



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Febrero 02 de 2024 n.º 01

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

TENTATIVA - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva / **TENTATIVA** - Admite el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Concepto / **DOLO EVENTUAL** - Tentativa de homicidio / **DOLO** - Directo: diferencia con el dolo eventual

La Corte Suprema de Justicia decidió el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de JJHA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, de un lado, confirmó la condena dictada en primera instancia por tentativa de homicidio agravado y, de otro lado, absolvió al procesado por tráfico, fabricación y porte de armas de fuego.

En esta oportunidad la Corte no casó el fallo impugnado, al considerar probado más allá de toda duda razonable que, JJHA disparó el arma de fuego con la cual fue herida S.A.G.G., aunado a que, actuó con dolo eventual en la tentativa de homicidio por la que se le acusó.

Lo anterior por cuanto, la Sala de Casación Penal consideró que, los testimonios de la víctima y su padre, son coherentes al describir la manera en que JJHA accionó su revólver hacia la acera de enfrente de su vivienda, donde la lesionada jugaba con dos nietas de la compañera permanente del acusado.

Igualmente, determinó que: i) los disparos de arma de fuego tienen capacidad para ocasionar la muerte a una persona; ii) JJHA puso en marcha actos idóneos para la producción del resultado típico; iii) JJHA previó la probabilidad de que su actuación condujera al deceso de la víctima, pese a lo cual, siguió adelante con su plan, de tal manera que asumió el resultado y dejó su no producción librada al azar y; iv) la muerte de la víctima no se produjo gracias a la oportuna atención médica.

SP510-2023(55250) de 29/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

Salvamento de voto

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Diego Eugenio Corredor Beltrán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. Aproximadamente desde las siete de la noche de 7 de diciembre de 2016 hasta las cuatro de la madrugada del día siguiente, JJHA consumió licor con varios amigos y parientes, en el andén de su vivienda. Mientras tanto, tres niñas familiares de los adultos jugaban en la acera de enfrente.
2. Minutos antes de las cuatro de la madrugada, como era su costumbre cuando se embriagaba, JJHA le pidió a la compañera permanente que le entregara su revólver y disparó seis cartuchos seguidos, en dirección al lugar en el que jugaban las menores de edad. Uno de los proyectiles impactó el cuerpo de S.A.G.G., de 11 años e hija de uno de los amigos que departía con quien accionó el arma. El proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo. La atención médica oportuna evitó la muerte de la víctima.
3. Las lesiones causadas dieron lugar a una incapacidad médico legal de 40 días, así como a una deformidad física de carácter permanente.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: víctima /
TESTIMONIO - Apreciación probatoria: la

condición del testigo no implica su falta de credibilidad, familiar / **TESTIMONIO** -
Apreciación probatoria: de los aducidos por la defensa, cuando presentan inconsistencias e interés de favorecer al acusado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Teoría del caso: evento en que la presentada por la defensa no encuentra demostración

«A juicio de la Sala, los testimonios de la niña y su padre son internamente consistentes, contienen detalles relevantes y dan cuenta de circunstancias que sustentan sus afirmaciones, lo cual los hace creíbles. Contrario a lo señalado por el demandante, la declaración de la víctima es digna de crédito, no por su condición de menor de edad, sino en la medida en que, con solvencia, rememoró dónde estaba cada grupo de personas y desde qué lugar el procesado le disparó. Así mismo, de forma inequívoca reiteró que, luego de accionar el revólver, “La Gordita” se lo recibió a HA y, pasado un instante, se lo volvió a entregar, con el propósito de amedrentar a su padre, en medio de la discusión por lo ocurrido.

Además, la niña aseveró con seguridad que había visto en dos ocasiones el arma de fuego (al momento en que fue disparada en su contra y cuando JJHA la empleó para amenazar a su progenitor), explicó qué ocurrió primero y por qué se dio cuenta de que estaba herida. De la misma manera, no dijo haber visto que alguien más tuviera en su poder un arma de fuego en ese momento y afirmó no observar que pasara algún vehículo por la calle en los instantes de los hechos.

El relato de la víctima, a su vez, concuerda en lo sustancial con el de su padre. GG también refirió la misma ubicación general suya y de JJHA en el andén de la vía pública, así como la de la afectada, en la acera de enfrente. Igualmente, con certeza afirmó que había sido HA quien disparó contra su hija y expresó que se trató de una conducta inexplicable. Además, también puso de manifiesto, como lo hizo la víctima, el papel de custodia del arma de fuego que ejercía la compañera permanente de HA.

El desconcierto que expresó el testigo frente a los disparos que lesionaron a su hija, realizados por el acusado, constituye, en buena medida, una razón que fortalece la veracidad de sus afirmaciones. El declarante manifestó, y nadie lo contradujo, que conocía por más de veinte años atrás a HA y que fueron amigos hasta el día del incidente. Esto muestra que, de no ser cierto, el

testigo no tenía razones para incriminar injustamente al procesado.

Adicionalmente, GG admitió haber propinado un golpe en el rostro a NC, golpe al que se refirió también la menor de edad lesionada e, incluso, los testigos de descargo. En este orden de ideas, las declaraciones de la víctima y su padre demuestran, con solidez, que JJHA, ya en horas de la madrugada del 8 de diciembre de 2016, en estado de alicoramiento, disparó el revólver que le facilitó su compañera permanente y, como consecuencia, hirió gravemente a la menor de edad S.A.G.G. Esta conclusión, conforme se muestra a continuación, no se desvirtúa por la hipótesis defensiva, según la cual, el agresor fue un tercero.

NMGC y su esposo, EAVP, así como NV concurrieron como testigos de descargo y declararon que quien disparó contra S.A.G.G. fue una persona que se movilizaba con otra en una motocicleta. Los tres afirmaron que ese vehículo pasó por la vía en dos ocasiones y que, en la segunda oportunidad, se escuchó accionar el arma. Así mismo, los tres aseveraron haber escuchado tres detonaciones, que se agacharon para eludir los disparos y que ninguno logró ver las características físicas ni el color de la moto, de la ropa ni de los cascos de los motociclistas. Señalaron que tampoco pudieron observar con cuál de las dos manos el tirador habría disparado.

De otra parte, los tres afirmaron que el padre de la víctima, GG, comenzó a insultar a los parientes y allegados de JJHA, que les atribuyó la responsabilidad de la lesión sufrida por la menor de edad y los amenazó a todos con una navaja. Así mismo, NMGC y EAVP aseguraron, al unísono, que una vez la agredida fue ingresada a la camioneta de propiedad de aquellos para ser llevada a recibir atención médica, GG los obligó, bajo amenazas, a dar varias vueltas por el barrio, antes de acceder a que la víctima fuera transportada al centro asistencial.

Como lo plantea la defensa, es claro que la capacidad demostrativa de los tres testigos no depende especialmente de su relación con la compañera permanente del acusado, sino de la consistencia del contenido de sus declaraciones. Pero, precisamente en este sentido, la versión expuesta por ellos resulta carente de toda credibilidad. Sus declaraciones se fundan en la supuesta irrupción de dos personas en una motocicleta, que habría cruzado en dos ocasiones

por el lugar en el cual departían. Como la vía, según afirmó EV, es una cuesta, afirmaron que la motocicleta subió, luego bajó y, de nuevo, habría ascendido y, en camino de descenso, el “parrillero” habría disparado. Las versiones de los declarantes se encuentran construidas sobre ese único suceso, a partir de una repetición exacta y lineal. Sin embargo, ninguno aporta información que permita considerar que se trata de un hecho realmente ocurrido.

Todos se refieren al mismo número de disparos (afirman haber captado que fueron tres) y dicen haber realizado la misma acción al escuchar las detonaciones (se agacharon). A pesar de que quienes, según aducen los testigos, se desplazaban en el vehículo realizaron idéntico recorrido en dos oportunidades, ninguno de los declarantes logró identificar detalles ni de la motocicleta ni de las personas que viajaban en ella. Además, no obstante haber visto accionar el arma al “parrillero”, tampoco ni uno ni otro testigo de descargo pudo responder si aquél lo hizo con la mano derecha o la izquierda.

Como acertadamente lo señaló el Juzgado al restar poder demostrativo a estos testigos: “no supieron... características de la motocicleta pese a haberla visto en tres oportunidades, ni las vestimentas de los individuos, de quienes solo aducen, llevaban puestos sus cascos cerrados, por lo que tampoco pudieron observar sus rostros”. También criticó la Juez de primer grado que el testigo EAVP, aun cuando fue policía, “con preparación en (sic) tipo de armas, reacciones frente a ataques como el que se suscitó según su dicho, no haya sido capaz de si quiera haber señalado con propiedad el arma usada por los presuntos delincuentes”.

Además, nótese que la hipótesis que los testigos intentaron plantear no tiene ninguna concordancia con otro hecho que permita otorgarle un nivel mínimo de veracidad. No hay un elemento de juicio que permita conocer a quién querían dar muerte los supuestos sicarios o por qué habrían querido disparar hacia donde estaba el grupo de niñas. Tampoco se supo de información posterior sobre la motocicleta o sus ocupantes, que conduzca a otorgar sentido o explique el ataque repentino al que se refieren los declarantes.

Desde otro punto de vista, los tres testigos de la defensa hacen referencia a dos situaciones inverosímiles. Por un lado, afirman que luego del disparo que hirió a la menor de edad, su padre

comenzó a insultar a los allegados de JJHA, que les atribuía la responsabilidad de lo ocurrido y amenazó a todos con una navaja. Sin embargo, no tiene sentido que el progenitor de la víctima, al haber observado que la niña había recibido un disparo de arma de fuego, la emprendiera contra todos los miembros de la familia y les atribuyera la responsabilidad.

Es evidente que un resultado como el mencionado pudo haberlo causado solo la persona que disparó el arma de fuego, de modo que no resulta creíble que el progenitor, en reacción, haya intentado atacar a cada uno de los miembros de la familia, por considerarlos autores de la lesión sufrida por su hija.

Por otro lado, los declarantes de descargo sostienen que una vez la víctima abordó la camioneta de NMG y su esposo con destino al centro asistencial, el padre de aquella, mediante amenazas con el arma blanca, los obligó a dar varias vueltas por el barrio, a tal punto que la niña terminó recibiendo atención médica solo entre 30 o 40 minutos después de haber sido herida. Los testigos se limitaron a decir que no sabían qué pretendía el ascendiente de la niña. El relato sobre este hecho tampoco tiene fuerza probatoria, precisamente porque no es creíble que el padre de la menor de edad quisiera hacer recorridos por el barrio sin un rumbo ni una finalidad clara y, en particular, que tuviera un objetivo más importante que salvarle la vida a su hija. Es patente que los testigos pretenden únicamente descreditar a GG.

En este orden de ideas, para la Sala resulta manifiesto que la hipótesis que pretendió mostrar la defensa con sus testigos carece de veracidad. Por el contrario, es evidente que nadie más que JJHA fue quien disparó el arma de fuego, con la cual resultó herida de gravedad la niña S.A.G.G. En este sentido, asiste razón a las instancias, al considerar que para llegar a esta conclusión no se requiere que se hubiera practicado la “prueba de absorción atómica” al procesado, como lo reclama la defensa en la demanda. En un régimen de libertad probatoria como el previsto en la Ley 906 de 2004 (Art. 373), todos los medios de convicción válidamente practicados e incorporados son aptos para demostrar la responsabilidad del acusado. Y, en este caso, conforme lo expuesto con anterioridad, la prueba testimonial demuestra más allá de toda duda razonable que HA, en estado de alicoramiento,

accionó su revólver e impactó gravemente el cuerpo de la menor de edad.»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: cuando el testigo rinde varias declaraciones, examen de coherencia y univocidad sobre los aspectos centrales del relato / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: cuando son varios declarantes, evento en que no hay contradicción en su dicho / **DOLO** - Clases

«La defensa cuestiona que los testimonios de la lesionada y su progenitor acrediten que JJHA haya herido a S.A.G.G. Así, afirma que mientras la víctima afirma que “El Mono” le disparó y que lo hizo a una distancia cercana, el padre de aquella declaró que HA accionó el arma hacia donde estaba su hija y otras dos niñas jugando, pero no exactamente que le haya disparado a su descendiente. De la misma manera, argumenta que la niña testificó que el revólver era negro, en tanto que el progenitor de aquella refiere que era “blanquito”. Añade que la menor de edad aseveró que el acusado le disparó “de frente”, no como afirma la sentencia recurrida, que estaba “de frente al agresor”.

Analizada la prueba, la Corte observa que no asiste razón al recurrente. En primer lugar, en efecto, la víctima indicó que el arma de fuego era negra, mientras que su padre señaló que se trataba de un revólver “blanquito”. Para la Sala, se trata de una discordancia que no afecta el hecho central declarado, relativo a que JJHA estaba en posesión y accionó el arma de fuego.

El padre de la lesionada testificó que conocía la clase de revólver que tenía el acusado, pues él también había tenido un arma amparada de las mismas características, razón por la cual, además, sabía que se trataba de un artefacto marca “Llama”. Así mismo, aseveró que estaba muy cerca al procesado (refirió que aproximadamente a un metro) cuando aquél percutió el revólver. De este modo, es probable que GGM haya estado en mejores posibilidades que su hija de identificar las características del arma, quien se encontraba en la acera de enfrente y, por lo tanto, a algunos metros más de distancia.

Además, es probable que la niña, quien, puede inferirse por su edad, no era conocedora de armas de fuego, se estuviera refiriendo a alguna parte del artefacto, mientras que su padre hiciera mención a otra parte del mismo. Igualmente, dado que el objeto descrito regularmente no es de

amplias dimensiones y fue empleado en horas de la madrugada, cuando la iluminación, pese al alumbrado público, no es óptima, la no coincidencia sobre el punto es explicable y no incide en el mérito probatorio del hecho afirmado.

Ahora, S.A.G.G. declaró que se encontraba jugando con las dos niñas allegadas a JJHA en la acera de enfrente a la vivienda del procesado. De igual modo, precisó que aquél se hallaba departiendo con sus parientes y con el padre de la menor de edad “cerquita” a la puerta de su inmueble. El testimonio de la niña concuerda con lo referido por todos los testigos que declararon en el juicio oral, en el sentido de que el acusado se encontraba en el andén adyacente a su vivienda, en tanto que las tres menores de edad jugaban en la acera opuesta.

Así, no es el Tribunal sino el demandante el que distorsiona la afirmación de la víctima, al sostener equívocamente que esta afirmó haber sido impactada “de frente” con el arma de fuego. Ante preguntas aclaratorias, la víctima solo precisó la ubicación de cada una de las personas que se encontraban en la escena y, en particular, la suya con respecto a JJHA (“enfrente”), no la posición de su cuerpo con respecto al arma de fuego al momento del disparo. De este modo, no solo no se presenta la errónea apreciación de la evidencia alegada por la defensa, sino que está probado que cuando se produjo el impacto, victimario y víctima se hallaban, cada uno, en los costados opuestos de la calle, en los correspondientes andenes.

La niña afirmó también que JJHA le disparó, afirmación que, contrario a lo sostenido por la defensa, no es discordante con la aseveración de su padre, en el sentido de que el acusado accionó el arma hacia el lugar a donde aquella jugaba con las otras dos niñas, pero no que le disparó a su hija. Las dos atestaciones parten de una perspectiva diferente, pero no son contradictorias. Con la primera, la menor de edad solamente puntualiza que el procesado la hirió con el arma de fuego. Este hecho es indiscutible, pues, conforme se dejó expuesto, está probado que, objetivamente, HA accionó el revólver y uno de los proyectiles impactó a la víctima.

A su vez, la segunda atestación está enmarcada en una comprensión más amplia de lo sucedido que el padre de la menor de edad intentó transmitir en el juicio oral. Al expresar que JJHA disparó, no a su hija, sino hacia donde esta se encontraba con las otras dos niñas, el testigo dio

a entender que no apuntó intencionalmente a su descendiente con el propósito de causarle la muerte. De ahí que su aseveración solo haga referencia a la dirección en la cual el revólver fue disparado. No se presentan, por lo tanto, las inconsistencias que señala el demandante.

En concordancia con lo hasta aquí explicado, la reconstrucción testimonial del padre de la menor de edad no deja dudas sobre las características del peligroso episodio originado en la descarga del arma de fuego. GGP sostuvo que JJHA sacó el revólver y disparó hacia donde jugaban las tres niñas, que solo había sido herida su hija y que “de buenas” las otras dos, nietas de la compañera del procesado, salieron ilesas. En una entrevista previa, el testigo había sostenido que HA disparó “al aire”. Sin embargo, en el juicio oral aclaró que con la afirmación anterior quería significar que el procesado había accionado el arma de fuego, no con el ánimo de impactar un objetivo cercano ni con la intención de causarle la muerte a su hija o a las tres niñas. Dado que el grupo de menores de edad estaban jugando en la acera opuesta, precisó que “accionar el revólver” hacia allá, “es al aire”.

La aclaración del testigo tiene todo sentido. El padre de la víctima quiso manifestar que el acusado disparó “al aire” en el entendido de que no apuntó a nadie en particular ni percutió el revólver con el propósito de lesionar alguien. Sin embargo, otra cosa es la dirección en la cual dispuso el cañón del arma al momento de descargarla. Pudo hacerlo de forma vertical, lo que implicaba que la habría empuñado de manera paralela a su cuerpo, o también pudo hacerlo de manera horizontal, lo cual suponía que tuvo que disponer el cañón de forma perpendicular a su cuerpo.

Del relato del testigo surge evidente que JJHA disparó, no de forma vertical, sino horizontal y, por lo tanto, como lo asegura el declarante, hacia el grupo de niñas que jugaba en la acera de enfrente. Lo anterior adquiere una notable fuerza demostrativa debido a su compatibilidad con la ubicación y características de la lesión sufrida por la víctima. De acuerdo con la historia clínica y la prueba técnica, el proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo.

Si HA hubiera disparado de manera vertical, la única forma en que el proyectil habría podido causar la citada lesión sería cuando estaba en caída, por la sola fuerza gravitacional, y la víctima

tuvo que estar acostada, de lado, en el pavimento. Esto es poco probable, teniendo en cuenta que las menores de edad se encontraban en vía pública y que estaban haciendo “quemadas”. Además, ninguno de los testigos sugiere la posibilidad de que la lesionada se encontrara, en razón de sus actividades lúdicas, en la referida posición.

De este modo, la herida causada a S.A.G.G. coincide con el testimonio de GG, en el sentido de que JJHA disparó de forma horizontal su revólver y, por ende, que el arma fue accionada en dirección al andén de enfrente del sitio en el que se encontraba. En este lugar se hallaba el grupo de tres niñas jugando: la menor de edad que resultó gravemente herida y las dos nietas de su compañera permanente. En adición a lo señalado, el progenitor de la víctima testificó que el procesado percutió seis cartuchos, “en ráfaga”, es decir, uno enseguida del otro. Este hecho completa el escenario de peligro concreto creado. El episodio, sin embargo, fue valorado de manera diversa por los jueces de instancia, desde el punto de vista de la intencionalidad del agente.

[...]

Debe recordarse que el sujeto obra con dolo directo de primer grado cuando conoce y quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, también denominado de consecuencias necesarias, opera en aquellos supuestos en los cuales el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, tiene aplicación en los casos en que, si bien el agente no desea el resultado, este ha sido previsto como probable y su no producción se deja librada al azar (CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964).»

TENTATIVA - Concepto / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente realice actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que los actos estén inequívocamente dirigidos a la consumación de la conducta, alude a su órbita subjetiva / **TENTATIVA** - Admite el dolo eventual / **DOLO** - Directo: diferencia con el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Concepto

«Tentativa de delito de dolo eventual

La necesidad del citado análisis de compatibilidad se deriva de las exigencias para la configuración del delito tentado y las

características del dolo eventual. De conformidad con el artículo 27 del Código Penal, la tentativa implica que los actos que el agente emprende, además de ser idóneos y comportar el comienzo de la ejecución del delito, deben estar inequívocamente dirigidos a su consumación. Se trata del elemento subjetivo del dispositivo amplificador del tipo y cubre tanto el aspecto volitivo como el cognoscitivo. Supone que lo pretendido por el agente al iniciar la ejecución de la conducta punible haya sido, justamente, lograr la producción del resultado típico (SP1175-2020, rad. 52341).

