reseñó como fundamentación los patrones de orientación anotados en el inciso segundo del artículo 3 del Código Penal, por cuanto, indica en la sentencia confutada, que es un mensaje dirigido a los integrantes del conglomerado en aras de que se abstengan de cometer comportamientos análogos y la acusada reciba un castigo que la persuada de desistir de reiterar acciones de naturaleza delictiva, es decir, enunció el contenido mismo de la prevención general y especial respectivamente, como funciones de la pena, sin particularizar las razones sintetizadas que expliquen porque en el *sublite* los criterios reseñados son procedentes para agravar la pena de la encartada.

Eso sin destacar que, para los demás parámetros, optó por enlistarlos, empero, no desplegó un esfuerzo superior de motivación a la llana mención, por tanto, el incremento efectuado riñe con el deber de motivación contemplado en el

artículo 59 del Código Penal, para efectos de dosificación punitiva.

En consecuencia, acorde a lo establecido hasta este punto, se mantendrá como margen mínimo para el delito de daño en bien ajeno agravado la pena de prisión 16 meses, es decir, el *quantum* más reducido.

Por su parte, en lo que refiere al delito del artículo 353 de la ley sustantiva penal, también fue errática la individualización realizada por la jueza de primer nivel ya que, en su oportunidad, sostuvo que el incremento de 48 a 60 meses de prisión, se hizo en atención *a la gravedad de la conducta, como el daño real creado, la intensidad del dolo, y la necesidad de la pena como la función que ella ha de cumplir, en este caso prevención especial para que se reflexione sobre la conducta realizada, la prevención general para evitar su reincidencia, y el dominio del hecho por parte de la acusada,* empero, destaca el Tribunal, para dichas razones, obvió reseñar motivos concretos, por consiguiente la decisión en estudio adolece de fundamentación, pues, como se puede apreciar, no pasó de ser una mención de los parámetros consignados en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal.

En consonancia con esa precisión, igualmente es tautológico argüir que la sanción es necesaria para enviar un mensaje a la sociedad y persuadir a la sentenciada para no incurrir en estos comportamientos nuevamente, porque, en términos generales, plantea componentes inherentes a la prevención general y especial que no especifican, acorde al

contexto factual puesto conocimiento, la forma en que tales propósitos cobran relevancia.

Así, corresponde concluir a la Sala que es imperioso graduar la pena dentro del particular, en el baremo más bajo asignado para el delito de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, esto es, 48 meses de prisión.

Finalmente, en lo que atañe a la conducta punible de instigación a delinquir con fines terroristas, ya que este juez plural revocó la absolución proferida, le corresponde individualizar la pena, de manera que, en atención a la elección del cuarto del corredor punitivo adoptada en el ordinal 6.6.2., se partirá de los cuartos medios y, con base en los elementos de prueba que militan en el plenario, a decir verdad, no hay material suasorio, ni motivos que se armonicen con los factores enlistados en el inciso 3 del canon 61 del Código Penal, para apartarse del mínimo del cuarto elegido, por tanto, se partirá del baremo más bajo del primer cuarto medio, es decir, 105 meses y un día de prisión.

6.6.4.- Así pues, es indiscutible que del cotejo de los rubros individualizados, la pena más grave pertenece al ilícito contenido en el inciso segundo del artículo 348 del estatuto de las penas y, en consecuencia, a partir de allí se efectuarán los incrementos por cuenta del fenómeno concursal.

Por lo anterior, debido a que el delito de instigación a delinquir con fines terroristas no fue tenido en cuenta por la cognoscente al momento de calcular la dosificación de la

pena, además de los errores en la irrogación de la pena de ambos, no hay un referente para ejecutar los incrementos de modo proporcional para el caso en estudio, de manera que, con sujeción a la discrecionalidad reglada que gobierna el ejercicio dosimétrico, considerando que para las conductas de daño en bien ajeno y perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, no se aprecian particularidades que hagan más severo el reproche, la Sala aumentará en razón de 3 y 7 meses respectivamente, el partidario optado *supra*, por contera, en definitiva, sin aplicar la detracción inmanente a la aceptación de cargos, a la inculpada ha de arrojarse la pena de 115 meses y un día de prisión.