El problema radica en que en la configuración dogmática del dolo eventual el citado elemento subjetivo, requerido por la tentativa, parecería difuso. La discusión, en estos términos, reconduce a la configuración conceptual del dolo eventual. Las posiciones que, hace ya varias décadas, negaban la compatibilidad entre la tentativa de delito y el dolo eventual, consideraban que este último no sería una especie de dolo, junto al de primero y segundo grado. Una aproximación de este tipo está descartada en la legislación colombiana, pues es claro que el artículo 22 del Código Penal contempló tanto la figura del dolo directo como la del dolo eventual.

Otras posiciones han considerado, más genéricamente, que en el dolo eventual el agente realmente no quiere el resultado. Por esta razón, no podría actualizarse el componente subjetivo de la tentativa, consistente en que el sujeto haya emprendido los actos ejecutivos con el propósito de lograr el resultado típico. A juicio de estas posturas, ese propósito o querer real no estaría dado y ello impediría contemplar el delito tentado cuando el sujeto ha obrado con dolo eventual. La Sala no comparte este punto de vista.

En la Sentencia CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964, la Corte analizó ampliamente la figura del dolo eventual. El artículo 22 del Código Penal establece: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. La Sala sostuvo que, conforme lo había señalado la jurisprudencia en ocasiones anteriores, la norma citada había acogido la “teoría de la probabilidad”, en la cual, “lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente”. Explicó, además, que la dimensión cognitiva del dolo eventual implica que el agente

se represente la probabilidad de producción del resultado antijurídico.

En todo caso, la Sala también aclaró que, además de este elemento cognitivo, se requiere la dimensión volitiva, vinculada a que el agente haya dejado la no producción del resultado típico librado al azar. Afirmó en el fallo: “el dolo eventual como modalidad de imputación subjetiva exig[e] para su configuración dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado típico objetivo (aspecto cognitivo), y (ii) que deje su no producción librada al azar (aspecto volitivo)”. De esta manera, si bien es cierto el artículo 22 del Código Penal acentúa el aspecto cognitivo en los términos indicados, se precisa de un componente anclado a la voluntariedad del agente, el cual se halla ligado normativamente a la actitud del sujeto, de haber dejado la no producción de la consecuencia librada al azar.

De esta manera, cuando el sujeto obra con dolo eventual, emprende un plan y no tiene el deseo inequívoco de vulnerar un específico bien jurídico. Sin embargo, la realización de ese plan implica, de forma necesaria, la puesta en marcha de un curso causal idóneo para la producción de un resultado típico y esto es perfectamente previsible para el autor. En estas circunstancias, si el agente continúa adelante, realmente asiente, acepta, que se produzcan tales consecuencias. Este es el elemento volitivo del dolo eventual.

Conforme a lo anterior, en el dolo eventual hay también una resolución, una decisión, del agente hacia la lesión del bien jurídico, pero no con la misma intensidad que en el dolo directo. Su configuración también es distinta. El sujeto concluye que, a partir del curso de actuación creado por él mismo, es probable que el resultado se produzca. Pese a esto, adopta la determinación de continuar. A partir de este momento, nótese que la concreción de la consecuencia antijurídica no depende del sujeto, quien ya emprendió actos adecuados para la infracción del bien jurídico. La consecuencia depende del azar y las circunstancias. Con todo, es evidente que en ese instante actuó ya la determinación del sujeto y, por ende, incursionó su voluntad en la probable producción del resultado.

Un ejemplo de la doctrina, tomado con modificaciones, puede ilustrar la voluntad de quien actúa con dolo eventual, a diferencia de quien obra con dolo directo. El cuidador de un enfermo en fase de cuidado paliativo conoce de

una sustancia con la capacidad para aliviar los dolores de la enfermedad, pero al mismo tiempo, sabe que, por la condición clínica del paciente, existe la seria probabilidad de que el medicamento le genere una alergia mortal. Pese a esto, decide suministrárselo, pues estima que, de ocasionarse el resultado, se trataría de un mal menor en comparación con sus terribles padecimientos.

Obsérvese que el cuidador prevé la probabilidad de la consecuencia y, aun así, adopta la decisión de seguir adelante, con lo cual consciente en que aquella se produzca. Es claro, además, que a partir del momento en el que el cuidador resuelve suministrar la sustancia, la concreción del resultado ya no depende de él, de su voluntad, sino del azar. Sin embargo, el aspecto ligado a la voluntad ya ha obrado, en el instante en que el sujeto resolvió proporcionar la sustancia al paciente.

El anterior escenario es distinto de aquel en el que el agente, con dolo directo, emprende un conjunto de actuaciones para causar la muerte a una persona. El autor no solo acepta el resultado, sino que persigue activamente, con medios adecuados, su concreción y hace todo lo posible para alcanzarlo. En estos casos existe también la posibilidad de que el sujeto repita tantas veces la misma acción hasta que haya conseguido el objetivo deseado. Por hipótesis, el autor dispara tantas veces como le sea posible hasta dar en el blanco.

En adición a lo expuesto, conviene precisar el elemento de “probabilidad” que actúa en la figura analizada. En el dolo eventual, el sujeto activo prevé que, probablemente, el resultado típico se producirá. Esta probabilidad surge considerada: (i) la idoneidad objetiva de los medios empleados por el agente o del curso causal que este pone en marcha y (ii) de la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la lesión del bien jurídico. Tal probabilidad, por lo tanto, no es una estimación subjetiva del autor ni una especulación suya sobre la ocurrencia del resultado. Está vinculada, en cambio, a las variables serias, reales y objetivas de que ocurra, teniendo en cuenta los dos mencionados elementos.

En síntesis, el dolo eventual implica que el agente, al emprender un plan de acción, pone en marcha un curso causal que, probablemente, puede ocasionar el resultado típico y ello es previsto por el propio sujeto. Dicha probabilidad

se funda en (i) la idoneidad de los medios empleados por el agente y (ii) la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la violación al bien jurídico en cuestión. En estas circunstancias, si el sujeto activo, habiendo previsto esa probabilidad, resuelve seguir adelante, consiente o asiente que se produzcan tales consecuencias.

Así precisado el alcance del dolo eventual, es clara su compatibilidad con la tentativa de delito. Además de emprender actos idóneos y que impliquen el comienzo de la ejecución de la conducta punible, si el agente prevé la probabilidad de que el resultado antijurídico se producirá en la forma en que se ha ilustrado y, sin embargo, decide continuar adelante, acepta, asiente o asume como propios tales resultados. Si el resultado finalmente no se produce por razones ajenas a la voluntad del sujeto, entonces, se habrá cometido el delito en modalidad de tentativa, a título de dolo eventual.»

DOLO EVENTUAL - Se configura / **DOLO EVENTUAL** - Tentativa de homicidio / **TENTATIVA DE HOMICIDIO** - Se configura

«Así, a juicio de la Corte, las pruebas evidencian que el acusado no quería privar de la vida a S.A.G.G. [...]

La impresión expresada por el testigo, sobre la intencionalidad del agente, obedece a una comprensión de sentido común sobre el suceso. No existían razones para que JJHA quisiera dar muerte, ni a la niña S.A.G.G. ni a las nietas de su compañera permanente. Pese a que accionó el arma en dirección hacia donde aquellas estaban y de que disparó los seis cartuchos del revólver, la interpretación razonable de lo ocurrido no implica que el acusado tuviera una inequívoca intención homicida, como lo consideró el Tribunal.

En este orden de ideas, la conclusión de la segunda instancia, de que el acusado obró con dolo directo, no se ajusta a los hechos probados.

El escenario de grave peligro creado por JJHA se subsume, en cambio, en una conducta ejecutada con dolo eventual.

En la madrugada de los hechos y habiendo ya consumido licor por varias horas, como era su costumbre, el acusado pidió a su compañera permanente el arma de fuego para dispararla. Una vez con ella en su poder, procedió a accionarla y lo hizo en dirección hacia donde

estaba el grupo de tres niñas jugando en la acera de enfrente. Además, según el padre de la víctima, el acusado percutió el revólver en seis oportunidades seguidas o, en sus palabras, “en ráfaga”.

Pues bien, al emprender su plan, en primer lugar, JJHA sabía que los proyectiles de arma de fuego son idóneos para causar la muerte a una persona. Pero, además, el acusado disparó seis cartuchos de su arma de fuego. Lo anterior incrementó significativamente el peligro creado y aumentó dramáticamente las posibilidades de su concreción. Hay una ostensible diferencia, de cara a la probabilidad de lesión del bien jurídico, cuando se dispara un arma de fuego en una o dos ocasiones a cuando se hace en seis oportunidades. Por lo tanto, es manifiesta la idoneidad de los medios empleados por el agente para la producción del resultado típico.

En segundo lugar, de acuerdo con todos los testigos, quienes tomaron parte de la celebración en la madrugada de los hechos se encontraban en andenes de una vía pública residencial. EV afirmó que la calle era de doble vía y que cabían dos vehículos. De ello puede inferirse que la distancia entre las dos aceras y, por lo tanto, entre JJHA y la víctima era realmente corta, si se tiene en cuenta el alcance que, regularmente, puede tener el disparo de un arma de fuego. Además, el hecho de que el proyectil haya impactado a la niña en el hombro permite inferir que estaba de pie o sentada, no acostada en el pavimento. Por lo tanto, la reducida distancia entre el tirador y la víctima y la posición de esta en el andén de enfrente implica que existieron unas condiciones adecuadas de contexto para que se produjera el desenlace fatal.

De esta manera, (i) la idoneidad de los medios utilizados para la producción del resultado, en conjunto con (ii) las adecuadas condiciones fácticas de contexto permitieron al procesado prever la probabilidad seria, real y objetiva, de que se produjera la muerte de la víctima. Se actualiza así la dimensión cognitiva del dolo eventual. Ahora, pese a la alta probabilidad de que se ocasionara el resultado, el acusado no se detuvo, sino que resolvió accionar el arma de fuego en seis oportunidades. Al hacerlo, aceptó, asumió, que la muerte de la víctima podía ocurrir, resultado que, entonces, dejó librado al azar o a las circunstancias. Precisamente circunstancias como la pronta atención médica impidieron el deceso de la víctima, pese al grave

peligro en que fue puesta. Así, se actualiza también la dimensión de voluntad del dolo eventual.

En este orden de ideas, no existe duda de que JJHA incurrió en la tentativa de homicidio, ejecutada con dolo eventual, por la cual fue acusado. [...]

En consecuencia, acertaron los jueces de instancia al condenar al procesado por el delito contra la vida objeto de acusación, aunque, como lo señaló la A quo, ejecutado con dolo eventual, conforme lo explicado en las consideraciones del presente fallo.»

SALVAMENTO DE VOTO CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

SALVAMENTO DE VOTO - Magistrado de la Sala de Casación Penal: se aparta de la decisión mayoritaria y expone razones / **JUEZ** - Están sometidos al imperio de la ley / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: no es suficiente la gravedad de los hechos ni la injusticia derivada del mal proceder de la Fiscalía

«Se sabe que en el lugar y fechas indicados en la postura mayoritaria, el procesado, en estado de embriaguez, accionó un arma de fuego, como solía hacerlo cuando se dedicaba a la ingesta de licor. Se conoció, igualmente, que en ese contexto resultó gravemente lesionada una niña, quien fue impactada por uno de los proyectiles.

La gravedad de estos acontecimientos no se discute. Tampoco, que los múltiples errores cometidos por la Fiscalía impidieron adelantar un proceso como es debido. Por ahora, basta con destacar que los yerros en materia probatoria impidieron la condena por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, ya que ni siquiera pudo aportarse la certificación de que el procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego.

Sin embargo, ni la gravedad de los hechos ni la “injusticia” derivada del mal proceder de la Fiscalía pueden conducir a la emisión de una condena a como dé lugar.

Ello no es aceptable de los jueces de instancia, por su sujeción al ordenamiento jurídico, lo que se erige en piedra angular del Estado de derecho, y por su compromiso con la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política y en los tratados

internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

El compromiso con los derechos y garantías previstos en el bloque de constitucionalidad encuentra su máxima prueba en casos como el presente. Ante el repudio que generan este tipo de acciones y resultados, no es extraño que las víctimas, el vecindario, e incluso los medios de comunicación y otros actores sociales, clamen por medidas extremas, por el “máximo castigo”.

Bajo esas condiciones, la figura del juez se erige en el fiel de la balanza, para mantener el equilibrio entre la conducta punible y la sanción que debe imponerse, así como para garantizarle al procesado, y, por esa vía, a todo el conglomerado social, la vigencia del debido proceso.

Lo anterior se espera de los jueces de instancia, y, con mayor razón, del tribunal de casación, por las razones expuestas en los párrafos anteriores y por su función constitucional y legal de esclarecimiento y unificación, de lo que depende, en buena medida, la materialización de dos aspectos medulares de un Estado constitucional de derecho: la seguridad jurídica y la igualdad.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Formulación de la imputación: fines / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: funciones del juez, velar por la claridad de los cargos elevados / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: materializa el derecho del procesado a conocer los cargos por los que se solicita condena / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: inobservancia de los requisitos mínimos de claridad, impide el cumplimiento de los fines de la imputación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Hechos jurídicamente relevantes: su indefinición genera nulidad / **CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA** - Delimitación de los elementos estructurales: importancia / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: el sujeto activo debe conocer de su existencia e intentar hacer uso de ella

«[...] es claro que, en este caso, la Fiscalía no cumplió con la obligación de comunicar adecuadamente los cargos, toda vez que: (i) el hecho de “disparar al aire” y “tener el infortunio de que una de los proyectiles impacte a alguien” no encaja en ningún tipo penal; (ii) aunque calificó los hechos como tentativa de homicidio

con dolo eventual, la Fiscalía no incluyó los referentes factuales de los principales elementos de esta modalidad, entre ellos, la previsibilidad del resultado y la decisión de dejar su no producción librada al azar; y (iii) de hecho, la relación de hechos podría ser más compatible con un delito culposo, aunque tampoco fue estructurado en debida forma.

Bajo estas condiciones, los jueces (de control de garantías y de conocimiento) estaban en la obligación de ejercer las respectivas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpliera con su deber de hacer la imputación y la acusación según lo establecido en el ordenamiento jurídico. Más puntualmente, tenían el deber de garantizar que el acusador presentara los hechos jurídicamente relevantes de manera sucinta y clara.

Por tanto, los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la hipótesis factual, aunados a la inacción de los jueces, dieron lugar a la trasgresión del debido proceso, toda vez que el procesado no tuvo la oportunidad de conocer oportunamente los hechos relevantes a la luz del derecho penal vigente, que justificaran su vinculación al proceso.

Acorde con la copiosa jurisprudencia de la Sala sobre esta materia, lo procedente era decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, para que la Fiscalía adelantara su labor como es debido.

La acusación es mucho más deficitaria en lo que concierne a la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal.

Efectivamente, si la hipótesis se redujo a que el procesado disparó al aire, no se avizora ningún hecho atinente a la indefensión en que se encontraba la niña que fue impactada por uno de los proyectiles, ni, mucho menos, se hizo alusión a que el procesado conociera esa situación y haya querido aprovecharse de ella. De hecho, la hipótesis por la que optó la Fiscalía descarta los elementos objetivos y subjetivos de la circunstancia de agravación, ya que la misma consiste en que el procesado “disparó al aire” y no a alguien en particular.

Lo anterior, en contravía del amplio desarrollo jurisprudencial acerca de la obligación de considerar estos aspectos en los juicios de imputación y acusación (en lo que atañe al fiscal), así como en la sentencia. [...]»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Principio de congruencia: se vulnera si la sentencia se profirió por hechos que no fueron atribuidos por la Fiscalía

«[...] las posturas por las que finalmente optaron el Juzgado, el Tribunal y la Corte son notoriamente diferentes a la expuesta por la Fiscalía en la acusación.

La premisa fáctica de la condena, según la Corte, tiene los siguientes elementos estructurales: (i) el procesado disparó hacia el lugar donde estaban las tres niñas; (ii) disparó en seis ocasiones sin solución de continuidad (“en ráfaga”); (iii) el procesado previó que con ello podía causar la muerte de una persona; (iv) sin embargo, realizó la conducta y dejó la no producción del resultado librada al azar; y (v) la muerte de la víctima no se produjo por la oportuna atención médica.

Esta descripción fáctica no guarda correspondencia con los hechos incluidos en la acusación, cuyos principales elementos son los siguientes: (i) el procesado disparó al aire; y (ii) tuvo el infortunio o la desdicha de que uno de los proyectiles impactó a la víctima.

Sin mayor esfuerzo se advierte que la acusación no contenía unos cargos establecidos con una mediana claridad. Igualmente, que ese vacío fue llenado paulatinamente por los juzgadores, con las variaciones ya anotadas. Esto es, en este caso se conjugaron los roles de acusador y juzgador, ya que ni el Juzgado ni el Tribunal se ciñeron a los hechos expuestos por la Fiscalía en la acusación. Ambos crearon sus propias teorías factuales, que ni siquiera coinciden entre sí.

Nada distinto se observa en la postura mayoritaria. De hecho, no se le destinó ni una línea a referir los términos de la acusación, a pesar de la concurrencia de hipótesis factuales. Simplemente, se optó por una novedosa teoría fáctica, sin evaluar su viabilidad jurídica a la luz del principio de congruencia.

Lo anterior implica la trasgresión de lo establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, porque se emite la condena por hechos no incluidos en la acusación.

A la luz de las garantías judiciales mínimas previstas en el artículo 6° de la CADH y el artículo 14 del PIDCIP, replicados y desarrollados en los artículos 8° , 288, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, el procesado fue puesto en indefensión, ya

que fue acusado por “disparar al aire” y por tener el “infortunio de que uno de los proyectiles impactó a la víctima”, y fue condenado por haberles apuntado y disparado a las niñas en seis ocasiones, haber previsto que con ello podía causar la muerte de una persona y, finalmente, porque dejó librado al azar la no producción del resultado.

A esta altura, debe retomarse lo expuesto al inicio del presente salvamento, en el sentido de que no se discute lo reprochable que resulta que un ebrio dispare un arma y hiera a una niña. Ello, agravado por las omisiones que impidieron la condena por el delito de porte ilegal de armas.

Sin embargo, ello no justifica la edificación de una condena a como dé lugar. No torna ajustado al ordenamiento jurídico el que los jueces, cada uno a su manera, asuman el rol de acusador y construya su propia teoría del caso, con notorias diferencias en los planos objetivo y subjetivo.»

TESTIMONIO - Apreciación probatoria: interés del testigo en el proceso / **TESTIMONIO** - Apreciación probatoria: contradicciones, evento en que son trascendentes

«Incluso si se aceptara, en contra de la evidencia, que no se presentaron las dos formas de violación del debido proceso indicadas en los numerales anteriores, la condena no podría emitirse por el delito de tentativa de homicidio en la modalidad de dolo eventual.

En la postura mayoritaria, se plantea que únicamente existen dos hipótesis sobre la forma como resultó lesionada la víctima: (i) el procesado disparó al aire (o sea, hacia arriba) y pudo impactar a la niña porque ésta estaba tendida en el pavimento; o (ii) el procesado les apuntó a las menores e hirió a una de ellas.

Finalmente, se da por sentado que el procesado dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde se encontraban las niñas y les disparó repetidamente, en seis ocasiones. Igualmente, que a la víctima y el procesado los separaba la calle, esto es, que estaban en las aceras opuestas.

Para arribar a esta conclusión, se le otorgó plena credibilidad a lo expuesto por el padre de la víctima, principalmente porque encuentra respaldo en la ubicación de la lesión sufrida por la niña.

La anterior conclusión es producto del análisis fragmentario de la prueba. En efecto, se dejaron de considerar aspectos relevantes, que permiten establecer la existencia de duda razonable frente a las hipótesis factuales adoptadas por los juzgadores de instancia, como también frente a la expuesta en la postura mayoritaria.

Además, se plantea un falso dilema, porque no es cierto que las hipótesis se reduzcan a las dos enunciadas en precedencia. Efectivamente, las notorias falencias en la investigación y en la práctica probatoria impiden descartar otras hipótesis igualmente plausibles, entre las que se destaca la posibilidad de que el procesado haya disparado al aire (hacia arriba), pero, por su ebriedad, haya realizado otro disparo cuando bajaba el brazo.

Esta hipótesis alternativa permite explicar diversos aspectos, entre ellos: (i) a pesar de la corta distancia, del número de disparos que realizó y de la pluralidad de niños que compartían en la acera, solo uno de los proyectiles impactó a uno de los menores; (ii) el padre de la víctima estaba junto al procesado y, según dice, lo vio cuando dirigió al arma hacia las pequeñas, lo que impide entender por qué no hizo algo para evitar el atentado; y (iii) no se aportaron datos orientados a establecer a dónde fueron a parar los otros disparos (en la puerta, la venta o la fachada de las residencias ubicadas en la zona), pues no puede perderse de vista que los hechos ocurrieron en un barrio de la ciudad de Bogotá y no en un despoblado.

Para explicar de mejor forma lo anterior, se hace necesario un recuento de lo sucedido durante la práctica probatoria en el juicio oral:

En primer término, la víctima hizo alusión a varios aspectos que no son objeto de discusión: (i) esa madrugada, su padre estaba ingiriendo licor con “el Mono”, como se le conocía al procesado; (ii) este se encontraba más embriagado que su padre; (iii) en el sitio también estaban la compañera sentimental de HA, una hija de esta, quien, a su vez, estaba con sus tres descendientes; y (iv) hubo agresiones físicas a raíz de estos hechos, en las que se vieron involucrados su padre y el procesado.

[...]

Las investigadoras citadas al juicio oral se refirieron a la entrevista del padre de la víctima y a su incidencia en la estructuración del caso. Ello puso en evidencia que la Fiscalía se vio

sorprendida ante el cambio de versión del principal testigo de cargo. Por ello, se vio precisada a impugnar su credibilidad, en los términos ya referidos, lo que permitió conocer en el juicio oral el contenido de la primera versión suministrada por el padre de la afectada.

No puede perderse de vista que el acusador, a pesar del cambio de versión, siguió sosteniendo la tesis de que el procesado realizó los disparos al aire.

La primera versión del testigo es más creíble, por lo siguiente:

En primer término, todos los testigos (de cargo y descargo) coincidieron al afirmar que este incidente dio lugar a que el progenitor de la niña lesionada agrediera físicamente a la compañera sentimental del procesado (la golpeó en el rostro). Igualmente, hay consenso en las desavenencias que en adelante se suscitaron, que dieron lugar a agresiones físicas y verbales.

Así, no existía ninguna razón para que el procesado faltara a la verdad en la entrevista inicial para favorecer a la persona que, según su último relato, le apuntó a su hija y le hizo “seis disparos en ráfaga”, esto es, para que declarara falsamente que hizo los disparos al aire.

Por el contrario, los múltiples problemas entre ambas familias pudieron dar lugar a que el testigo hiciera una presentación más gravosa de los hechos durante el juicio oral, con el ánimo de perjudicar a quien se convirtió en su antagonista.

Ello, sin perder de vista que el declarante dejó entrever su personalidad agresiva, pues durante el interrogatorio trató con irrespeto al fiscal, se mostró desobligante al contestar y no atendió oportunamente las directrices trazadas por la juez.

Sumado a ello, es inaceptable la explicación que dio cuando la defensa le indagó por los motivos del cambio de versión. Como quedó anotado, se limitó a decir que en la entrevista habló de disparos al aire en atención a la distancia que existía entre el disparador y sus “objetivos”.

Además de que la explicación dada por el testigo es en sí misma irracional, no puede perderse de vista que él aceptó que las niñas estaban a corta distancia, “de andén a andén”, aproximadamente a dos metros, separados por la calzada.

También debe recordarse que el declarante y la tía de la niña que se encargó de llevarla al

hospital resaltaron que HA acostumbraba disparar al aire cuando estaba borracho, lo que disipa cualquier duda que pudiera existir sobre el sentido de lo expuesto en la entrevista traída a colación por el fiscal para impugnar la credibilidad de su propio testigo.

Igualmente, debe considerarse que el testigo estaba junto al procesado, en virtud de la amistad que los unió hasta ese momento, por lo que era razonable esperar que hubiera realizado alguna maniobra de evitación al ver que el Mono apuntó con el arma hacia las niñas y les hizo seis disparos.

De otro lado, aunque la ubicación de las lesiones sufridas por la víctima en principio permitiría concluir que se trató de un disparo frontal, existen razones suficientes para concluir que ese dato no le brinda soporte suficiente a la hipótesis factual de la condena. Ello porque:

Primero. No es creíble que el procesado, que estaba a escasos metros de las niñas, les haya hecho seis disparos “en ráfaga” y solo uno haya alcanzado a una de ellas. Esto, bajo el entendido de que, según el progenitor de la víctima, las niñas “estaban junticas”, lo que coincide con lo expresado por la víctima en el sentido de que estaba jugando con sus amigas.

Segundo. No se estableció absolutamente nada sobre la posición en la que se encontraban las niñas (de pie, arrodilladas, sentadas, acostadas, de frente, de lado, etcétera), lo que impide realizar un estudio fundado sobre la trayectoria del disparo. Es más, ni siquiera se sabe cuántos niños estaban allí, ya que: (i) el procesado dice que tres, (ii) la madre de las otras niñas, habla de cuatro, y (iii) a la víctima no se le preguntó por este tema.

Tercero. La Fiscalía optó por presentar tres peritos para demostrar las características y consecuencias de las lesiones -tema que fue poco discutido-, pero no hizo nada para establecer las características del lugar, la distancia que existía entre las personas involucradas, ni procuró la emisión de un dictamen que permitiera entender la trayectoria del disparo, a partir de datos como los referidos en el párrafo anterior.

Cuarto. Aunque los hechos ocurrieron en un barrio, y el disparador y las niñas supuestamente estaban separados por una calle, no se estableció dónde fueron a parar los otros cinco disparos que supuestamente hizo el procesado cuando dirigió el arma hacia las menores. Esto es, no se precisó

si impactaron la puerta o las ventanas de las residencias ubicadas al lado del andén donde se encontraba la víctima, si los proyectiles dañaron algún vehículo, etcétera.

A lo anterior, se añan los siguientes aspectos del testimonio de la víctima:

Aseguró que el procesado le disparó, pero no mencionó la multiplicidad de disparos a que alude su padre (seis disparos en ráfaga), lo que, por su notoriedad y trascendencia, no debió pasar desapercibido.

La niña dijo haber visto cuando la compañera sentimental del procesado le entregó el arma y cuando este le disparó (según su padre, estaban separados por la calle). Ello lleva a pensar que la menor estaba de frente, lo que no corresponde a la ubicación de los orificios de entrada y salida del proyectil (ingresó por un hombro y salió por el otro).

Según sus propias palabras, ya la niña había entregado una versión incorrecta por las presiones que ejercieron los familiares del procesado (en el hospital, dijo que fue herida cuando se transportaba en un taxi). Por tanto, no puede perderse de vista que su padre y el procesado (y las respectivas familias) han tenido inconvenientes serios a raíz de estos hechos, tal y como se explicó al relacionar las razones que pudieron llevar a dicho testigo a cambiar su versión, agravándola. Estas circunstancias pudieron incidir en el relato de la menor.

En la misma línea, se tiene que durante el juicio oral se estableció que el padre de la víctima estaba privado de la libertad y se dio a entender que la detención estaba asociada a estos hechos, lo que pudo agudizar los problemas entre las dos familias. Lamentablemente, este tema no fue profundizado.

De otro lado, aunque la niña asegura haber visto cuando el procesado le disparó (esto es, cuando le hizo seis disparos en ráfaga, según la versión de su padre), durante su interrogatorio y el de su progenitora se habló de que se enteró de que estaba lesionada porque sintió el hombro caliente y / o vio sangre en su ropa.

En este contexto, adquiere mayor trascendencia el hecho de que la niña aseguró que el procesado utilizó un arma de color negro, mientras que su padre, que estaba junto al disparador, señaló que el artefacto era blanco.

Asimismo, debe considerarse que hasta el día de los hechos el procesado y el padre de la víctima estaban unidos por un fuerte lazo de amistad, por lo que no se avizoran motivos para que este quisiera atentar contra su hija. Igualmente, no se estableció que tuviera motivos para atentar contra los nietos de su compañera, sin que deba olvidarse que fue esta quien le entregó el arma, claramente convencida de que la utilizaría para hacer disparos al aire en medio del festejo, como era su costumbre.

Por último, aunque no resulte determinante para la decisión jurisdiccional, debe recordarse que el acusador siempre insistió en la hipótesis inicial, atinente a que el procesado disparó al aire. Ello se vio reflejado en la impugnación de la credibilidad del padre de la víctima, cuando cambió su versión, y, principalmente, en el contenido del alegato de conclusión, donde se reiteró dicha postura.

A la luz de esta realidad procesal, se concluye que existe duda razonable frente a la hipótesis consistente en que el procesado dirigió intencionalmente el arma hacia el grupo de niños que departía en la calle y les hizo seis disparos en ráfaga. Por tanto, debe optarse por la hipótesis más favorable, esto es, que realizó los disparos al aire, como lo sostuvo el principal testigo de cargo en sus primeras versiones.

En el caso objeto de estudio, no puede descartarse que el procesado haya disparado al aire, pero, por su ebriedad, haya accionado el arma una vez más cuando el cañón no estaba dirigido hacia arriba, y que haya sido ese disparo el que impactó a la víctima.

En suma, la hipótesis más plausible da cuenta de que el procesado, como era su costumbre cuando ingería licor, realizó disparos al aire, esto es, hacia arriba. Su ebriedad incidió en la manipulación del arma de fuego, dando lugar a que uno de los proyectiles saliera en dirección a donde se encontraban 3 o 4 niñas jugando, con el resultado ya conocido.»

DOLO EVENTUAL - Elementos / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: cognitivo y volitivo, el elemento cognitivo es más relevante que el volitivo / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: cognitivo, que la realización de la infracción penal haya sido prevista como probable / **DOLO EVENTUAL** - Elementos: volitivo, que la no producción del resultado haya sido dejada al azar

/ **DOLO EVENTUAL** - Representación del resultado como probable

«En este caso, pueden apreciarse dos aspectos perfectamente diferenciables, a pesar de la relación que suelen tener: (i) la existencia de un peligro efectivo, lo que corresponde a un dato objetivo, que puede o no coincidir con la representación que del mismo haga el sujeto activo; y (ii) la aprehensión que el sujeto activo hace de esa situación en particular. [...]

En la teoría mixta adoptada por el legislador en el artículo 22, se optó por la fórmula “probable”, en lugar de “posible”. Sin perjuicio del significado de estas palabras en el plano semántico, la doctrina especializada ha establecido diferencias a la luz de las diversas teorías orientadas a explicar el dolo eventual. Así, por ejemplo, se resalta que al referirse al elemento cognoscitivo “algunos adoptan el criterio de la teoría de la posibilidad y exigen que el autor se represente el resultado como ‘posible’. Otros en cambio recogen la teoría de la probabilidad señalando que el sujeto se debe representar al mismo ‘seriamente’ o con un ‘alto grado de probabilidad’ (...)”.

Sin perjuicio de las críticas que recaen sobre la teoría de la probabilidad (una de las centradas en el aspecto cognoscitivo), entre otras cosas, por la dificultad de establecer un linderó objetivo y, por tanto, verificable, entre lo posible y lo probable, es dable rescatar la idea de que existe dolo eventual cuando el sujeto actúa representándose el resultado como de muy probable producción, es decir, como una eventualidad próxima y cierta. En este sentido se pronunció la Sala en las decisiones CSJSP3218, 28 julio 2021, Rad. 47063; CSJAP765, 28 feb 2018, Rad. 51038, entre otras.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Hipótesis alternativas plausibles: incidencia frente al estándar de más allá de toda duda razonable

«Con las pruebas aportadas al proceso se demostraron varias circunstancias de las que se desprende la duda razonable acerca de si el procesado se representó que con su conducta probablemente podría afectar la vida o integridad de otras personas.

En efecto, se estableció que: (i) HA hacía parte del grupo de personas que podían verse afectadas con uno de los proyectiles, en el evento de que estos descendieran con fuerza letal, ya que todos los testigos aseguran que estaba en la misma

zona donde departían adultos y niños; (ii) en el lugar también se encontraba su compañera permanente, así como las hijas y los nietos de esta; (iii) predicar que se representó la alta probabilidad de que alguien resultara lesionado con los “disparos al aire”, implica aceptar que era consciente del alto riesgo que corrían él mismo y sus parientes; (iv) así, esta tesis riñe con el instinto de autoprotección y con la tendencia a proteger a los familiares más cercanos; (v) en otras ocasiones había disparado al aire, sin que se tenga noticia de que haya causado la muerte o heridas a otras personas, lo que potencialmente puede disminuir su percepción sobre el peligro generado con ese tipo de conductas; y (vi) estaba ebrio, lo que pudo incidir en la comprensión del riesgo que estaba generando.

Sumado a lo anterior, se advierte que las personas que lo acompañaban esa noche tampoco se representaron el peligro derivado de esa conducta, toda vez que: (i) su compañera permanente fue quien le facilitó el arma para que dispara al aire, aparentemente sin percatarse del riesgo que ello representaba para ella misma, sus hijas y sus nietos, quienes estaban en el lugar departiendo o jugando en la calle en compañía de la víctima: (ii) aunque el padre de la niña lesionada sabía que el procesado acostumbraba disparar al aire cuando estaba ebrio, no tuvo reparos en consumir licor en su compañía, al parecer sin percatarse de que él, su hija o cualquier otra persona podrían resultados afectadas con los proyectiles; y (iii) ninguno de los testigos de cargo menciona que hayan tratado de disuadir al procesado de disparar el arma, a pesar de haberse percatado con suficiente antelación de que la compañera sentimental de este se la entregó con el claro propósito de que disparara al aire, pues, según se sabe, esa era su costumbre cuando estaba bajo los efectos del licor.

En este orden de ideas, es plausible la hipótesis de que el procesado no se representó el peligro inminente que su conducta representaba para la vida e integridad de otras personas.»

JURISPRUDENCIA - Precedente: indebida construcción

«Acorde con los criterios más básicos para el estudio del precedente generado en la solución de casos concretos, el entendimiento de la ratio decidendi pasa necesariamente por la ubicación precisa de la premisa fáctica a la que, finalmente,

se le aplica la regla decantada por vía jurisprudencial.

En este caso, los mayores problemas de la postura mayoritaria están asociados a la delimitación de la premisa fáctica.

Como se indicó en el numeral 3, no existen elementos de juicio suficientes para concluir que el procesado, conscientemente, dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde estaban las 3 o 4 niñas, justo en la acera del frente, y les disparó seis proyectiles “en ráfaga”.

Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que ello fue así, luce mucho más razonable la tesis del Tribunal (claramente trasgresora del principio de congruencia), según la cual el procesado actuó con dolo directo.

Para concluir lo contrario (el procesado disparó en repetidas ocasiones hacia donde estaban las niñas, pero no con el ánimo de lesionarlas o matarlas), la postura mayoritaria da por cierta la confusa versión del padre de la víctima.

Como ya se indicó, el testigo en mención, al ser confrontado con su versión anterior (en la entrevista dijo que su vecino disparó al aire), trató de explicar su contradicción, aludiendo a que las niñas estaban justo en la acera de enfrente cuando el procesado les apuntó con el revólver, aunque señaló que éste no actuó con la intención de matarlas.

Aunque esa explicación presenta el déficit analizado en el numeral 3, la postura mayoritaria acogió acríticamente la versión de este testigo hostil e interesado, bajo el argumento principal de que el procesado no tenía ningún motivo para atentar contra la hija de su amigo, y, mucho menos, contra sus parientes (las otras niñas eran nietas de su compañera sentimental).

Bajo esos presupuestos, se descartan las hipótesis más plausibles, para abrir paso a otra que no fue suficientemente explicada.

Efectivamente, si el procesado estaba a tan corta distancia (algunos testigos dijeron que 2 metros; otros, la calcularon entre 8 y 10 metros) e intencionalmente les disparó “seis proyectiles en ráfaga” a 3 o 4 niñas que estaban juntas, reunidas en la acera, no parece razonable que se descarte que haya actuado con el conocimiento y la voluntad propios del dolo directo.

Es cierto que esa hipótesis es incompatible con la ausencia de razones para causarle daño a las

niñas, pero también lo es que la misma no encuentra respaldo en las pruebas practicadas durante el juicio oral, tal y como se explicó en el numeral 3.

Ahora bien, si lo que se pretende decir es que el procesado no les apuntó a las niñas, sino a un lugar aledaño a donde ellas estaban, necesariamente habría que indagar por otra hipótesis, compatible con un delito imprudente, a saber: el procesado era consciente del riesgo creado con su conducta, pero confió en evitarlo.

En este contexto, en la postura mayoritaria de trata de explicar la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, a partir de un precedente que no guarda analogía fáctica con el asunto objeto de análisis (en ese caso, se trató de un piloto drogado y ebrio, que causó un accidente de tránsito en el que fallecieron dos personas).

Como, en el fondo, la premisa fáctica del fallo condenatorio es más compatible con el dolo directo, ello dio lugar a la elusión de los principales problemas teóricos y prácticos de la aplicación conjunta del dolo eventual y el referido dispositivo amplificador del tipo, entre ellos:

A diferencia de otros ordenamientos, el artículo 27 del Código Penal, al regular la tentativa, establece, entre otros requisitos, la existencia de “actos idóneos e inequívocamente dirigidos” a la consumación de la conducta punible.

De entrada, esta reglamentación conlleva unas puntuales cargas argumentativas de cara a su aplicación concurrente con el dolo eventual, precisamente porque en esta modalidad del dolo se parte de que el sujeto activo no busca atentar contra el bien jurídico, aunque conoce la probabilidad de que ello suceda y deja la no producción del resultado librada al azar.

En la postura mayoritaria, no se explica por qué la hipótesis factual que allí se defiende permite concluir que el procesado no les apuntó directamente a las niñas sino a un lugar aledaño, sin la intención de lesionarlas o matarlas, y, al tiempo, admite la idea de que su conducta estaba inequívocamente dirigida a causarles la muerte.

Sumado a lo anterior, allí se elude otro problema identificado por la doctrina para articular el dolo eventual y la tentativa, incluso cuando el ordenamiento jurídico, por lo menos de manera expresa, no supedita este dispositivo amplificador a la existencia de “actos

inequívocamente dirigidos” a la consumación de la conducta punible.

En el presente caso, en la postura mayoritaria se tuvo por demostrado que el procesado disparó seis proyectiles en “ráfaga” hacia un lugar aledaño a donde se encontraban reunidas 3 o 4 niñas.

Sin perjuicio del déficit probatorio de esa hipótesis y de las dificultades para ajustarla a las normas que regulan la tentativa de homicidio bajo la modalidad de dolo eventual, se deja por fuera el problema de la concreción del riesgo y su cercanía con su eventual materialización.

En efecto, aunque se habla de 3 o 4 niñas, que estaban juntas, y se da por sentado que el procesado disparó 6 proyectiles (solo uno de ellos impactó a la víctima), no se explica si las menores que no resultaron lesionadas también fueron víctimas del delito de tentativa de homicidio. En términos simples, no se precisa si, en casos como este, solo puede hablarse de tentativa de homicidio, bajo la referida modalidad, si la víctima resulta lesionada; si ello es predicable cuando el proyectil pasa muy cerca de su cuerpo; etcétera.

Lo anterior permitiría comprender la forma más plausible de solución de los múltiples eventos a los que pueden verse enfrentados los fiscales, defensores y jueces cuando surja la posibilidad de calificar los hechos como tentativa de dolo eventual. Por ejemplo, cuál hubiera sido la solución de este caso en el evento de que la niña no hubiera resultado lesionada.

Es cierto que en la acusación no se incluyeron los otros posibles delitos de tentativa de homicidio (como ya se dijo, no se imputó ningún delito de manera adecuada), pero también lo es que la Sala, a la luz de la postura mayoritaria, tenía el deber de analizar la viabilidad de compulsar copias para que la Fiscalía investigara los atentados contra la vida de las otras menores.

Aunque no se comparte la premisa fáctica del fallo mayoritario, lo que, en principio, haría impertinente el estudio de su calificación jurídica, las anteriores precisiones se echan de menos porque en la decisión mayoritaria se anuncia el desarrollo jurisprudencial de la compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en precedencia sobre las principales funciones de un tribunal de casación, el anunciado desarrollo jurisprudencial

necesariamente debió incluir los aspectos atrás referidos, sin perjuicio de otros que resulten relevantes para el mejor entendimiento de estas figuras, en orden a que fiscales, defensores, jueces y demás intervinientes en el proceso penal cuenten con mejores elementos para resolver los casos donde se presenten este tipo de controversias.