6.6.5.- En tono con esa premisa, en lo concerniente a la reducción propia del allanamiento a cargos, huelga evocar que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, especialidad penal, ha señalado que la disminución en virtud del acto de aceptación de cargos por parte de la procesada, debe ser determinado de manera proporcional por el juez, con base en criterios no relativos a la realización del injusto al cual se allana la implicada, sino en relación con las actividades adelantadas por la administración de justicia, la importancia del allanamiento para el resultado del proceso y, de utilidad para el caso que ocupa a la Sala, la reparación del daño ocasionado.

En palabras del alto Tribunal, explicó en decisión de 27 de septiembre de 2017, rad: 39831, lo que enseguida se destaca:

Indica esto, que al contrario del entendimiento dado por el A quo a las previsiones del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, el porcentaje de rebaja por allanamiento a cargos no está condicionado tan sólo al momento procesal en que la aceptación de responsabilidad penal se produce, ni a la magnitud del ahorro para el Estado en la labor pesquisidora en orden a lograr el descubrimiento de las circunstancias que rodearon la realización de la conducta reprochable y punible materia de imputación o la individualización e identificación de todos aquellos que hubieren determinado, participado o contribuido a su ejecución, sino también en la voluntad de los allanados de reparar los daños causados a las víctimas con el crimen libremente admitido, plasmada en la acreditación de reales y efectivos actos de resarcimiento, todo lo cual no sólo debe ser sometido oportunamente a consideración del juzgador en la ocasión procesalmente establecida para la individualización judicial de la pena, sino verificado por éste, en orden a posibilitarle expresar fundadamente las razones por las cuales decide aplicar un específico monto de rebaja y no otro distinto, de suerte que la referida determinación, si bien obedece a su discrecionalidad, por ser ésta reglada, no quede librada al mero capricho, contrario a la delicada misión constitucional de prodigar pronta y cumplida justicia.

(...)

En este sentido, lo que importa considerar para efectos de establecer el porcentaje de rebaja por concepto del allanamiento a cargos, es que el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 no le impone al juzgador la obligación de reducir la pena ya individualizada “en la mitad”, sino “hasta de la mitad”, en cuya determinación del porcentaje correspondiente cuenta con criterios de razonabilidad para medir el monto del merecimiento, según las circunstancias particulares del proceso y de cada uno de los acusados, de suerte que bien puede aplicar la rebaja en un 50% o en una proporción inferior a la mitad.

En este orden de ideas, si el juez no estima ajustado a derecho otorgar en los eventos de allanamiento a cargos la máxima rebaja punitiva señalada en el inciso primero del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, deberá brindar y valorar datos objetivos que, en suma, permitan deducir de manera razonable que, pese al acto voluntario de aceptación, la administración judicial, entre otras razones, no se ha visto sometida a un desgaste que no es conteste con el mayor beneficio al que puede aspirar la enjuiciada.

6.6.5.1.- Corolario de ese derrotero, aunque la aceptación unilateral de cargos se hizo en un escenario procesal posterior y próximo al acto de comunicación, es decir, sin mayores implicaciones de desgaste al aparato judicial, no debe perderse de vista que, de un lado, los elementos de conocimiento con los que cuenta la Fiscalía, por su contundencia, hacen que, en caso de optarse por la continuidad del procedimiento, sea altamente probable el éxito de la pretensión punitiva del Estado, y de otro, ningún esfuerzo ha realizado la encartada tendiente a la reparación de los daños causados a las víctimas, luego la proporción descontada por la jueza de primer nivel, se acompasa a las directrices trazadas y, por consiguiente, se decrecerá 45 % de la totalidad del *quantum* asignado, lo que traduce que deberá cumplir 63 meses y 15 días de prisión, tiempo al que también se extiende la inhabilitación de derechos y funciones públicas.

6.6.6.- Por otra parte, los delitos por los que fue declarada penalmente responsable la acriminada, tienen asociada una pena de multa, cuyos valores se presentan a continuación:

DAÑO EN BIEN AJENO AGRAVADO (ARTS. 265 Y 266 NUM 4)			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
6.66 smlmv a 17.495 smlmv	17.495 smlmv a 28.33 smlmv	28.33 smlmv a 39.165 smlmv	39.165 smlmv a 50 smlmv
INSTIGACIÓN A DELINQUIR CON FINES TERRORISTAS			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
666.66 smlmv a 874.995 smlmv	874.995 smlmv a 1083,33 smlmv	1083,33 smlmv a 1291, 665 smlmv	1291, 665 smlmv a 1500 smlmv