En el presente salvamento de voto no se hace una propuesta sobre la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, porque los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la teoría del caso impiden la identificación de una premisa fáctica que haga pertinente un debate de esta naturaleza.

Además, porque, como ya se dijo, la premisa fáctica de la decisión mayoritaria está mucho más cercana al dolo directo (si se asume, como lo hizo el Tribunal, que el procesado les disparó a las niñas), o a una culpa con representación, si se parte de que dirigió el arma hacia un lugar aledaño. Lo anterior, sin perjuicio del déficit probatorio de esas posturas.

Por tanto, no puede considerarse que en este caso se logró un desarrollo jurisprudencial sobre el asunto en cuestión. El debate queda en pie, a la espera de un caso que incluya una genuina controversia frente al mismo y, por tanto, facilite que la Sala fije su postura.

SALVAMENTO DE VOTO DIEGO EUGENIO CORREDOR

SALVAMENTO DE VOTO - Magistrado de la Sala de Casación Penal: se aparta de la decisión mayoritaria y expone razones / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Vulneración del principio / **DERECHO DE DEFENSA** - Se vulnera / **DEBIDO PROCESO** - Se vulnera

«Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, pues, considero que no es posible condenar al procesado, por el delito de homicidio en grado de tentativa, cometido con dolo eventual.

Al efecto, debo manifestar que comparto en su generalidad el salvamento de voto presentado por el HM. Carlos Roberto Solórzano Garavito, en tanto allí se hacen ver las dificultades probatorias que el asunto encierra, no necesariamente resueltas en el fallo del cual me aparto, a más de

la evidente afectación del debido proceso y las garantías de las partes, en clara vulneración del principio de congruencia, hasta derivar en la insuficiente explicación, frente a lo ocurrido y de la postura dogmática que soporta la delimitación del elemento subjetivo del delito, dentro del espectro del dolo eventual.

Acerca del primerio de los puntos en cuestión, la fijación de lo acontecido, coincido con el doctor Solórzano Garavito en que, la Fiscalía adelantó una tarea bastante deficiente de cara a verificar lo sucedido, pues, de forma bastante acrítica, asumió como única hipótesis del caso la derivada de lo dicho en su inicial declaración por el padre de la afectada, traducido en los hechos jurídicamente relevantes planteados en la audiencia de formulación de imputación, como que el procesado disparó “al aire” y, por un infortunado “azar”, terminó por lesionar a la menor.

No quiero plantear una innecesaria discusión semántica respecto de lo que debe entenderse por “disparar al aire”, pero es claro que, dentro del conocimiento del lego y del experto, ello corresponde, siempre, a los casos en los cuales se toma un arma de fuego y esta se ubica en forma vertical, con el cañón hacia arriba, y luego se percute.

Es esta la normal y adecuada comprensión que en lo práctico corresponde a la afirmación del padre de la menor.

Es por ello que la Fiscalía, de entrada, consideró que el resultado no correspondía al querer o decisión voluntaria directa del entonces indiciado, en el entendido que éste no dirigió su arma en forma horizontal, con el cañón hacia el sitio donde se hallaban jugando varios menores, entre ellos la víctima, y, además, en afirmación con indiscutible efecto dogmático, atribuyó al “azar” el efecto dañoso.

Sucede, sin embargo, que en curso de su declaración, durante el juicio, el padre de la afectada mutó de forma diametral dicha versión -aunque la Sala mayoritaria no lo entienda tal o signifique que la explicación del declarante “tiene todo sentido”-, para ahora significar un hecho trascendente completamente distinto: que el procesado no disparó “al aire”, sino que, no se sabe por cuál ignota razón, apuntó el arma, con el cañón en forma horizontal, hacia donde se hallaban los menores jugando y la percutió en seis ocasiones.

Por más explicaciones que se intenten para, verificar lo contrario, es ostensible que lo dicho en juicio modifica de forma sustancial y trascendente lo manifestado por el testigo, en su declaración inicial, al extremo de obligar a modificar, como ocurrió en el fallo de la Corte, los hechos jurídicamente relevantes que se consignaron en la imputación.

Y no es ello un asunto apenas intuido por el suscrito, sino el manifiesto resultado de la variación de su narración, al extremo que el fiscal, en curso de la declaración del juicio, se vio obligado a impugnar la credibilidad del testigo, porque entendió, como es incontrastable, que éste mutaba lo dicho originalmente y ello, por lo demás, afectaba su teoría del caso, construida en torno del disparo “al aire” y la intervención del imponderable “azar”.

De esta manera, entonces, no se asienta en la realidad asumir, como lo hace la Sala mayoritaria, que las pruebas son coincidentes y contestes en demostrar cómo ocurrieron los hechos, pues, se reitera, estos no se encuentran completamente claros en su ejecución concreta y específica en la actividad del acusado, de lo cual se sigue que no es posible afirmar, con condición irrefutable, que de verdad el procesado dirigió su arma al lugar en el cual se encontraban los menores -a muy corta distancia, cabe destacar, como que se hallaban en la acera de enfrente- y sin que se pueda explicar por qué, circunstancia que en sí misma obligaba de mayor atención en el examen, dada la amistad y cercanía de las familias, descargó seis tiros en contra de los niños que allí jugaban.

Dado que la Fiscalía, tal cual se anotó antes, dio por cierto lo dicho al inicio por el padre de la afectada -en sí mismo controvertible, por simple balística de efecto, atendida la zona anatómica en la que entró y salió el disparo-, no realizó labor investigativa encaminada a verificar si ello efectivamente pudo suceder así, para lo cual se demandaba examinar el sitio y las huellas que los disparos pudieron dejar en las viviendas, plasmó en la imputación unos hechos jurídicamente relevantes que, después, acorde con lo entregado en juicio por los testigos, se vieron completamente desdibujados, al extremo de desvirtuar su teoría del caso.

En frente, así, de una inocultable contradicción testifical, se ha decidido tomar postura por la tesis de que el procesado disparó su arma, con el cañón dirigido de forma voluntaria al grupo en el

cual se encontraba la menor afectada y de esto se derivó el daño, soslayando una pregunta fundamental que, incluso, sin mayor soporte, se hace valer para delimitar la existencia del dolo eventual, en contraposición al directo: ¿qué propósito o intención animó al acusado para apuntar su arma, a una distancia de no más de tres metros, en contra del grupo de menores, algunos de ellos, al parecer, familiares suyos y, en lo que toca con la víctima, hija de sus amigos, para luego dispararles los seis tiros de su tambor?

Mínimos de sindéresis impiden considerar que, de verdad, el procesado, de forma voluntaria, se repite, teniendo a la vista a los menores -pues, de lo contrario, no estaríamos discutiendo el tema aquí-, sin más, decidió apuntar contra ellos y dispararles con una desconocida intención, desde luego, ajena a querer darle muerte, pues, si así fuese, la atribución se habría hecho a título de dolo directo.

Creo, como se asienta en el otro salvamento de voto, que, en efecto, otra hipótesis acerca de los hechos, con la cual se respondería de forma satisfactoria la pregunta planteada, es que, dado su alto grado de alicoramiento, en verdad el acusado sí empezó a disparar hacia el aire, pero, con la natural deficiencia física y de reflejos que el licor comporta, en uno de los disparos fue vencido por la fuerza de retracción del disparo y el peso del arma, hasta dirigirla hacia el lugar en el que se hallaban los menores.

Ello, sin embargo, no fue considerado en el fallo del cual me aparto, con las consecuencias conocidas en términos del tipo de responsabilidad despejada y condigna sanción penal.

Ahora bien, despejado el tema de lo que efectivamente debe entenderse probado, es necesario precisar que si de verdad lo demostrado en juicio es que el procesado no disparó al “aire”, sino directamente en contra del grupo en el cual se localizaba la víctima, ello representa variación sustancial de la teoría del caso de la Fiscalía, plasmada en los hechos jurídicamente relevantes, de lo cual se sigue, entonces, que la decisión a tomar por la Corte no era, como sucedió, condenar por estos nuevos hechos demostrados en juicio, sino absolver al acusado, dado que, de un lado, la fiscalía no pudo demostrar su hipótesis o teoría del caso y, del otro, la condena por los nuevos hechos

representa innegable violación del principio de congruencia.

No quiero detenerme en la definición teórica del tema, pues, doy por sentado, ya se conoce con suficiencia la postura jurisprudencial de la Corte en torno de la naturaleza y efectos de los hechos jurídicamente relevantes, pero sí debo destacar que no se discute su esencia toral en términos de debido proceso y respeto de las garantías de las partes, al extremo de asumirse acuñado que los mismos deben registrarse invariables desde la imputación hasta el fallo, en lo que a su núcleo central compete, sin posibilidad de que estos puedan ser mutados a lo largo del proceso formalizado, so pena de afectar el principio de congruencia.

Entonces, si en la formulación de imputación y acusación, el fiscal, con un innegable efecto dogmático, afirmó que el procesado disparó al “aire” y que el resultado vino consecuencia del “infortunado azar”, manifestación fáctica que, como ya dije, representa un claro contenido jurídico, no es posible emitir condena por unos hechos completamente diferentes, en los cuales, se cambia lo trascendente de la imputación, para despejar ahora que el acusado no disparó “al aire”, sino directamente al grupo que jugaba al otro lado de la calle.

Es claro que los hechos jurídicamente relevantes y, en particular, la teoría del caso de la fiscalía, han sido desvirtuados.

Pero, además, en términos materiales de afectación al derecho de defensa, se sorprende, sin posibilidad de enmienda, a la parte defensiva, cuando ahora, en el fallo de casación, se dice que lo ocurrido no fue disparar “al aire”, sino directamente en contra de los menores, circunstancia de la cual jamás tuvo la oportunidad de defenderse o allegar elementos de prueba en contrario.»

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - Sala de Casación Penal: funciones como órgano de cierre, actúa como tribunal de casación / **CASACIÓN** - Finalidades: unificación de la jurisprudencia, necesaria para la seguridad jurídica y orientación de los jueces / **CASACIÓN** - Finalidades: no se puede limitar a la obtención de justicia / **TENTATIVA** - Configuración: requisitos, que el agente inicie la ejecución de una conducta punible / **TENTATIVA** - No admite el dolo eventual / **DOLO EVENTUAL** - Elementos / **DOLO EVENTUAL** - Frente a la culpa con

representación / **HOMICIDIO AGRAVADO** - Situación de indefensión o inferioridad: el sujeto activo debe conocer de su existencia e intentar hacer uso de ella / **SENTENCIA** - Motivación: insuficiente

«[...] para no hacer farragoso el salvamento, observo, lo digo con inmenso respeto, bastante insuficientes los argumentos que se presentan en el proyecto, para soportar la tesis de que es factible emitir condena, con dolo eventual, por un delito de homicidio, en grado de tentativa.

Ya se conoce de manera suficiente la discusión teórica que durante muchos años ha separado a los doctrinantes, quienes no se ponen de acuerdo en torno de la real naturaleza y componentes del dolo eventual, dada su innegable cercanía con la culpa, en particular, con la llamada culpa consciente.

En este sentido, si desde Welzel se viene diciendo que es este -la distinción entre culpa consciente y dolo eventual-, uno de los grandes retos del derecho penal, y si, además, como se reconoce en el fallo del cual me aparto, la discusión se torna más difícil cuando el asunto deriva hacia los delitos tentados, lo menos que cabría esperar, dada la condición de Corte de casación y no simple instancia que asiste a esta Corporación, es que el tema se desarrolle con la suficiente amplitud, para que se conozcan las tesis enfrentadas y las razones que gobiernan la elección de una de ellas.

De hecho, una de las grandes críticas que se formulan contra la imposición del dolo eventual, como forma de responsabilidad penal, asociada a la misma pena que se consagra en la ley para el dolo directo -como sucede en Colombia-, estriba en su carácter eminentemente normativo, que se utiliza para obtener una mayor sanción en casos en los que algún sentimiento de justicia repudia la simple condena y condigna sanción inferior en los delitos ejecutados con culpa consciente.

Y, en este mismo sentido, la controversia en torno del elemento de probabilidad, como factor diferenciador entre una y otra categorías en juego, atiende precisamente a su contenido claramente cuantitativo, que no ontológico, a cuyo amparo, entonces, es imposible establecer qué elemento explica que en unos casos no se quiera el resultado y en otros sí, evidente como se hace que el dolo es conciencia y voluntad, así esta última pueda reducirse, que no eliminarse, como incluso lo pregona Roxin.

Destaco, para retomar el hilo de la argumentación, que la labor de la Sala, en sede de casación, no puede limitarse a resolver el caso concreto, aún si se quieren introducir factores de justicia de la decisión, pues, si se trata de asumir estudios dogmáticos profundos, como el que aquí se demanda, se espera de la Corte un verdadero examen de fondo que, en términos de jurisprudencia, sirva de norte a la labor de los jueces, pues, no puede olvidarse, lo aquí postulado servirá de base a las discusiones que en el futuro se planteen en los despachos judiciales sobre el tema en cuestión.

Es por ello que la decisión, reitero, no debe tener como finalidad apenas la resolución del caso concreto, así los hechos despejados produzcan algún tipo de sentimiento que conduzca a aplicar una sanción severa al procesado, por cuanto, si no se tiene la *sindéresis* necesaria, esa solución, que solo aplicaría para éste, se vuelve lugar común para todos los asuntos.

Los jueces y demás intervinientes en el proceso penal necesitan conocer las razones puntuales que gobiernan la teoría adoptada por la Corte, así como las reglas y subreglas que de ella se desprendan, por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad. Incluso, quien no la comparte, debería contar con argumentos suficientes para entender su soporte y poder controvertirlo.

Esos elementos, sin embargo, no se contienen en la decisión de la que me aparto, situación que puede llevar a que, como ha sucedido en otros casos similares, en los cuales se ha preferido solucionar en términos de “justicia” un caso estimado aberrante, la postura de la Corte no haya sido aplicada o reiterada por los jueces de la República.

Como es poco lo que puede controvertirse de lo consignado en el fallo de la Sala mayoritaria, dada su generalidad, apenas advierto, en torno de la manera en que pretende solucionarse la dicotomía planteada por los tratadistas respecto del delito tentado y su comisión con dolo eventual, que la simple remisión a dos normas que regulan aspectos distintos, no puede servir de fórmula de solución.

Esto es, que el artículo 22 del C.P., contemple dos aspectos propios del dolo eventual -probabilidad y desinterés- como susceptible de atribuir en Colombia, a título de dolo, no significa que, entonces, el artículo 27 siguiente, referido al

delito tentado, obligue, consagre o permita que este dispositivo amplificador consagre dicha modalidad.

Se trata, es obvio, de normas distintas, con naturaleza y efectos diferentes, que no necesariamente se complementan en todos sus extremos.

Entonces, desde un carácter general, ajeno al artículo 27 en cita, ya de entrada se ofrece problemático, de cara a lo que naturalística y subjetivamente reclama el fenómeno tentado, significar que en un delito necesariamente ejecutado por etapas -huelga reseñar, que en los delitos de mera conducta no es factible pregonar la tentativa-, no existe una intención inicial que se refleje en el resultado y, así, del ejecutor se obliga una especie de dolo directo para realizar algo, pero después, en curso del iter *criminis*, accede otro tipo de voluntad, diferente de la inicial, en la cual se acepta cualquier resultado, distinto del querido, o mejor, del plan trazado inicialmente, para remitir a los términos utilizados por Roxin.

Desde luego que los elementos propios del iter *criminis* -ideación, preparación, ejecución, consumación-, que se reclaman en los delitos que admiten tentativa, son ajenos a la forma de culpabilidad propia del dolo eventual, en los cuales el resultado no se quiere, sino que se admite como probable, por consecuencia de la actividad querida.

Pero, si el fallo del cual me aparto, en efecto, reseña que el artículo 27 contempla como exigencia inescapable, que la persona inicie “la ejecución de una conducta punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación”, el asunto se torna insoluble, de cara a lo planteado por la Sala mayoritaria en torno del tipo de voluntad inserta en el dolo eventual, pues, en los términos de Roxin, consignados en la providencia, es claro que la empresa en la cual se ocupa el sujeto es aquella que corresponde a su querer directo -dígase, conducir a alta velocidad, tirar una granada en un establecimiento, etc.- y a ella es a la que se refiere el dispositivo amplificador cuando relaciona los “actos” que se empiezan a desplegar, que no terminan en su consumación.

Entonces, acorde con la teoría del dolo eventual, dentro de ese querer teleológico, el sujeto se representa que probablemente se cause una muerte o se afecte a personas distintas de

aquellas a las cuales se dirigió el acto y “decide” persistir en su acción.

Ese resultado no necesariamente querido, ajeno al que con dolo directo gobierna la acción que se adelanta con varios actos ejecutivos, no puede ser aquel que se consagra en el artículo 27, en tanto, la norma reclama del término “inequívoco”, que necesariamente debe asumirse dentro del querer y actos ejecutivos de este.

Para el caso concreto, si se tratase de asumir la aplicación del artículo 27 del C.P., habría que significar que el acusado se representó -conocimiento-, una acción concreta, digase, disparar armas de fuego, que constituía una finalidad en sí misma -se descarta, cabe destacar, que quisiera, como finalidad específica, dar muerte o lesionar a alguien, dado que en este caso el asunto muta hacia el dolo directo, por obvias razones- y con voluntad plena adelantó las acciones necesarias para obtener su cometido, sólo que en el camino, por razones ajenas a su voluntad, ello no se alcanzó, vale decir, no pudo disparar su arma.

Sin embargo, el caso examinado no refleja esta condición necesaria de la tentativa, pues, lo que no se consumó no es la pretensión o querer del acusado, que efectivamente fue materializada, sino el hecho dañoso que eventualmente -con mayor o menor probabilidad, para acoger los términos del artículo 22 del C.P.- se podía presentar.

Entonces, me pregunto: ¿cuáles son los actos queridos por el acusado que “inequívocamente” dirigidos a la consumación, se pudieron evitar con la intervención de terceros, o mejor, contra su voluntad?

La única forma de responder esta cuestión, frente a la condena por el delito de tentativa de homicidio, opera a partir de significar que lo querido por el procesado era dar muerte a alguien y que, además, los actos realizados por él estaban dirigidos “inequívocamente” a este propósito y no apenas a disparar un arma de fuego, pues, repetimos, lo que se pudo enervar con la intervención de terceros fue la muerte de la menor.

Además, el fallo del cual me aparto no resuelve, ni puede hacerlo, la paradoja que surge de lo consignado en el segundo apartado del artículo 27 tantas veces reseñado, en cuanto, obliga, para determinar que el delito opera bajo la modalidad

de tentativa, que el resultado no se produzca “por circunstancias ajenas a la voluntad” del actor.

Si el sujeto agente no quería, realmente, dar muerte a alguien en particular, aunque se lo representó como “probable” y lo dejó librado al azar, acorde con la condena por dolo eventual, no encuentro manera de señalar, a la par, que la intervención de los médicos, cuando lograron salvar la vida de la afectada, operó contra la “voluntad” del procesado.

Entiendo que el término “voluntad”, como se lee en algunos escritos de doctrinantes, puede ser usado para introducir algún tipo de ánimo volitivo en el actuar que se atribuye a título de dolo eventual, diferenciándolo del querer puro y simple.

Sin embargo, basta examinar el contexto del artículo 27, para entender que la voluntad a la cual se refiere la norma no puede ser otra distinta a la que gobernó la decisión de adelantar actos ejecutivos en busca de un fin determinado, dado que sólo esta puede haber sido contrariada, en un plano material y jurídico, por la actuación o hecho que impidió la consumación.

Es por ello que, frente a la posibilidad de adelantar la ubicación de lo ocurrido dentro del fenómeno del dolo eventual, respecto de la tentativa de homicidio, en el fallo del cual me aparto se acude a varios planteamientos, caminando así en la delgada línea que separa el dolo directo del eventual, al punto de eludir reseñar, acorde con la tesis doctrinal que lo ampara, cuál fue el propósito o empresa que quería realizar el acusado, a efectos de determinar cómo en ese cometido, que gobernó su voluntad plena, se introducía a título de resultado probable, que dejó librado al azar, el de dar muerte a la menor.

Entonces, para dar por sentado que el procesado “conocía” que el acto de disparar, en concreto, podría generar ese resultado muerte, se acude a unos hechos que por sí mismos explican mejor el dolo directo que el eventual.

En efecto, si se da por sentado que el acusado se hallaba a muy corta distancia del grupo de menores, que jugaba en la acera del frente, que apuntó con su arma a ese grupo y que descargó las seis balas de su revólver, en contra de ese objetivo, no se encuentra ninguna razón objetiva sólida, por mucho ejercicio argumental que se intente, para no atribuir el resultado dañoso a un conocimiento y voluntad expresamente dirigidos

a causar la muerte -dolo directo-, pues, se ofrece bastante artificial, en estas circunstancias, sostener que lo representado en la mente del atacante fue apenas la probabilidad de causar ese efecto.

Lo digo con entero respeto, en esas condiciones, no encuentro ninguna explicación diferente a la de querer causar la muerte, para que un adulto, que se supone consciente y conocedor de sus actos y el resultado de los mismos, opte por esgrimir un arma, apuntar contra el grupo de menores cercano y dispare los seis cartuchos contra éstos.

Ahora, que no se conozca de razón suficiente para que el procesado quisiera causar la muerte a algún menor, lejos de incidir favorablemente en la tesis del dolo eventual, advierte que la investigación no se adelantó de forma adecuada, o mejor, que los hechos entendidos como probados no se corresponden con lo ocurrido.

El fallo del cual me aparto dice, apenas, que la “interpretación razonable” de lo ocurrido, impide atribuir al querer del procesado la muerte de los menores.

Empero, se echa de menos una “interpretación razonable” que explique por qué, si no quería matarlos o lesionarlos, disparó contra ellos, en seis ocasiones, a tan corta distancia.

Para finalizar, la sentencia obvia examinar, por qué, en este caso, es posible despejar la causal de agravación dispuesta en el numeral 7° del artículo 104 del C.P., que se incluyó en la sanción ordenada.

Sobra anotar que las causales de agravación reclaman de un doble contenido -objetivo y subjetivo-, que demanda, no sólo verificar la condición de indefensión de la víctima, sino el conocimiento cabal, por parte del acusado, de que ello ocurre y la decisión de valerse de dicha circunstancia, para consumir el delito».

CONCUSIÓN - Bien jurídico tutelado:

administración pública / **CONCUSIÓN** - Sujeto pasivo: el Estado en abstracto, pero también el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Objeto material: de carácter personal y recae sobre el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Elementos / **CONCUSIÓN** - Elementos: temor del poder público

La Corte Suprema de Justicia decidió los recursos de casación interpuestos por el apoderado de AFBG y el Procurador 177 Penal Judicial de Valledupar, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la referida ciudad, confirmatoria de la decisión de primera instancia que condenó al procesado como autor del delito de concusión.

La Sala declaró desistido el recurso de casación invocado por el Procurador 177 de Valledupar y no casó el fallo impugnado, al considerar que, a través del material probatorio legalmente aportado en el juicio, existe conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la comisión del delito de concusión que le fue atribuido a AFBG y de la consiguiente responsabilidad penal por el mismo.

Al respecto, estableció que, los cargos aducidos por la defensa carecen de prosperidad, ya que no se presentó ningún error en la valoración probatoria efectuada por los jueces de instancia, en tanto se demostró que, AFBG activó el contacto con el Juez EG, condujo al abogado y

cerró la puerta de dicha oficina en donde permanecieron por varios minutos.

Además, concluyó que, riñe con la prueba allegada, considerar que AFBG pudo solicitar dinero a la manera de una estratagema dirigida a establecer los actos corruptos del Juez, cuando obra que su actuar fue inequívoco en la mancomunada realización de la conducta punible en plena connivencia con el Juez EG.

SP448-2023(55241) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 6 de diciembre de 2010, el abogado RPC, actuando como apoderado de JSF y VRM, privados de la libertad por los delitos de secuestro y lesiones personales, acudió al Centro de Servicios Judiciales de Valledupar para presentar una solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que los afectaba, siendo atendido por la escribiente DEMH, quien aprestándose a radicar la misma fue interrumpida por AFBG, Secretario de dicha oficina, persona que salió a la

antesala y condujo al peticionario ante RAEG, Juez Segundo Penal Municipal de Control de Garantías y Coordinador del Centro de Servicios del Sistema Acusatorio, a quien le expresó que el abogado pretendía una revocatoria y tras anunciar que debían ayudarlo en esa “vuelta”, le expresó al abogado que le costaría “cuatro barras”, esto es, cuatro millones de pesos, oferta que el litigante no aceptó.

2. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación por los magistrados del Tribunal Superior de Valledupar, dado que, a uno de ellos, AFBG narró, a su manera, lo sucedido con el abogado RPC, por lo que procedieron a recibir informalmente las explicaciones por parte del Juez RAEG, quien no solamente reconoció su delictiva intervención en los mismos, sino que precisó que el negocio ilegal habría sido convenido con el secretario AFBG.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

CONCUSIÓN - Concepto / **CONCUSIÓN** - Configuración

«Como una de las especies en los atentados contra la administración pública, en su acepción amplia referida a la salvaguarda de aquel conjunto de organismos, bienes y funcionarios del Estado orientados a la realización de los fines gubernamentales, la Ley ha previsto en el Código Penal, Título XV, Capítulo II, el delito de concusión; se trata de uno de los reatos más representativos de aquellos abusos en que puede estar incurso una autoridad pública, consistente como se sabe en aquella conducta de acuerdo con la cual con desafuero de su cargo o de sus funciones, el servidor oficial constriñe, o induce a dar o prometer, al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita, conducta que merece en la ley una sanción básica que puede llegar hasta los 15 años de prisión.

El artículo 404 de la Ley 599 de 2000 contempla esta figura delictiva en estos términos:

“El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriñe o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses”.

La tipología inherente a esta especie de atentados, en su conceptualización dogmática nos permite recordar que la conducta propia de concusión, inscrita en los abusos de autoridad como se dijo, está orientada a suscitar temor en el sujeto pasivo para dar o prometer algo, lo que se procura no sólo bajo amenazas de una consecuencia injusta, sino cualquiera otra manifestación del servidor público dirigida a determinar la voluntad de la víctima para inducirlo a prometer o entregar lo que se pide sin causa o fundamento legal.

Esta conducta se desarrolla o expresa de manera explícita, cuando la solicitud va acompañada de la admonición de una consecuencia o efecto adverso sobre los intereses del sujeto pasivo y de modo implícito cuando pese a no aludirse a dicho efecto negativo, se deja latente el temor de que ese sería el desenlace de no accederse al proceder sugerido, mismo que, en cualquiera de tales casos, no supone el sometimiento de la voluntad para que se repute consolidada la conducta»

CONCUSIÓN - Bien jurídico tutelado: administración pública / **CONCUSIÓN** - Delito pluriofensivo / **CONCUSIÓN** - Sujeto activo calificado: servidor público / **CONCUSIÓN** - Sujeto pasivo: el Estado en abstracto, pero también el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Objeto material: de carácter personal y recae sobre el ciudadano / **CONCUSIÓN** - Elementos / **CONCUSIÓN** - Elementos: temor del poder público

«[...] tiene este delito por bien jurídico protegido a la administración pública en el sentido y alcance indicados, aun cuando se trata sin duda de un reato pluriofensivo, habida cuenta que esta especie de delincuencia vulnera otra suerte de bienes tales como la autonomía o libertad individual, el patrimonio y eventualmente la propia administración de justicia, entre otros.

Al tiempo que ostenta como sujeto activo a un servidor público, en principio tiene por sujeto pasivo en abstracto al Estado, pero como se ha glosado, también al ciudadano que es sometido al poder intimidatorio de la actuación pública corrupta.

El objeto material en la concusión es de carácter personal y recae sobre el ciudadano respecto del cual se ejerce la metus públicae potestatis.

A su turno, dadas las diversas especies de proceder que puede desarrollar la conducta concusionaria, considerado el múltiple contenido expresado en los verbos rectores que la describen, se trata de un comportamiento alternativo que bien puede estar dirigido a constreñir, esto es a compeler a través de fuerza física o moral o a inducir o persuadir soterradamente con la finalidad pretendida o solicitar directamente, lo que supone un requerimiento dentro del contexto del exceso o abuso de la función pública.

De este modo, la conducta que desborda la esencia del servicio público con ilegales propósitos, se realiza por tanto bajo el ropaje de la investidura oficial y se afianza en el temor o preeminencia que la misma representa en relación con la situación concreta en que se ejerce o se puede ejercer»

CONCUSIÓN - Demostración / **CONCUSIÓN** - Se configura / **CONOCIMIENTO PARA CONDENAR** - Requisitos: convencimiento más allá de toda duda razonable, se cumple

«Conforme fue reseñado, las sentencias en sus dos instancias encontraron acreditado más allá de toda duda racional tanto la confluencia del delito de concusión que fue materia de acusación, como la responsabilidad recaída en el procesado AFBG, en su calidad de servidor público en la Rama Judicial.

[...] encuentra la Corte que, ciertamente, a través del testimonio acopiado en desarrollo del juicio y rendido por el abogado RFPC (sesión del 6 de abril de 2017), se conoce con detalles de especial significación en mérito de su contrastada veracidad, cómo tuvieron desenlace los hechos que determinaron adelantar las investigaciones penales en contra del Juez RAEG (condenado por la Sala de Casación Penal a través de decisión de segunda instancia fechada el 5 de septiembre de 2018 a la pena principal de 117 meses, 1 día de prisión, multa de 86.2 S.M.L.M. y 96 meses, 1 día de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, como responsable del delito de concusión, Rad. 48855) y la seguida a su vez en este asunto por los mismos hechos, en contra del Secretario del Centro de Servicios Judiciales de Valledupar AFBG.

El relato del jurisconsulto da cuenta de haber hecho presencia en la Secretaría del Centro de Servicios el 6 de diciembre de 2010, en orden a presentar memorial solicitando se revocara la medida de aseguramiento que pesaba sobre sus mandantes JS y VR.

Aun cuando inicialmente fue atendido por la escribiente DEMH, irrumpió en el acto BG y lo condujo hasta la oficina del Juez EG, en cuyo interior, previamente cerrar la puerta y anunciar las pretensiones del litigante, el propio Secretario dijo en voz alta “E vamos a ayudar a P, pero esto cuesta como cuatro paquetes” (0:05”), a lo cual hubo de simplemente preguntar el Juez si aquél tenía pruebas que sustentaran su petición.

Para la Corte, la secuencia fáctica de que da cuenta el abogado PC, en coincidencia analítica de su incidencia probatoria en este caso, pone incontrovertiblemente de presente la dinámica corrupta articulada con particular sincronía entre el Secretario y el Juez; o lo que es igual, que el hecho referido por el testigo da fe en forma nítida del acuerdo delictivo existente entre ambos funcionarios, en forma tal que la pasividad del titular de la oficina no desentonaba, sino que se acoplaba con el modus operandi o rol que cada quien cumplía en la comisión delictiva.

El valor que tiene lo depuesto por el testigo en relación con la manera en que ocurrieron los hechos obtiene respaldo en la construcción de su secuencia y desarrollo a través de las declaraciones rendidas por la escribiente MH, así como a través del relato dado por ÁERM, quien como hermano de uno de los detenidos por quien se abogaba, acompañó a Palacio a radicar el memorial buscando su libertad el día de los hechos y reveló que una vez aquél salió del despacho judicial le manifestó que “A” le había pedido dinero para dar trámite a la revocatoria»

TESTIMONIO - Valoración probatoria / **FALSO JUICIO DE IDENTIDAD** - No se configura

«Bajo la especie de falso juicio de identidad, acusa la demanda en el primer cargo que el testimonio del Magistrado SC se falseó como consecuencia de no aludir a otros aspectos del mismo que se asumen de interés al procesado, tales como que el Secretario le narró que fue el Juez E quien negoció la libertad, o haber calificado la grabación tomada por el acusado como “ilícita”, o exhibir el testigo “prejuicios subjetivos” para declarar contra el imputado, cuando recalcó tener el “convencimiento moral”

de que el responsable era B, o que el Juez E llamado por los Magistrados aseguró que obró en connivencia con A.

En realidad, en ningún momento se desapercibió cuál fue la versión que en principio le dio B al Magistrado, sólo que la misma pronto se encontró desvirtuada, cuando toda la información acopiada indicaba que había faltado a la verdad en su relato.

Dado que la varias veces aludida grabación nunca fue exhibida, es indiferente la calificación que sobre la misma podía tener desde el punto de vista de su idoneidad probatoria. Al fin y al cabo, respecto de la tantas veces aludida grabación de los hechos, a la que se ha dado una importancia superlativa por la defensa, ese carácter preponderante sólo lo posee teóricamente en la medida en que se trata de un elemento que probatoriamente no tuvo existencia.

Y en relación con la convicción moral que el Magistrado dijo obtener, no es tal estado de sus reflexiones interiores lo determinante a la hora de esclarecer la realidad de este caso, ni a través de ellas se ha construido el fundamento de la responsabilidad penal.

La sentencia no aludió a lo revelado por el Juez EG delante de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Valledupar, en relación con la participación de A en el delito y, por lo tanto, tal aparte del testimonio de SC no fue valorado como prueba de cargo dado el carácter de prueba de referencia que el mismo tendría, aspecto que no puede pretenderse útil en defensa del procesado cuando precisamente tal extracto de ese relato por el contrario obraría en su contra.

Tampoco es cierto que se cercenaran aspectos relevantes del testimonio rendido por el Magistrado CJ. Ciertamente, éste afirmó que el Juez E sostuvo en su presencia que A llevó al abogado hasta su oficina para que “escuchara la propuesta” ilegal, pero así como sus afirmaciones no son claras, subyace a cualquier equívoco en relación con los hechos, que quien condujo hasta el interior del Juzgado a PC fue B y de acuerdo con el letrado fue éste quien activó la propuesta corrupta mientras el Juez se mostraba pasivo, conforme se ha indicado.

Pese al relato de la empleada judicial M, sobre la secuencia de los hechos y la afirmación respecto de quién fue la iniciativa para ingresar ante el Juez, nada a través de su relato se opone al hecho según el cual quien activó el contacto con EG fue

B, condujo al abogado y cerró la puerta de dicha oficina en donde permanecieron por varios minutos.

Es claro que quien determinó la reunión entre P y Emiliani fue A. Luego es evidentemente necio pretender que sin mediar su voluntad corrupta en el hecho, éste no se produjera. A no fue un simple “facilitador” del diálogo entre el litigioso y el Juez. Su conducta no fue, de ninguna manera pasiva, se trató de una intervención activa y convenida dentro del desarrollo del iter corrupto.

Si, como se pretende, el pacto ilícito se hubiera producido entre el Juez y el abogado, en ningún momento A habría tomado parte activa en su ejecución. Sería inaudito que el Juez obrara conforme procedió sin la coautoría delictiva del Secretario, en cuyas manos estaba hacer operativo el funcionamiento de la coordinación, sabido que aquél siempre estaba en su oficina y éste era quien determinaba la asignación de los distintos asuntos y mantenía el trato directo con los abogados».

FALSO RACIOCINIO - No se configura por desacuerdo en la valoración probatoria / **TESTIMONIO** - Valoración probatoria

«El acusado falso raciocinio que se aduce como segundo reproche, no pasa sino por construir expresiones de inconformidad en relación con los criterios para apreciar las pruebas sin opción de derruir la racionalidad de dicho ejercicio en la sentencia impugnada.

Afirmar que a partir del testimonio de PC se podría explicar la conducta del secretario B pero en el sentido que habría facilitado la reunión entre aquél y el Juez para grabar el hecho corrupto, cuando quiera que, como se ha advertido, no se acreditó la existencia de dicha grabación, es una alegación evidentemente deleznable; máxime cuando precisamente, el hecho de conocerse en su integralidad el alcance delictivo de la conducta concusionaria, explicó la razón por la cual el pregonado registro sonoro del acto corrido al interior del Juzgado, de haberse dado, nunca fue presentado.

Es cierto que el abogado PC no denunció los hechos que lo hacían víctima de la exigencia ilegal. Pero esta circunstancia no desdice de la veracidad de su testimonio.

Dado el carácter sorpresivo de esta clase de conductas, quien se ve presionado por el servidor público no solamente está desprovisto de una

inmediata reacción defensiva, sino que regularmente se encuentra en una situación de desventaja probatoria que disuade cualquier intención de poner en conocimiento de las autoridades el hecho.

En su lugar, el abogado PC se sostuvo en los procesos judiciales adelantados contra el exjuez EG, haciendo lo propio al enfrentar la presente actuación.

Está ampliamente desvirtuado que la única motivación del secretario BG fuera hacer conocer del Magistrado SC actos de corrupción en el Centro de Servicios Judiciales y que, por tal motivo, la sentencia esté incurso en el error de extraer del testimonio de PC conclusiones en su contra “por el simple hecho de ser AB quien facilitó la conversación entre su jefe y el defensor”, toda vez que bajo la gravedad del juramento, prestado como se ha advertido en diversos procesos judiciales, tal litigante expresó sin lugar a equívocos cuál fue el papel cumplido por el secretario y el Juez al interior de la oficina judicial y sobre la indubitable constricción de que fue objeto en dichas circunstancias, al solicitársele una suma millonaria para dar curso a sus pretensiones procesales de libertad.

A BG no le había encomendado el Magistrado SC ninguna labor o tarea relacionada con el

propósito de desvelar actos de corrupción que se venían presentando en el Centro de Servicios en el cual obraba como Secretario, precisamente; mucho menos de manera específica, como lo pretendió con su versión, específicamente para el día de los hechos habían convenido ninguna actuación orientada en dicho sentido.

Ya se advirtió que la forma como actuó el procesado, despeja cualquier incertidumbre en relación con la dinámica corrupta que caracterizaba el ejercicio de la función pública en unión con el Juez EG.

En definitiva, no es que a través de lo narrado por BG se conozca que efectivamente el Magistrado le había encargado de actuar conforme procedió, cuando fue el propio Dr. SC quien lo negó enfáticamente. Riñe con la prueba allegada, considerar que BG en efecto pudo solicitar dinero a la manera de una estratagema dirigida a establecer los actos corruptos del Juez, cuando en contra de semejante hipotética abstracción de los hechos obra que su actuar fue inequívoco en la mancomunada realización de la conducta punible en plena connivencia con EG, haciéndose ostensible el entendimiento que en esta clase de procederes mantenían al interior de dicha oficina judicial».

ACOSO SEXUAL - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, diferente a la subordinación laboral / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, no está vinculada con la naturaleza del vínculo laboral o contractual / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, alcance / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: no exige un comportamiento específico de la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Análisis a través del enfoque de género: procedencia

La Sala de Casación Penal decidió la impugnación especial interpuesta por la abogada de CAPZ, contra el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual revocó la absolución proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de

esta ciudad y, en su lugar, lo condenó como autor responsable del delito de acoso sexual.

En esta ocasión, la Sala no casó la sentencia de segunda instancia y confirmó la decisión que, por primera vez, condenó a CAPZ.

Para ello, la Corte analizó los elementos del delito de acoso sexual, de cuyo análisis concluyó que: i) los actos constitutivos de la conducta, dirigidos a los fines sexuales no consentidos, pueden ser sucesivos y darse en breve tiempo; sin excluir la posibilidad de su ocurrencia en días diferentes o en largos lapsos. Es decir, la persistencia no está relacionada con el tiempo sino con la repetición de la conducta; y ii) el tipo penal no supedita las relaciones de autoridad o de poder, a la existencia de una jerarquía impuesta por determinada relación laboral, sino que la misma tiene origen también en cualquier otra relación de edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica.