PERTURBACIÓN EN SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO, COLECTIVO U OFICIAL			
PRIMER CUARTO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
13.33 smlmv a	28.7475 smlmv a	44.165 smlmv a	59.5825 smlmv a
28.7475 smlmv	44.165 smlmv	59.5825 smlmv	75 smlmv

La Corporación, en comunión con las apreciaciones expuestas acerca del ejercicio de dosificación en punto a la sanción principal, extenderá las razones explicitadas en la elección de los cuartos de movilidad de tal modo que, para la conducta de instigación a delinquir partirá del primer cuarto medio y, a su turno, para las dos restantes optará por el mínimo.

Así, sea lo primero indicar que, la Sala no se distanciará del rubro más bajo de los segmentos seleccionados para cada uno de los ilícitos, de tal guisa que, en estricto apego a la regulación existente para la acumulación de multas -numeral 4 del artículo 39 del Código Penal-, los tres valores previstos para las delitos por los que fue declarada penalmente responsable la procesada se adicionarán, para la obtención de un resultado de 894.985 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de comisión de los delitos.

Igualmente, se deducirá análogo porcentaje al descontado a la sanción principal, por virtud del allanamiento a cargos, dando como resultado definitivo, en punto a la consecuencia pecuniaria 492,24175 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de comisión de los delitos.

Por lo anterior, **DANEIDY BARRERA ROJAS**, en cumplimiento de los derroteros hilados, deberá asumir por

una pena privativa de la libertad igual a 63 meses y 15 días de prisión y 492,24175 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2019.

Consideración final merece la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria y comercio que, para el caso de la procesada, la *a quo* la impuso para el ejercicio de oficio de *influencer* o *Youtuber*, en tanto consideró que, las infracciones tuvieron relación directa con la realización de la conducta punible; sin embargo, tal basamento es insuficiente para la imposición de la pena accesoria referenciada puesto que, la falladora comete una generalización indebida por cuanto incorrectamente plantea que el oficio de *influencer*, fue decisivo en la perpetración de los delitos que le atribuyó a la penalmente responsable, comoquiera que, dejando de lado la difusión del video, en realidad para el daño en bien ajeno y la perturbación del servicio de transporte masivo de Transmilenio, se valió de un templador.

Además, adujo la providencia de primer grado, para soportar la accesoria que, *incurrió en la comisión de conductas punibles a fin de ganar popularidad, abusando así de su condición de influencer*, empero, como quedó expuesto atrás, dicha aseveración carece de soporte probatorio, luego no podía derivar la sanción en percepciones subjetivas e indemostradas.

En todo caso, la pena accesoria se mantendrá, guardando correspondencia con las cavilaciones realizadas por la Sala frente al punible de que trata el inciso segundo del

artículo 348 de la Ley 599 de 2000, toda vez que, como quedó expuesto, el ilícito alcanzó un alto nivel de peligrosidad, justamente por el reconocimiento que la encartada tiene en las redes sociales de Facebook y YouTube, condición que permitió alcanzar gran difusión la invitación a delinquir con el fin de generar intranquilidad y pánico social, considerando que, obtuvo *9800 me gusta, 7 mil comentarios, 15 mil veces compartido*⁴⁹ y, bajo esa comprensión, es evidente que se abastecen las exigencias contenidas en el artículo 52 *ibídem*, en tanto tuvo relación directa con la realización de la conducta punible, abusó de ese reconocimiento facilitando su comisión, sanción que, bajo una comprensión de responsabilidad social, se hace necesaria para prevenir que, la comunidad que ejerce idéntico oficio, incurra en conductas similares a las que fue objeto de condena por el impacto que produce en contra del bien jurídico de la seguridad pública.

En consecuencia, junto con la pena de privación de la libertad, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a la encartada se le impondrá la inhabilitación del oficio de *influencer* o *Youtuber*, por el mismo término de la sanción de prisión, de conformidad con el artículo 46 del Código Penal.

6.7.- De los subrogados penales

6.7.1.- Respecto de la suspensión de la ejecución de la pena torna improcedente el reconocimiento de este instituto, en tanto no concurren los requisitos para su concesión.