SP459-2023(58669) de 08/11/2023

Magistrado Ponente:
Gerson Chaverra Castro

Aclaración de voto
Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. SGN, abogada contratista de la Oficina Jurídica del entonces Fondo de Vigilancia y Seguridad del Distrito, denunció a CAPZ, Subgerente Financiero y Administrativo de esa dependencia, quien enterado por la directora que ella laboraba ahí, la hizo acudir a su despacho para preguntarle por la clase de contrato y salario devengado.
2. El 18 de septiembre de 2012, al verla acompañando a un contratista que requería su firma, CAPZ, a quien había conocido en el año 2004 en el Jardín Botánico, mediante señas, la instó a ingresar a la oficina sola y cerrar la puerta.
3. Luego de ella sentarse y el acusado susurrarle algo al oído, aseguró la puerta y bajándose el cierre de su pantalón sacó su pene, pidiéndole hacerle la felación e insistiéndole entrar al baño, momento en el que la mujer abandonó la oficina con la advertencia de CAPZ de no responder por lo que le pudiera pasar.
4. Minutos después de recibir una llamada de aquel en la que le pedía regresar a su despacho, a lo cual hizo caso omiso, comentó lo sucedido a su amiga FAM, a otras personas y elevó la queja ante la Alcaldía.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Elementos: elemento subjetivo específico, fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto activo, cualificado / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: sujeto pasivo, indeterminado / **ACOSO SEXUAL** - No requiere que se alcance el resultado deseado

«La Ley 1257 de 2008, mediante su artículo 29 adicionó al Código Penal el artículo 210A, el cual, bajo la denominación de acoso sexual y delito que atenta contra la libertad, integridad y formación sexuales, sanciona con prisión de uno (1) a tres (3) años a quien

“en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona”.

El sujeto activo de la conducta es cualificado. Adecua su comportamiento al tipo penal, la persona que se vale de su superioridad manifiesta sobre la víctima o de las relaciones de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, que se tiene en ella.

El acosador aprovecha la relación de jerarquía existente con la víctima, esto es, desigual, asimétrica, edificada sobre alguna de las hipótesis previstas en la descripción típica.

La conducta descrita es alternativa. Incurre en ella el sujeto cualificado que acosa, persigue, hostiga o asedia física o verbalmente al sujeto pasivo del comportamiento delictual.

Los verbos de la acción típica, por la naturaleza de las cosas, implican que el comportamiento del acosador sea habitual o permanente. Es característica de la acción la insistencia en la conducta, el autor debe persistir en los actos para considerar estructurado el tipo penal.

Sin embargo, es preciso advertir que la reiteración de los actos configurativa del acoso, no es únicamente la producida en largos periodos de tiempo, verbi gratia en días u horas distintas, sino aquella constante y continúa que se manifiesta en actos compuestos en la sucesión de tiempo que al conformar un todo obedecen al mismo propósito.

[...]

La finalidad de los actos constitutivos de acoso es de índole sexual, razón por la cual la conducta protege como bien jurídico la libertad, integridad y formación sexuales. Además, no pueden ser consentidos por la víctima.

Igualmente es un punible de mera conducta, su ejecución no implica la realización de algún acto sexual o acceso carnal con ocasión del comportamiento del acosador; el tipo penal sanciona las conductas vejatorias que afecten directamente a la persona.

En este sentido, es un delito doloso»

ACOSO SEXUAL - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, alcance / **ACOSO SEXUAL** - Demostración / **ACOSO SEXUAL** - Violencia contra la mujer / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Formulación de la acusación: requisitos, relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, diferentes a los hechos indicadores y medios de prueba / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Testigo: impugnación de credibilidad, evento en que la defensa no utilizó esta herramienta jurídica / **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - No se vulnera si se respeta el núcleo fáctico de la acusación

«En este sentido, los hechos jurídicamente relevantes de la acusación son: i) la condición de contratista de la víctima de la oficina jurídica del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá; ii) el cargo de subgerente financiero y administrativo ocupado por PZA en esa Entidad; iii) el encuentro provocado por éste en el que pregunta a la víctima sobre la clase de contrato y salario devengado; y iv) el suceso acaecido el 18 de septiembre de 2012 en la oficina del acusado, donde éste 1) le susurra algo al oído a SGN que ella no entiende; 2) luego de bajarse la cremallera de su pantalón, saca su pene y le pide hacerle sexo oral; y, 3) ante su negativa, le dice que entre al baño.

La recurrente habla de una habitualidad y permanencia de la conducta que no es la exigida por el tipo penal, basta para su configuración la insistencia o reiteración de los actos constitutivos de acoso sexual, los cuales, según lo dicho en precedencia, pueden ser sucesivos, darse en breve tiempo, sin excluir la posibilidad de su ocurrencia en días diferentes o en largos lapsos.

En este asunto, la persistencia del comportamiento del acusado se hace patente con el “susurro” al oído de la víctima, quien admite no haber podido identificar lo que quiso decirle; el acto de bajarse el cierre, sacar el pene y pedirle hacerle sexo oral; y, la sugerencia de entrar o seguir al baño, que aunque obedecen a un mismo propósito son reiterativas en la consecución de la finalidad propuesta.

La persistencia no está relacionada con el tiempo sino con la repetición de la conducta, de modo que si en este asunto solo transcurrieron un poco más de tres (3) minutos desde el ingreso de SGN a la oficina del implicado y de su salida de ella,

tal como lo muestra el video, no quiere significar que el acto haya sido uno solo.

La impugnante pasa por el alto que el acusado buscó asegurarse no ser sorprendido ni descubierto en la conducta de acosar, pues una vez ingresó la víctima, se dirigió a la puerta de ingreso a la oficina para asegurarla, procediendo enseguida a susurrarle algo, que si bien ella no entendió lo que le estaba sugiriendo PZ, pronto pudo darse cuenta de su intención cuando a continuación de bajarse el cierre y sacarse su pene, le pidió hacerle sexo oral y ante su negativa, le sugirió entrar al baño, evidentemente con ese mismo propósito.

Tratándose de una mujer, el ámbito de protección de la norma es mayor frente al acto explícito de contenido sexual, más allá del susurro inentendible y de la sugerencia para que ingresara al baño, como del momento en que el acusado quiso mostrar su poder al hacerle conocer a la víctima la posibilidad que tenía de mejorarle su salario y vinculación a la Entidad, con la proterva intención de obtener sus favores sexuales evidenciada desde que llegó al Fondo, pues al verla allí de inmediato propició el encuentro.

La recurrente confunde los hechos jurídicamente relevantes con la prueba misma, al rechazar las manifestaciones de la víctima que no guardan relación con los hechos del 18 de septiembre de 2012, bajo el argumento de no haber sido objeto de la acusación y no hallarse corroborados.

Por ejemplo, expresa que la víctima no podía mencionar que el acusado iba a su sitio de trabajo a saludarla, conducta referida por DMC, “no era así con el resto de personal, y él nada tenía que ir a preguntarle del trabajo, pero siempre le buscaba el saludo”, si precisamente dicha actitud era indicativa de su obstinado interés.

Así mismo, rechaza que el tribunal haya tenido como hecho indicador de la conducta reprochada a PZ los hechos del Jardín Botánico, pero no tiene en cuenta la aclaración en la sentencia, según la cual, no podían tenerse en cuenta para valorar el compromiso penal del acusado, debido a que en ese año, 2004, no se encontraba tipificada la conducta de acoso sexual.

[...]

Carece de razón cuando pretende reducir el testimonio de la víctima a lo acontecido a puerta

cerrada, sin permitir que la testigo aluda a situaciones anteriores y posteriores vinculadas al hecho investigado, que explican cómo conoció al acusado, el trato dispensado por este en el Jardín Botánico, la orden a través de su jefe inmediata para que acudiera a la oficina de él, la posibilidad que tenía de ayudarla a mejorar su vinculación laboral y salario, las manifestaciones sobre determinados atributos físicos, etc., pues ellas siendo parte y objeto de prueba no constituyen hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

Luego, no habiendo sido controvertidas tales aseveraciones por ningún medio de conocimiento, algunas corroboradas por prueba testimonial, verbi gratia la declaración de DMC, y sin que exista motivo de demérito de la versión de la víctima, carecen de razón los cuestionamientos propuestos en la impugnación.

Para la libelista es inaudita la afirmación del tribunal, según la cual, las aseveraciones de SGN pese a no estar corroboradas tampoco fueron controvertidas.

Bien pudo en el curso del contrainterrogatorio a la denunciante confrontar y controvertir las manifestaciones de la víctima sobre los hechos antecedentes, concomitantes y posteriores al hecho, en orden a establecer la credibilidad de su testimonio, labor que ahora no puede suplir argumentando que siendo hechos jurídicamente relevantes han debido hacer parte de la acusación, sin ofrecer razón o fundamento alguno que desdiga de la veracidad del mismo.

Así las cosas, la Sala encuentra que el comportamiento del inculpado se adecua a la descripción típica, debido a que el 18 de septiembre de 2012 acosó con fines sexuales no consentidos a SGN, valiéndose de su posición laboral, dado que según lo establecido por el Tribunal en la sentencia, él ocupaba un cargo directivo en el Fondo mientras la víctima desempeñaba uno de nivel profesional, esto es, de menor jerarquía»

ACOSO SEXUAL - Sujeto activo: es un delito especial propio en el que solo podrá ser autor quien ostente condición de superioridad manifiesta hacia la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral; alcance / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, diferente a la subordinación laboral / **ACOSO SEXUAL** - Elementos: posición laboral, no está vinculada con la naturaleza del vínculo laboral o contractual

«A juicio de la demandante, la sentencia infringe la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 210A del Código Penal, debido a que el tribunal da por acreditada la existencia de la relación subordinada que en el marco del trabajo como actividad humana exige el tipo penal para su configuración.

Según la descripción típica incurre en la conducta de acoso sexual, la persona que acosa, persigue, hostiga o asedia física o verbalmente con fines sexuales no consentidos a otra, “valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica”.

El tipo penal tal como está configurado describe distintas formas de relación mediante las cuales el sujeto activo adecua su conducta, sin que las surgidas en el campo laboral estén mediadas necesariamente de un vínculo contractual específico o de una relación de subordinación.

“La Corte ya ha percibido esta dificultad en la determinación del tipo penal, advirtiéndose que, dada su textura abierta, el legislador buscó superar las relaciones convencionales de jerarquía surgidas en los ámbitos laborales, educativos o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, para contemplar cualquier condición de superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, lo que se desprende de las razones de superioridad manifiesta o en relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”

La “posición laboral” mencionada en el tipo penal no es aquella fundada en la jerarquización de los empleos en el ámbito laboral y ni en la relación de dependencia y subordinación entre jefe subalterno en los términos señalados por la recurrente, pues lo comprendido en la norma penal es el aprovechamiento de la superioridad respecto de quien se encuentra en un nivel de desigualdad en razón del oficio que ocupa, con el fin de obtener favores sexuales no consentidos.

El tipo penal no exige “relación de subordinación laboral” y aunque la Sala en la decisión citada en la impugnación, expresa que no puede haber delito donde “la asimetría de la subordinación laboral” no influya, tal criterio, según lo visto, ha sido atemperado, atendiendo al fin de protección de la norma que es el de evitar todo abuso de la

superioridad sustentada en el simple hecho de “la posición laboral” que se ocupe.

Conforme lo anterior, es pertinente advertir que SGN en el año 2012 trabajaba en la Oficina Jurídica del Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, entidad a la cual en septiembre del mismo año el acusado entró a ocupar el cargo de Subgerente Administrativo y Financiero.

Mientras él desempeñaba un empleo de rango directivo, ella uno de nivel profesional, de modo que aunque no era jefe directo de SGN, por su “posición laboral” era superior de ella y, así funcionalmente no hiciera parte de la planta de personal de la dependencia administrativa de la cual era jefe PZ, era encargada de los contratos de prestación de servicios de la institución, que debían ser firmados por él, para su trámite correspondiente.

En estas condiciones el implicado ostentaba una posición de autoridad, como directivo tenía poder sobre los empleados o empleadas de la institución, sin que la circunstancia de no ser jefe inmediato o no autorizar o supervisar el trabajo de la víctima no hace atípica la conducta de acoso sexual.

Se itera, la posición laboral exigida por el tipo penal está vinculada con la categoría del empleo o cargo desempeñado y no con la naturaleza del vínculo laboral o contractual, puesto que la relación de superioridad deviene en razón de la ocupación o actividad encomendada y no de la forma de su nombramiento o contratación.

En este asunto, en el que el acusado prevalido de su manifiesta superioridad sustentada en el cargo directivo ocupado en la Entidad acosó sexualmente a SGN, la discusión sobre la relación de subordinación carece de sentido, cuando la prueba es indicativa que PZ revisaba o daba el visto bueno a los contratos de prestación de servicios, que aunque la mayoría de las veces no eran entregados directamente por las abogadas al acusado, la víctima debió concurrir a la oficina de este a tratar un asunto relacionado con esa materia, sin lo cual no podría avanzar.

De esta manera, el tribunal no se equivoca al concluir que hubo un aprovechamiento de la posición de autoridad del acusado frente a la víctima, aun cuando no existiera la relación de subordinación echada de menos por la libelista, que según lo visto, el tipo penal no exige para su configuración»

ACOSO SEXUAL - Configuración: no exige un comportamiento específico de la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Violencia contra la mujer / **ACOSO SEXUAL** - Análisis a través del enfoque de género: procedencia / **ENFOQUE DE GÉNERO** - En la valoración probatoria: implica que la apreciación de los medios suasorios se agote sin la invocación de argumentos o inferencias estereotipadas

«[...] Asume la libelista, que la manifestación de la víctima de haber guardado la compostura porque no reacciona de “formas primitivas”, contradice la de DMC, de haberla visto salir alterada y nerviosa pidiéndole que se fueran de allí.

Tal reclamo, se aparta del enfoque de género prevalente en el examen de los hechos y ponderación del testimonio de la mujer víctima, bajo el entendido del rechazo en la labor judicial en razón de su género de todo prejuicio y exigencia de estereotipos sobre determinado modo de comportamiento y reacción que debería asumir frente a las agresiones y actos de violencia física y sexual a los cuales es sometida, en orden a estimar creíble su versión.

Sin olvidar que la ponderación de la prueba se realiza con sujeción a las reglas de la persuasión racional, merece crítica la visión, según la cual, si la mujer no llora, gesticula, exclama y manifiesta sus afectos y emociones como consecuencia del hecho del que ha sido víctima, es porque este no ha existido o ha sido consentido por ella.

“En este sentido, la Sala no desconoce que la Corte, entre otras en la SC TC 4362 del 4 de abril de 2018, ha destacado la necesidad de aplicar el derecho a la igualdad e introducir un enfoque diferencial para disminuir situaciones de violencia frente a grupos desprotegidos y débiles, lo cual “implica romper los patrones socio culturales de carácter machista en el ejercicio de los roles de hombre-mujer que, en principio son roles de desigualdad”.

La Sala encuentra que el testimonio de DMC es complementario con el de la víctima, de modo que las supuestas contradicciones e inconsistencias avizoradas por la recurrente carecen de sustento, pues las exigencias de “formas primitivas” de comportamiento aludidas por SGN, tiene que ver con aquellos estereotipos inadmisibles, según lo dicho en precedencia, conforme a los cuales, para creerle a una mujer debe expresar su

sentimientos a través de actitudes y expresiones públicas como llanto, gritos, exaltaciones, etc., y no con el estado de ánimo percibido por su compañera de trabajo.

Finalmente, la animadversión que la recurrente le atribuye a la víctima para descalificar su testimonio, carece de comprobación. Está sustentada en la versión de SGN y en los hechos

ACOSO SEXUAL - Verbos alternativos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL** - Demostración: las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad

La Sala de Casación Penal al resolver la impugnación especial promovida por el defensor, confirmó la sentencia proferida por la misma Sala -integrada por 6 magistrados-, que condenó, por primera vez, a MFRA como autor del delito de acoso sexual, en concurso homogéneo y sucesivo.

Esto por cuanto, consideró que, las características descritas por las víctimas en sus respectivos testimonios permiten establecer, que MFRA utilizó la autoridad que tenía al interior de la empresa Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. -ESSA- para discriminar y violentar sexualmente a las trabajadoras SMCJ y CMTH.

Para el efecto, recordó las características típicas fundamentales del delito objeto de juzgamiento y descartó que, en sede de casación, se haya vulnerado el debido proceso del impugnante, por la declaratoria «oficiosa» de un falso raciocinio. Además, ratificó la existencia de prueba suficiente que demuestra el abuso del poder o superioridad del sujeto activo.

SP489-2023(63783) de 22/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

RESUMEN DE LOS HECHOS

acaecidos en 2004, que aun cuando no son objeto de la acusación no se encuentran controvertidos, y no en prueba distinta de cualquier naturaleza que muestre el propósito o ánimo vindicativo con el que la víctima puso en conocimiento de las autoridades judiciales el acoso sexual que motiva la condena del acusado».

1. En 2012, SMCJ laboró en la secretaría general de la empresa Electrificadora de Santander ESSA como abogada bajo el mando de MFRA. Desde entonces fue asediada sexualmente por parte de su jefe, quien le decía de manera reiterada que su perfume lo excitaba, que le diera del chicle que comía o que sostuvieran “algo”, dado que era una mujer linda, bajo la advertencia de que él podía despedirla cuando quisiera.

2. Entre los distintos actos de hostigamiento, MFRA tocó sus glúteos sin su consentimiento, haciendo la mímica de querer limpiar su pantalón, cuando ella se encontraba de espaldas enviando un fax desde su oficina. Hacía comentarios soeces sobre sus nalgas, su cuerpo, sus relaciones sentimentales e interacciones sexuales ante sus compañeros de trabajo.

3. Para el mismo año, CMT Hernández laboró como secretaria bajo el mando de MFRA, época en la que presenció cuando, en varias ocasiones, este se bajó los pantalones, en espacios privados como su oficina o el archivo, para exhibirle su miembro viril erecto y pedirle que le practicara sexo oral, se lo tocara o le aplicara crema para sus “nacidos”.

4. Igualmente, en el entretanto que fue su subordinada, hizo comentarios públicos y privados sobre su cuerpo, sus relaciones sexuales, el estado de sus genitales, le enrostró la necesidad de tener a un “macho” al lado y le ofreció su ayuda para suplir las eventuales carencias sexuales que pudieran tener. La trató de manera indigna diciendo que era una bruta, porque no era capaz de hacer su trabajo, al paso que la tildó de loca ante sus colegas cuando dejaba ver su tristeza o temor por los hostigamientos de su superior.

5. Estos requerimientos e insinuaciones permanentes de carácter sexual cesaron en diciembre de 2013, cuando las trabajadoras pusieron en conocimiento de la empresa la situación, siendo convocado un comité de convivencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ACOSO SEXUAL - Elementos / **ACOSO SEXUAL** - Verbos alternativos / **ACOSO SEXUAL** - Bien jurídico tutelado / **ACOSO SEXUAL** - Tipicidad objetiva: ingrediente subjetivo, propósito del autor de obtener un provecho para sí o para un tercero, de carácter sexual / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos / **ACOSO SEXUAL** - Configuración: requiere dilucidar el concepto concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima

«[...] la conducta de acoso sexual, que es definida por el artículo 210A del C.P. así: «El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, ...»

En esa definición típica, tal y como lo precisó la sentencia impugnada, la jurisprudencia tiene identificado estos requisitos fundamentales:

Tanto el sujeto activo como pasivo son calificados porque se requiere que entre ambos exista una relación jerarquizada que otorgue al primero superioridad, autoridad o poder sobre el segundo, en razón de factores como la «edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica».

Los verbos rectores alternativos son acosar, perseguir, hostigar y asediar, todos los cuales suponen acciones, palabras o gestos reiterados, habituales o continuados. Así, un acto único o aislado no es idóneo para trasgredir el bien jurídico de la libertad, formación e integridad sexuales.

Un ingrediente subjetivo especial consistente en el propósito de obtener beneficios sexuales, para sí o para un tercero, en contra o sin la voluntad de la víctima.

Y, por último, no basta la existencia de una relación desigual entre el agente y el sujeto pasivo; se requiere, además, que el primero la haya empleado o aprovechado para lograr su propósito con la parte más débil.»

ACOSO SEXUAL - Configuración: puede ser expresado de diversas formas / **ACOSO SEXUAL**

- Demostración: las circunstancias concretas en que se desenvuelva, determinan la presencia o no de las condiciones de subordinación y desigualdad

«El segundo y último argumento de impugnación asegura que las pruebas no acreditaron que las conductas por las que se juzga al acusado fueran desarrolladas con abuso del poder o autoridad que le confería su cargo al interior de la empresa.