⁴⁹ Informe de investigador de campo FPJ-11 del 25 de noviembre de 2019

Los numerales 1 y 2 del artículo 63 del Código Penal, modificada por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, señalan:

ARTÍCULO 63. SUSPENSION CONDICIONAL DE LA EJECUCION DE LA PENA. La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.*
- 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo*

De tal modo, no es viable otorgar el subrogado por no cumplirse con el presupuesto objetivo de su numeral 1, dado que la pena impuesta a **BARRERA ROJAS** es de 63 meses y 15 días de prisión, la cual sobrepasa el *quantum* dispuesto en el apartado observado.

Del mismo modo, acorde a la exegesis del numeral 2, no hay lugar a conceder el beneficio en observación porque la conducta punible de instigación a delinquir está enlistada en el grupo de delitos consignados en el artículo 68 A.

6.7.2.- Ahora, en lo que atañe a la prisión domiciliaria, el artículo 38 B del Código Penal, modificado por el canon 23 de la Ley 1709 de 2014, enmarca:

“1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.

2. *Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*

3. *Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado”.*

4. *Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:*

a) *No cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial;*

b) *Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;*

c) *Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;*

d) *Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad”.*

En ese contexto, advierte la Sala que se reúne el requisito cuantitativo para la procedencia del subrogado, comoquiera que los delitos por los cuales cual se declaró penalmente responsable a la procesada, está sancionado en su extremo inferior con penas de prisión inferiores al umbral mínimo exigido para otorgar el alivio.

Sin embargo, cómodamente se observa que el segundo presupuesto no se actualiza, pues la instigación a delinquir hace parte del plexo de exclusiones prevista en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000.

6.7.3.- Debe recordarse que, la prohibición de concesión de subrogados cuando se trate de alguno de los delitos enlistados en el inciso 2 del artículo 68 A de la ley sustantiva penal, es de aplicación objetiva no susceptible de valoración, en tanto, la improcedencia de la suspensión condicional y la prisión domiciliaria, se predica por la restricción legal planteada por la legislación, por ende, no es susceptible de interpretación benigna en favor de la acriminada.

Lo que antecede permite concluir a la Corporación que inexorablemente la sanción irrogada a la sentenciada deberá cumplirse en un establecimiento carcelario.

6.8.- Consideración de cierre

A partir del Acto Legislativo 01 de 2018, se cristaliza el derecho a la *doble conformidad judicial* o a impugnar la primera condena, el cual se activa ante la emisión de un fallo condenatorio por primera vez dentro el procedimiento penal, sin importar que la culminación ocurra a través de alguna de las forma de terminación anticipada del diligenciamiento, de suerte que, en orden a garantizar el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia, la Sala advertirá que frente a lo acá resuelto procede la impugnación especial para la condenada o su defensa, en los términos procesales previstos en la ley para el recurso de casación, exclusivamente de cara al delito de instigación a delinquir, mientras que el recurso extraordinario puede ser ejercido por las demás partes e intervinientes⁵⁰.

⁵⁰ Cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, en el sentido de **CONDENAR** a **DANEIDY BARRERA ROJAS**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.023.953.380, a la pena de prisión de a 63 meses y 15 días, multa equivalente a 492,24755 salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2019 y a las penas accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de oficio de *influencer* o *Youtuber*, por el mismo término de la sanción principal, al ser hallada penalmente responsable en calidad de autora del delito daño en bien ajeno agravado en concurso heterogéneo con instigación a delinquir con fines terroristas y en concurso heterogéneo con perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial.

2° REVOCAR el numeral segundo de la providencia apelada, en el entendido de **NO CONCEDER** la suspensión de la ejecución de la pena como sustituta de la pena privativa de la libertad y la prisión domiciliaria en favor de **DANEIDY BARRERA ROJAS**, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.

3° ADVERTIR que frente a esta decisión procede la impugnación especial para la condenada y/o su defensa, en

los términos procesales previstos en la ley para el recurso extraordinario de casación, exclusivamente de cara al delito de instigación a delinquir, mientras que el recurso extraordinario puede ser ejercido por las demás partes e intervinientes.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase



JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ
Magistrado
Salvamento parcial de voto



EFRAÍN ADOLFO BERMÚDEZ MORA
Magistrado



FABIO DAVID BERNAL SUAREZ
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
D.C.
-SALA PENAL-**

Radicación: 11001600909120190012001
Procesada: DANEIDY BARRERA ROJAS
Delito : Instigación a delinquir con fines terroristas y
otros
Bogotá D.C. tres (3) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el respeto acostumbrado, me permito salvar el voto pues, como lo indiqué en el proyecto derrotado, en este caso, consideró que no debió condenarse a la procesada por el fin terrorista del delito de instigación a delinquir –en lo demás, estoy de acuerdo-, por las siguientes razones.