Precisado así el planteamiento, el defensor no contravirtió la prueba de las demás características típicas de los comportamientos acosadores atribuidos a MFRA, es decir:

Que entre los años 2012 y 2013 se desempeñó como Secretario General de la empresa Electricadora de Santander S.A. E.S.P. -hecho estipulado- y tenía bajo su mando a SMCJ y a CMTH.

Que durante esos períodos, de manera continua, realizó a ambas mujeres comentarios obscenos y hasta tocamientos corporales no consentidos.

Que, en ese contexto, acostumbraba a hacerles propuestas y / o insinuaciones de naturaleza sexual.

Esos hechos fueron acreditados en el juicio, principalmente, con los testimonios detallados, coherentes y corroborados de las mismas mujeres ofendidas -SMCJ y CMTH-, cuya eficacia ni siquiera es cuestionada por el impugnante porque, recuérdese, su único reparo frente a los presupuestos de la responsabilidad es que el fallo de primera condena supuso la prueba de la utilización indebida de su poder en el ámbito laboral.

[...]

Adicionalmente, contrario a la alegación de falso juicio de existencia por suposición que alega el defensor, los testimonios de SMCJ y CMTH también dieron cuenta pormenorizada de la forma como el acusado se valió de su posición laboral superior para hostigarlas.

Ambas indicaron que el permanente asedio sexual fue alternado con episodios de acoso laboral, en los que MFRA, en público y en privado, denigraba de sus capacidades y del trabajo que desarrollaban.

[...]

Según el resumen de las pruebas testimoniales, la totalidad de actos de acoso sexual ocurrieron

en la sede de la empresa y en el horario en que las dos mujeres prestaban sus servicios bajo el mando del acusado; inclusive, la mayoría de aquellos se presentó en la oficina asignada a este último. Ello implica que aquel se aprovechó del lugar y el tiempo que ofrecía la relación laboral para asediar a las trabajadoras.

La referencia por las víctimas al abuso del poder de subordinación y al temor que ello les generaba fue explícita.

[...]

Otras pruebas de la Fiscalía corroboran algunos aspectos de los relatos de las víctimas:

La perito psicóloga MCLR del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, declaró en juicio que realizó sendas evaluaciones a SMCJ

y a CMTH, resultado de las cuales conceptuó que ambas presentaban «afectación psíquica» relacionada con los hechos de acoso laboral y sexual.

JPTG, quien trabajó en la Electrificadora de Santander entre los años 2000 y 2015, ratificó que el procesado acostumbraba a realizar comentarios sobre prendas íntimas de mujeres y, en general, muchos con frecuente contenido libidinoso.

Y, de otra parte, no sobra advertir que las pruebas traídas por la defensa, aunque son omitidas en la sustentación de la impugnación especial, no desvirtúan las conductas acosadoras objeto de juzgamiento [...].

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS - Permiso hasta de 72 horas: su autorización es otorgada por el Juez de Ejecución de Penas, pero son las autoridades penitenciarias las encargadas de evaluar si el sentenciado reúne o no los requisitos para acceder a él / **BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS** - Competencia del Juez de Ejecución de Penas: a las autoridades penitenciarias les compete certificar las condiciones o requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del beneficio, siempre que el juez no pueda verificar directamente / **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS** - Competencia: para resolver de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas, no se configura, por resolver una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad, y no por el centro de reclusión / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - No se configura ante varios actos que constituyen unidad de acción / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de apelación interpuesto por la defensa del Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de

Bogotá, JEED, en contra de la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante la cual lo condenó por los delitos de prevaricato por acción agravado, tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

En esta oportunidad la Sala: i) revocó parcialmente la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió a JEED por el delito de prevaricato por acción agravado; ii) revocó parcialmente la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió a JEED por 2 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 3 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales; y iii) confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia; esto es, por 3 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 12 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

En relación con el tema, la Corte concluyó que, JEED fue acusado y condenado por 2 conductas de prevaricato por acción agravado, cuando realmente se trataba de una sola. Y si bien, la decisión que profirió fue manifiestamente contraria a la ley, la insuficiencia probatoria de cargo conllevó a que no se acreditara el dolo en su actuar.

En este punto, explicó el correcto entendimiento del numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, en el sentido de que, no es dable afirmar que el funcionario judicial contraria manifiestamente la norma al resolver una solicitud de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas elevada directamente por el

sentenciado privado de la libertad, o por su defensor, y no por el centro de reclusión.

Aunado a lo anterior, analizó los elementos de los tres delitos objeto de juzgamiento, esto es, prevaricato por acción, tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

SP506-2023(61969) de 29/11/2023

Magistrada Ponente:

Myriam Ávila Roldán

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. El 31 de agosto de 2017, un investigador adscrito a la Fiscalía delegada para la Seguridad Ciudadana recibió información de «fuente no formal» sobre la posible ocurrencia de actos de corrupción en el Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

2. La noticia criminal y el respectivo informe de policía judicial fueron asignados a la Fiscalía Séptima Especializada de la Dirección de Seguridad Ciudadana, autoridad que ordenó adelantar interceptaciones telefónicas y luego de recibir los informes, expidió copias con destino a la Unidad de Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, tras advertir que en ellas aparecían involucrados aforados legales, por tener la condición de jueces.

3. En desarrollo del programa metodológico de investigación, se ordenó la interceptación de comunicaciones telefónicas de los abonados que fueron suministrados en la compulsa de copias y que se constató utilizaban los servidores judiciales, de quienes se comprobó la calidad de jueces de la República, siendo identificados e individualizados como: GYAT, Juez 6° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, y JEBD, Juez 24 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá.

4. El ente investigador reseñó conversaciones telefónicas del juez JEBD que darían cuenta de la presunta comisión de las conductas punibles de tráfico de influencias de servidor público y asesoramiento y otras actuaciones ilegales, ambas en concurso homogéneo y sucesivo.

5. La Fiscalía atribuyó al mencionado funcionario judicial 12 conductas de tráfico de influencias de servidor público y 18 conductas de asesoramiento y otras actuaciones ilegales.

6. El ente investigador también acusó a JEBD por 2 conductas de prevaricato por acción agravado, así:

6.1. La primera, por proferir el auto del 5 de abril de 2017 en el que aprobó un beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas a FYCZ, quien había sido condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pese a que: (i) aquella conducta punible está excluida de beneficios según el artículo 68A del Código Penal, y, (ii) la autoridad penitenciaria no había elevado solicitud de reconocimiento de beneficio administrativo de permiso, ni remitido la documentación para el estudio de su procedencia.

6.2. La segunda, por proferir el auto del 9 de mayo de 2017, en el que «mantuvo incólume» la anterior decisión, desconociendo que el 24 de abril de 2017 la Dirección del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá - COMEB «La Picota» le señaló que esa autoridad penitenciaria no solicitó el beneficio administrativo de permiso, ni aportó la documentación requerida para su estudio.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

PREVARICATO POR ACCIÓN - Delito de ejecución instantánea: cometido a través de varios actos, unidad de acción, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Concurso: criterios para determinar si se está ante una sola o varias conductas / **CONCURSO HOMOGÉNEO** - No se configura ante varios actos que constituyen unidad de acción

«La fiscalía acusó al entonces Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá JEBD por dos (2) conductas de prevaricato por acción agravado, al haber emitido los autos del 5 de abril y 9 de mayo de 2017. El tribunal a quo profirió condena en los términos de la acusación, al concluir que esas decisiones eran manifiestamente contrarias a derecho y que el procesado las expidió con conocimiento y voluntad de su ilegalidad.

En el auto del 5 de abril de 2017, el implicado aprobó el reconocimiento de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas en favor de FYCZ, quien había sido condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, pese a que: (i) la conducta punible está excluida de beneficios según el artículo 68A del Código Penal, y, (ii) la autoridad penitenciaria no había elevado solicitud de beneficio administrativo de permiso, ni remitido la documentación para el estudio de su procedencia.

En el auto del 9 de mayo de 2017, el juez «mantuvo incólume» la decisión anterior, pese a que el 24 de abril de 2017 la Dirección del Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá - COMEB «La Picota» le señaló que esa autoridad no solicitó el beneficio administrativo de permiso, ni aportó la documentación requerida para su estudio.

Para la Sala, la imputación del concurso de dos (2) conductas de prevaricato por acción, en las condiciones descritas, resulta equivocada, pues salta a la vista que la concesión del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas que decidió el procesado JEBD en favor de FYCZ es una sola conducta, toda vez que los referidos autos abordan la misma temática y tienen idéntica finalidad.

Sobre el tema, resulta ilustrativa la providencia CSJ SP049-2021, rad. 54646, en la cual la Corte, a partir de sus propios precedentes, definió los criterios para establecer si se está ante una conducta o ante un concurso de conductas punibles de prevaricato por acción, en aquellos eventos en los que son plurales las decisiones que se acusan de manifiestamente contrarias a la ley. [...]

En el presente asunto, los autos del 5 de abril y 9 de mayo de 2017: (i) configuran el mismo tipo penal, (ii) contienen rasgos homogéneos, como el desconocimiento de las normas sobre exclusión de beneficios y subrogados penales y el trámite administrativo por parte del INPEC, (iii) obedecen a idéntica finalidad, esto es, la concesión del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas y, (iv) guardan dependencia entre sí, pues el último de los autos (en el que mantuvo incólume la concesión del beneficio), solo se explica en razón a que fue proferida la primera de las decisiones, concediéndolo.

En consecuencia, se abordará el análisis del tipo penal de prevaricato por acción agravado, pero partiendo del hecho que se trata de una sola conducta»

PERMISO ADMINISTRATIVO - Permiso de 72 horas: improcedencia / **EXCLUSIÓN DE LOS BENEFICIOS Y SUBROGADOS PENALES** - Contenido y alcance (art. 68A Ley 599 de 2000) / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas

«[...]»: (i) el legislador instituyó la exclusión de beneficios administrativos en la etapa de ejecución de la pena a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes y otras infracciones, entre otros supuestos y, (ii) el permiso hasta de setenta y dos (72) horas está incluido como uno de los beneficios administrativos a los que pueden acceder quienes estén en la etapa de ejecución de la pena, siempre y cuando reúnan determinadas exigencias concurrentes, vale decir, bastaría la ausencia de una sola de ellas para hacer nugatorio el beneficio de que se habla.

En lo que aquí interesa, resulta evidente que a la solicitud que resolvió el juez JEBD de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas, resultaba aplicable la exclusión de beneficios del artículo 68A del Código Penal, pues FYCZ fue condenado por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, ya entrada en vigor la Ley 1709 de 2014 que modificó aquella norma sustantiva.

La Corte concluye, entonces, que el acusado contrarió manifiestamente la ley al resolver favorablemente el permiso al sentenciado, pese a que la norma llamada a regular el asunto lo excluía de acceder a este tipo de beneficios»

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS - Permiso hasta de 72 horas: su autorización es otorgada por el Juez de Ejecución de Penas, pero son las autoridades penitenciarias las encargadas de evaluar si el sentenciado reúne o no los requisitos para acceder a él / **BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS** - Competencia del Juez de Ejecución de Penas: a las autoridades penitenciarias les compete certificar las condiciones o requisitos que deben concurrir para el otorgamiento del beneficio, siempre que el

juez no pueda verificar directamente / **JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS** - Competencia: para resolver de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, explicación / **PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos: elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en proceso penal, conceder beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas, no se configura, por resolver una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad, y no por el centro de reclusión

«El numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, citado en la sentencia de primera instancia y en el recurso de alzada, establece que los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad conocen:

«5. De la aprobación previa de las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o de las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de libertad» [negrilla y subrayado fuera de texto].

Según el recurrente, la «disyuntiva “o”» establecida en la norma transcrita, significa que el juez de ejecución de penas conoce de las distintas propuestas que formulan las autoridades penitenciarias y, adicionalmente, de las solicitudes de beneficios administrativos que eleven directamente los reclusos, evento último en el que no se requiere solicitud previa de la autoridad penitenciaria, tal como ocurrió en este caso.

Para la Sala, el anunciado argumento defensivo dirigido a evidenciar que la decisión proferida por el acusado no fue manifiestamente contraria a la ley, no está llamado a prosperar. Sin embargo, se anticipa que el referido ingrediente normativo del tipo penal no se deduce, en los términos de la acusación y del fallo de primera instancia, por el hecho que el juez haya decidido un beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas requerido directamente por un privado de la libertad, sin contar con la solicitud del INPEC.

La Corte ha de precisar que de las transcritas normas del Código Penitenciario y Carcelario (artículo 147 de la Ley 65 de 1993), de aquellas que lo reglamentan (Capítulo 7, Sección 1 del Decreto 1069 de 2015) y del numeral 5° del

artículo 38 de la Ley 906 de 2004, se advierte que el legislador previó para el trámite del beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas la intervención inicial de la autoridad penitenciaria y, luego, del respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, autoridad judicial que decide en derecho lo que corresponda.

El correcto entendimiento del numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004 no está atado a la disyuntiva planteada por el recurrente, sino que de su texto se desprende que el juez ejecutor de la pena resuelve, tanto (i) las propuestas de las autoridades penitenciarias, como (ii) las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, y que ambos trámites pasan por las autoridades carcelarias, cuya definición, según lo prevé la norma, puede tener efecto en la modificación de las condiciones de cumplimiento de la condena o en la reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad.

En virtud del principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado en la fase de ejecución de la pena, lo que la norma indica es que tanto las propuestas como las solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos provienen de las autoridades penitenciarias, pues son a estas a quienes compete certificar las condiciones o requisitos que, conforme a la ley, deben concurrir para el otorgamiento del correspondiente beneficio, cuando supongan hechos que el juez no pueda verificar directamente (Cfr. sentencia CC C-312-2002).

Esa es la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a la disposición en cita, a partir de su propia doctrina constitucional y de precedente del Consejo de Estado. [...]

153.- En el examen de constitucionalidad del numeral 5° del artículo 79 de la Ley 600 de 2000 -posteriormente reproducido por el numeral 5° del artículo 38 de la Ley 906 de 2004, agregando el legislador que la aprobación del juez vigía debía ser previa, la Corte Constitucional expuso:

«[e]l cumplimiento efectivo de la pena, y la garantía de los principios de necesidad, utilidad y proporcionalidad durante el período de su ejecución, suponen la organización de una labor compleja por parte del Estado. Esta labor, a su vez, requiere el ejercicio concurrente de una actividad coercitiva y administrativa de los centros de reclusión, asignada al ejecutivo, y de una función judicial, encaminada a garantizar la realización efectiva de los principios y fines de la

pena, encargada a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

(...)

[l]a función del juez de ejecución de penas de garantizar la legalidad de la ejecución de la pena se lleva a cabo precisamente verificando el cumplimiento efectivo de estas condiciones - establecidas legalmente-, para determinar si la persona a favor de quien se solicitan los beneficios es acreedora de los mismos. Ahora bien, las condiciones a través de las cuales los condenados se hacen acreedores de algunos de estos beneficios, deben ser certificadas por las autoridades penitenciarias ante el juez, cuando supongan hechos que éste no pueda verificar directamente» [subrayado fuera de texto] (Cfr. sentencia CC C-312 de 2002).

Lo anterior no significa que el sentenciado no pueda presentar directamente solicitudes al juez que vigila su pena, sin embargo, dadas las competencias del juez executor y de las autoridades penitenciarias, el funcionario judicial necesariamente deberá tener en cuenta la competencia certificadora de estas últimas, por ser ellas quienes están encargadas de administrar los centros de reclusión y, por tanto, verificar el cumplimiento efectivo de algunas de las condiciones que exige el Código Penitenciario y Carcelario y las normas que lo reglamentan.

En suma, si bien el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad finalmente aprueba las propuestas o solicitudes de reconocimiento de beneficios administrativos, son las autoridades penitenciarias las encargadas en primera instancia de evaluar si el sentenciado que eleva la solicitud para gozar de un beneficio administrativo reúne o no los requisitos para acceder a él informando lo pertinente al juez vigía, lo cual no obsta para que este constate personalmente lo certificado.

De esa forma se entiende que la facultad certificadora está sujeta a los fines y objetivos para los que fue instituido el régimen penitenciario y a los requisitos que la ley consagra para el otorgamiento de los distintos beneficios en cada una de sus fases, de conformidad con las competencias establecidas en la Constitución y la ley para el efecto.

Todo lo anteriormente expuesto repercute en la valoración del elemento normativo de la conducta de prevaricato por acción agravado, pues no es dable afirmar que el funcionario judicial

contraría manifiestamente la norma al resolver una solicitud de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas elevada directamente por el sentenciado privado de la libertad, o por su defensor, y no por el centro de reclusión, pues en últimas en ambos eventos el funcionario judicial decide en el marco de su autonomía con base en los documentos allegados y la normatividad aplicable.

Dicho de otra manera, como quiera que la actividad administrativa de la autoridad penitenciaria no condiciona la decisión que en derecho profiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad respecto de los beneficios administrativos, la decisión será prevaricadora siempre y cuando el funcionario judicial apruebe el reconocimiento del beneficio a quien no reúna los requisitos legales para su concesión, pero no por haber evitado agotar el trámite administrativo ante el INPEC.

[...]

De modo que, en lo que respecta a este tema, ninguna irregularidad se advierte en el hecho que el entonces Juez Veinticuatro de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, JEED, haya resuelto una solicitud elevada directamente por el privado de la libertad y no por el centro de reclusión. Por ese solo comportamiento-objeto de reproche penal en la acusación- no es posible calificar la decisión del funcionario judicial como manifiestamente contraria a la ley»

PREVARICATO POR ACCIÓN - Tipicidad subjetiva: dolo, se debe demostrar que el agente obró con el conocimiento y la voluntad de contrariar el orden jurídico a través de la determinación adoptada

«[...] el dolo del prevaricato por acción debe probarse. Este requisito no se sufre simplemente porque la decisión sea manifiestamente contraria a la ley sino que resulta indispensable, además, que probatoriamente pueda deducirse que el sujeto activo (i) conocía sobre la ilegalidad de su actuar, y que, aun así, (ii) voluntariamente decidió desconocer la norma aplicable.

En lo que interesa a este proceso, reitérese, JEED contrarió manifiestamente la ley al aprobar el reconocimiento de beneficio administrativo de permiso hasta de 72 horas que solicitó FYCZ, toda vez que el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes por el cual este ciudadano fue condenado, está excluido de

beneficios, conforme a lo previsto en el artículo 68A del Código Penal, modificado por la Ley 1709 de 2014.

De modo que, para dar por acreditado el elemento subjetivo de la conducta prevaricadora en el caso concreto, las pruebas del proceso deben evidenciar que el acusado (i) sabía que en el asunto que resolvió aplicaba la exclusión de beneficios del artículo 68A del Código Penal y, aun así, (ii) decidió contrariar esta norma.

Al respecto, del análisis del conjunto probatorio, la Sala advierte, contrario a la conclusión a la que arribó el tribunal, que la actuación carece de actividad probatoria sobre el particular.

[...]

Lo expuesto hasta ahora da cuenta de que el elemento subjetivo del delito de prevaricato por acción no fue probado en este proceso, en consecuencia, la Sala absolverá a JEBD por esta conducta»

TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Elementos / TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Delito de mera conducta / TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - No admite el grado de tentativa

«El artículo 411 de la Ley 599 de 2000, indica: «El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

De acuerdo con esta descripción, son elementos estructurales del tipo penal de tráfico de influencias de servidor público: (i) un sujeto activo calificado -servidor público-, (ii) que utilice indebidamente las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, (iii) que esa influencia sea en provecho propio o de un tercero, y, (iv) que su propósito sea obtener beneficio de otra persona con cualificación especial -servidor

público-, en asunto que este último se encuentre conociendo o haya de conocer.

[...]

La utilización indebida de las influencias derivadas del cargo refiere entonces a que el sujeto activo haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de la que está investido. Por su parte, la utilización indebida de las influencias derivadas de la función tiene lugar cuando el servidor público desborda sus facultades, restringe indebidamente los límites de éstas o pervierte sus fines.

[...]

El tipo penal también refiere que el sujeto activo de la conducta, servidor público, la dirige a otro servidor público con el propósito de obtener beneficio, ya sea para sí o para un tercero, en asunto en que este último se encuentre conociendo o haya de conocer. [...]

En lo que respecta al momento consumativo del delito, se ha determinado que es de mera conducta [...]