Tratándose de la terminación anticipada del proceso, el examen de los medios de conocimiento allegados a la actuación, en especial el video y las expresiones que manifestó la procesada permiten fundar la comisión del delito de instigación a delinquir.

El punto de disenso radica en que, a mi manera de ver, la procesada no actuó con un fin terrorista.

En efecto, analizada las particularidades del hecho imputado a la procesada, quien, el día 22 de noviembre de 2019, destruyó la Estación de Molinos de Transmilenio con un martillo y utilizando una prenda que le cubría parte del rostro, no se puede afirmar que aquella haya actuado con un fin terrorista.

La finalidad terrorista significa que el sujeto activo tenga la intención de producir terror, provoque un estado de intranquilidad o pavor en la población o parte de ella, de manera que, el hecho de vandalizar la estación de Transmilenio no se traduce a un fin terrorista pospuesto por la imputada, en la medida que si bien incita a la comisión de daños de los bienes de uso público, ello lo hace, indebidamente, en sentido de protesta y con un objetivo propagandístico.

Los elementos empleados por la procesada, esto es, un martillo y una prenda para cubrir parte de su rostro, no son aptos para causar zozobra, devastación o intranquilidad en la población y, menos, en los seguidores de sus redes sociales. Lo que muestra el video, es un acto enmarcado en una protesta rebelde y sublevada contra el gobierno del presidente Duque, pero sin la capacidad de generar un estado de convulsión que se pueda catalogar como terrorista.

Así mismo, las expresiones utilizadas y la conducta asumida por la procesada, tampoco reflejan actos propios de terrorismo, pero sí un proceder ilícito al incentivar a la realización de delitos.

Los elementos utilizados para destruir o causar daño, en este caso, la infraestructura de una estación de Transmilenio, no son suficientes para la configuración de un fin terrorista. Es indispensable que se compruebe un propósito consolidado de tal forma que sea claro que el agente persigue provocar o fomentar un estado de incertidumbre colectiva frente a la garantía de gozar de la paz y la tranquilidad propios del Estado constitucional,⁵¹ circunstancia que en este caso no se evidencia.

La Fiscalía allegó videos en lo que se revela que, dentro de las protestas ocurridas desde el 21 de noviembre de 2019, se llevaron a cabo desmanes en varios lugares de Bogotá, *-Plaza de Bolívar, Universidad Nacional, entre otros-*, por parte de varios ciudadanos. Sin embargo, no obran elementos de juicio que permitan entender que tales hechos están relacionados con el actuar de la imputada en la Estación de Transmilenio de Molinos.

Son situaciones diferenciables puesto que no se evidencia que las alteraciones de orden público que se presentaban en algunas partes de la ciudad estuvieran inspiradas en los mismos motivos que originaron la conducta de la procesada en la Estación de Molinos al violentar bienes públicos, no con un fin de desestabilización social sino con un objetivo de índole publicitario.

En este contexto, no puede afirmarse que la actividad de los llamados *influencer o youtuber*, por esa sola condición conlleva a que sus seguidores acepten, acaten o sigan sus posturas o manifestaciones, es más, dentro de las posibilidades se cuentan seguidores que están pendientes de sus comentarios para atacarlos, someterlos a burlas, asumirlos con humor, etc.

⁵¹ CSJ SP, 7 may. 2010. Rad. 31510

Valga advertir que no es dable asociar un acto de terrorismo, con un acto de vandalismo. El primer concepto refiere a quien provoque o mantenga un estado de zozobra o terror a la población o parte de ella, utilizando medios que afecten varios bienes jurídicos, mientras el segundo, según la definición de la Real Academia, se refiere al espíritu de destrucción que no respeta cosa alguna, sagrada ni profana.

En estos términos, dejo planteada mi postura.

Magistrado

JUAN CARLOS ARIAS LÓPEZ



Handwritten signature of Juan Carlos Arias López, appearing as a stylized scribble with the name 'Juan' written in cursive to the right.