Finalmente, como quiera que el delito no exige para su configuración la materialidad de determinado resultado, tampoco admite el grado de tentativa»

TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Demostración / TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO - Se configura

«En el presente asunto no se discute la calidad de servidor público de JEBD, estipulada por las partes, según se vio en el acápite anterior.

La discusión se centra en si concurren los restantes elementos del tipo penal de tráfico de influencias de servidor público, pues mientras la fiscalía y el tribunal concluyeron que estos se deducen del contenido de las llamadas telefónicas interceptadas, la defensa asegura que con estas pruebas no se acreditó la ocurrencia de la conducta punible.

[...] de la conversación se extrae con claridad que JEBD, en ejercicio del cargo de juez de ejecución de penas, intervino ante el centro de servicios judiciales para que actualizaran unos oficios dirigidos a una entidad pública, con miras a beneficiar a un particular. El contenido del todo concluyente de la conversación conduce a que

resulte insustancial acudir a corroboraciones adicionales, como lo reclama la defensa.

Y así en el diálogo transcrito el acusado afirma que en el centro de servicios le «hicieron el favor» de emitir los oficios actualizados, el resultado favorable del trámite solo se explica gracias a su mediación en condición de juez, se insiste, y adicionalmente, como superior jerárquico de los servidores a quienes les correspondía adelantar la actuación. No se trata de la simple obtención de documentos, como lo asegura la defensa, sino de la injerencia indebida del juez en las labores de otros servidores públicos.

Lo anterior se fundamenta, además, en que el trámite de este tipo de asuntos en nada lo involucraba como funcionario judicial, ni se advierte relación alguna con los asuntos asignados a su despacho. En últimas, lejos está de ser una conducta reprochable únicamente desde el campo disciplinario, sino que, en efecto, encaja con la descripción típica del delito de tráfico de influencias de servidor público.

[...]

Del análisis en contexto del contenido de las conversaciones no se deduce que JEBD haya asumido una actitud evasiva sobre la temática del trámite de salida del país de un procesado, que le consultaba su interlocutor, ya que, si bien en un inicio le dijo que no era posible ayudarlo porque no le había avisado con suficiente antelación, después asumió un rol activo y determinante para el resultado de la actuación.

Esto se corrobora en dos momentos, el primero, cuando el juez llama al señor AF y le asegura que iba a hablar «con un amigo a ver qué se puede hacer» en relación con el trámite de salida del país, y el segundo, cuando el funcionario le precisa que había conversado directamente con la jueza que tenía asignado el caso y que ella le había dicho que «le iba a colaborar»

Aquellos sucesos encuentran respaldo en la información que luego le transmitiría AF a JEBD, específicamente, cuando lo llamó a informarle que quien solicitaba salir del país había sido «cogido» en las oficinas de Migración Colombia, ante lo cual el acusado responde que mejor porque el permiso de salida ya había sido concedido por la jueza y que la referida detención terminaba por solucionar el problema.

Todo indica que así fue, tanto que la última comunicación es de agradecimiento hacia el juez

y de ella se confirma que el permiso, en efecto, se decidió favorablemente, tal como lo había anticipado el aquí procesado. También resulta relevante que el funcionario, consciente de la ilegalidad de su actuar, le asegurara a su interlocutor que él de momento no podía «hablar más» sobre ese asunto porque podrían pensar que tenía algún interés.

Lo expuesto hasta ahora no deja dudas sobre la configuración de la conducta de tráfico de influencias de servidor público, pues el juez fue buscado para interceder en el trámite de permiso de salida del país y, con ocasión de su cargo, se mostró dispuesto a colaborar e informó los avances que iba realizando en dicha labor. Se trata de una influencia indebida, pues en nada le correspondía a él intervenir en un asunto ajeno a su despacho.

Del contenido de las conversaciones se desprende, además, que el procesado deja claro que su injerencia es ante otros servidores públicos, en concreto, ante la jueza a cargo de resolver la solicitud. Todo ello, con el propósito de beneficiar los intereses de su interlocutor que a su vez intercedía por la persona a quien iba dirigida la concesión del permiso para salir del país.

[...]

Para la Sala, del contenido de las conversaciones resulta evidente que el abogado CI acudió ante los jueces JEBD y LAMG, para que le «ayudaran» en un trámite de permiso para salir del país, el cual cursaba en el despacho de una jueza, amiga de este último, según se afirma. Y si bien la prueba no es concluyente en cuanto a si hubo solicitud, presión o coacción a la referida funcionaria, ese solo evento no conduce a descartar la existencia del delito de tráfico de influencias de servidor público.

Lo cierto es que, en la primera conversación le informan al aquí acusado sobre la existencia del trámite del referido permiso, así como de su premura, pues los beneficiarios ya tenían una fecha definida del viaje. Y en la segunda conversación, JEBD asegura haber dialogado con la jueza a cargo del trámite y le precisa a su interlocutor que debía esperar a ver si al día siguiente la funcionaria le «colaboraba» con el asunto.

Es decir que el procesado, en su condición de juez, acudió ante su colega con ocasión del trámite que ella tenía a cargo en su despacho, y

no simplemente para interceder por una cita, como lo afirma el recurrente. Lo cierto es que se trata de un contacto producto de una solicitud que le elevó el abogado interesado en el trámite, de ahí que también carezca de soporte la afirmación sobre la eventual falta de interés. De hecho, al referido apoderado, por quien el juez intervino, le urgía que el pronunciamiento judicial fuera favorable y proferido en determinado tiempo.

Lo expuesto hasta ahora es suficiente para concluir la acreditación de los elementos del tipo penal, con independencia de la ausencia de prueba sobre la hipotética amistad entre JEBD y la jueza que conoció del permiso para salir del país, pues ese aspecto no es un elemento del tipo penal. Para lo que aquí interesa, se probó la existencia de una influencia indebida del procesado en su condición de juez, dirigida a otra funcionaria, sobre un trámite que debía resolver, todo para favorecer a un tercero.

ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES - Elementos / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos: que el sujeto activo ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Elementos: la conducta se debe adelantar en un asunto judicial, administrativo o policivo / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Configuración: se reprocha la conducta del servidor público, de doble condición, al servicio de la administración y al servicio de intereses particulares / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Agravado: servidor de la rama judicial o del Ministerio Público / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Delito de mera conducta / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - No admite el grado de tentativa

«El artículo 421 de la Ley 599 de 2000, indica: «El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses

De acuerdo con esta descripción típica, son elementos estructurales del punible de asesoramiento y otras actuaciones ilegales: (i) un sujeto activo calificado -servidor público-, (ii) que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore, y (iii) que dicha conducta la adelante en asunto judicial, administrativo o policivo.

[...]

Según se desprende del texto de la norma y de su alcance jurisprudencial, lo que se reprocha en este delito es la conducta del servidor público, de doble condición, de un lado, al servicio de la administración y, de manera concomitante, al servicio de intereses particulares. Esto, con independencia de si el sujeto activo se lucra o recibe remuneración por las labores que presta en ese proceder.

El legislador también incorporó un mayor juicio de reproche dirigido a quien incurra en esta conducta siendo servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público, pues mientras que la pena para quien no tiene esas calidades es de multa y pérdida del empleo o cargo, para el que sí las posee, como ocurre en el presente caso, la consecuencia es la pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

El punible de asesoramiento ilegal es de mera conducta, esto es, se consume independientemente del efecto material de la asesoría prestada por el servidor público, pues no se exige la consecución del resultado buscado. De modo que, tampoco admite la modalidad tentada, pues como se indicó, para que exista reproche penal solo basta con que el sujeto activo ejerza labores propias del servicio público y, al mismo tiempo, de intereses de particulares»

ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES - Demostración / **ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES** - Se configura

«De los tres (3) audios transcritos la Corte encuentra, como lo afirma la defensa, que tienen como rasgo común que el juez y otros profesionales del derecho abordan temas jurídicos. Sin embargo, contrario al parecer del recurrente, su contenido lejos está de ser irrelevante en el ámbito penal y, en su lugar, se adecúa a los elementos del tipo penal acusado, como acertadamente lo concluyó la primera instancia.

Nótese que, en las conversaciones, los temas que asumen se refieren a problemáticas suscitadas en procesos judiciales, para cuya solución los apoderados acuden al aquí acusado. Concretamente, en todos ellos los profesionales del derecho dialogan con el juez JEBD debido a la imposibilidad que tienen de comprender o solucionar jurídicamente los casos y, en últimas, para que los asesore, labor a la que el funcionario accede.

En el primero asunto, en el que se trata un habeas corpus que profirió un juez negando la libertad a un Coronel, el aquí procesado asesora a su interlocutor en el entendimiento del caso, al punto de orientarlo en que quizás el requisito faltante para que proceda la acción constitucional es un concepto del Ministerio de Defensa. De hecho, su compromiso es tal que se ofrece a «analizar» las decisiones judiciales que soportan la privación de la libertad del ciudadano.

En el segundo caso, en el que al parecer un juez profirió un auto condicionando la libertad de un sentenciado al pago de perjuicios a la víctima, BD emite su criterio jurídico indicando que la referida decisión debió apelarse, pues considera que el funcionario que la emitió había cometido un «error» al negar la concesión de la libertad por ese motivo. El compromiso de dicha asesoría llega al punto de aceptar leer o revisar la decisión objeto de consulta.

Y finalmente, en el último evento, el aquí acusado le expone a su interlocutor una detallada asesoría sobre la autoridad judicial que, a su juicio, es la competente para decidir sobre la libertad de un Coronel, todo, en el marco del cambio de lugar de reclusión del privado de la libertad, así como de la difusión de ese proceso en un medio de comunicación, tema último que los dos convinieron como de importancia para el caso.

La Corte concluye que JEBD, pese a su condición de juez de la República, asesoró a otros profesionales del derecho que acudieron a él para que los orientara en el manejo de asuntos judiciales en los que ellos estaban a cargo. Las asesorías brindadas, en los términos descritos por el tipo penal, son ilegales, ante la incompatibilidad entre el ejercicio del servicio público y las actividades propias de la representación judicial de particulares.

Lo anterior es así, con independencia del alegato del recurrente, según el cual, el procesado carece de interés en los asuntos judiciales que asesoró, evento que resulta ajeno a la descripción de la conducta punible contenida en el tipo penal, el cual se circunscribe, se insiste, en reprochar la doble actividad del servidor público, al servicio de la administración de justicia y de intereses de particulares, como ocurrió en los casos descritos.

[...]

Sobre el alegato de la defensa, según el cual, a JEBD se le está reprochando la promesa de hacer algo que no hizo, en contraste, la Sala encuentra del contenido de estas comunicaciones que el tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales no se quedó en la simple idea de materialización, sino que en efecto se llevó a cabo.

En el registro ID [...], el acusado le indica a su interlocutora: (i) que como consecuencia de unos oficios que remitieron ante algunas autoridades, el ciudadano por el que se le consultaba no tendría restricción alguna para votar, y (ii) le da la razón jurídica en un trámite de cobro coactivo en nombre del referido ciudadano y respecto de lo que debía hacerse: desistir de un recurso y renunciar a términos.

Salta a la vista que el juez en esta conversación rinde apreciaciones jurídicas ajenas a su labor de servidor público frente al trámite administrativo de un particular. Inclusive, al final de la conversación accede a realizar un oficio mediante el cual materializaría su respaldo a la tesis de desistimiento del referido recurso y a la renuncia a términos. Todo lo anterior refleja la existencia de una asesoría reprochable penalmente.

En el registro ID [...], el procesado compromete su criterio jurídico en un presunto delito sexual en contra de una menor de edad, al referir, entre otras cosas, que: (i) al sindicado en esa actuación le correspondía, de momento, esperar a que la investigación avanzara, (ii) debía evitar realizarse exámenes médicos porque los resultados podrían ser adversos para sus intereses, y (iii) en el evento en que «vuelva a llamar la fiscalía» debía «prepararse» a la menor y decirle «que de pronto fue una equivocación, que ella lo interpretó mal»

Como se observa, el acusado presta una asesoría en cuanto a la situación jurídica de un particular y su estrategia de defensa, del todo ajena a sus funciones como juez, es decir, ilegal, configurando así la conducta punible enrostrada.

De hecho, su compromiso con esa actuación fue en grado tal que le asegura a su interlocutor que, ante un eventual llamado de la fiscalía, él mismo le señala al sindicado cómo debe defenderse o le «pone un abogado»

En el registro ID [...], el servidor público orienta a su interlocutora respecto de: (i) el término que tiene una mujer privada de la libertad para reponer una decisión sobre prisión domiciliaria, (ii) la validez de una documentación remitida entre centros de reclusión ubicados en distintas ciudades del país, y (iii) la posibilidad que la reclusa solicite al juzgado el pronunciamiento sobre la «nueva» documentación allegada al proceso.

Del contexto de la conversación resulta evidente que el procesado rinde concepto jurídico sobre el devenir de un trámite de prisión domiciliaria, que se sigue ante una autoridad de ejecución de penas distinta a su despacho, labor completamente ajena al trámite y definición de los asuntos a él asignados, de ahí la ilegalidad de su conducta. De hecho, el funcionario solicita que se le remita copia de los documentos, se infiere, para verificarlos personalmente.

En el registro ID [...], en un inicio el procesado le asegura a su interlocutora que no puede «colaborarle» en un caso de un privado de la libertad en Bucaramanga, pero luego, le guía jurídicamente indicándole que: (i) «no hay nada que hacer» ante la decisión de la Corte de inadmitir la demanda de casación, (ii) le asegura que «eso es quitarle la plata a la gente sin necesidad», que el sentenciado debía cumplir la pena, y (iii) le precisa que podría acceder a un traslado a Bogotá por «unidad familiar», trámite sobre el cual le requiere las decisiones judiciales de primera y segunda instancia y casación, para «mirarlas bien»

Como se observa, el juez no solo orientó jurídicamente a su interlocutora sobre el estado del proceso seguido en contra del privado de la libertad, sino que le expuso lo que, en su criterio jurídico, era el único beneficio al que podía acceder el sentenciado, esto es, el traslado de centro de reclusión, para lo cual también se comprometió a efectuar determinada gestión. Se trata de una asesoría ilegal, en la medida en que la rindió en su condición de juez, en beneficio de intereses de particulares.

[...]

Sobre la afirmación de la defensa referida a que no se probó que el procesado haya recibido remuneración por lo que manifestó en estas conversaciones, se reitera que dicho componente no se requiere para la estructuración del tipo penal de asesoramiento y otras actuaciones ilegales. Lo que se reprocha, se insiste, es la doble condición del sujeto activo, de un lado, al servicio de la administración pública y, concomitantemente, de intereses particulares.

El recurrente alude además a la existencia de una relación sentimental entre el aquí acusado y su interlocutora. Al respecto, la Sala advierte que dicha circunstancia no fue exhibida en el curso de la actuación sino únicamente en el recurso de alzada, y que, en todo caso, se trata de un tema ajeno a los motivos que dieron lugar a la imputación y acusación en este proceso, así que no resulta necesario ahondar sobre ese particular.

Y en relación con que, el tipo penal se «desborda injustificadamente» por cuenta del reproche en contra de las «orientaciones de orden legal» que le dirige JEBD a un «ser querido», la Sala encuentra que el recurrente evitó especificar el alcance de dicha afirmación, en punto a los elementos que componen la conducta punible y a su configuración en el presente caso, quedando este alegato en el plano netamente especulativo.

[...]

En el registro ID [...], el procesado y su interlocutora coinciden en que el primero acertó jurídicamente en su concepto sobre los requisitos necesarios para que ella pudiera obtener la libertad, de hecho, le notificaron que se la habían negado. Luego, el juez le ratifica que debe apelar la decisión y le expone una extensa asesoría sobre lo que ha de contener el recurso, en cuanto a (i) la condición de agente del Estado de la privada de la libertad y, (ii) la aplicabilidad de la Ley 1820 de 2016 a su caso (de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales).

Como se advierte, el acusado asesoró jurídicamente a la reclusa, conducta que resulta ilegal en la medida en que, además de estar al servicio de intereses públicos el marco de sus funciones como juez, también lo hizo en favor de intereses particulares [...]

La Sala advierte, del contenido de estas tres (3) llamadas telefónicas, que JEBD ejerce un rol activo en las asesorías jurídicas que brinda, cercano incluso al de un abogado litigante en

favor de los intereses de particulares, solo que no podría catalogarse como tal, pues no es claro que ejerza una representación judicial directa, aunque todo indica que sí por interpuesta persona.

En todo caso, de la prueba se deduce con claridad que el acusado presta asesoría en temas jurídicos en favor de intereses de particulares, la cual resulta del todo ilegal, en tanto esa labor la ejerce no obstante su condición de juez. Es decir, la conducta se agota al confluir la doble condición de servicio al Estado y de particulares».

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: supuestos de admisibilidad, no es un listado cerrado / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, supuestos de admisibilidad, difieren a los de las declaraciones anteriores empleadas para impugnar la credibilidad de un testigo o como testimonio adjunto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, mujer víctima de violencia que no comparece a juicio

La Corte Suprema de Justicia, decidió el recurso de casación presentado por el defensor de LACP contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que, al revocar la decisión absolutoria de primera instancia emitida por el Juzgado 26 Penal del Circuito, condenó al procesado imponiéndole como sanción privativa de la libertad 200 meses de prisión, al declararlo penalmente responsable del delito de tentativa de feminicidio que le había sido imputado.

La Sala casó parcialmente la sentencia impugnada, para fijar en 125 meses tanto la pena de prisión como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a LACP. Las demás determinaciones adoptadas permanecen sin modificación.

Al respecto, encontró demostrado que, no fue posible ubicar a la víctima para ser citada a declarar al juicio oral, por encontrarse amenazada y sometida a su absoluto dominio físico y emocional por parte de su pareja; lo cual se adecua en la hipótesis exceptiva residual del art. 438 del C.P.P., por lo que, su declaración podía ingresar como prueba de referencia, a través de los testimonios rendidos por los policiales HYRP y JAA.

De igual manera, consideró que, no corresponde a la realidad procesal y probatoria, que el único elemento de conocimiento en el que se sustentó la sentencia, haya sido la prueba de referencia; en tanto, se suma copiosa prueba indiciaria, a través de cual se produce el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito de feminicidio y de la responsabilidad del acusado, sobre la base de que el atentado a la vida de DCCL exacerba un evidente ciclo de violencia física y psíquica en su contra, como expresión inequívoca de violencia de género propia de esta modalidad delictiva.

SP512-2023(55465) de 29/11/2023

Magistrado Ponente:

Gerson Chaverra Castro

RESUMEN DE LOS HECHOS

El 20 de septiembre de 2015, DCCL se encontraba departiendo en un establecimiento público destinado al consumo de licor y baile, cuando a tal lugar arribó LACP, con quien mantenía una relación sentimental. Pasados algunos minutos y después de haber salido el hombre brevemente del sitio, regresó procediendo a atacar a la mujer con un bisturí, infiriéndole varias heridas en el cuello. Al intentar huir fue aprehendido por vecinos y entregado a la autoridad. Entre tanto, agentes de la Policía trasladaron a la mujer a un centro médico en donde se logró salvar su vida.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: la regla general es la no disponibilidad del testigo / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ella / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: admisibilidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, supuestos

de admisibilidad, difieren a los de las declaraciones anteriores empleadas para impugnar la credibilidad de un testigo o como testimonio adjunto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: supuestos de admisibilidad, no es un listado cerrado

«[...] el legislador de 2004 introdujo en la Ley 906, a través de reglas definidoras de la prueba de referencia, la posibilidad de que una declaración anterior al juicio, vertida por un testigo que no está disponible para ser confrontado e interrogado, pueda excepcionalmente ser admitida; restringiendo el poder demostrativo de la misma, al hecho de que no se puede sustentar una condena exclusivamente con base en esta clase de pruebas.

Lo realmente significativo por ministerio de la Ley, es que una sentencia puede tener fundamento, no exclusivo, en prueba de referencia, pues así quedó previsto en el Estatuto procesal. Método de admisión relativa de esta clase de pruebas, que por ende se sitúa metodológicamente entre aquellos que la admiten sin restricciones y los que la excluyen absolutamente.

El art. 437 a través de un enunciado sobre los fines a que puede servir, procura una definición de la prueba de referencia, en los términos siguientes:

“Se considera como pruebas de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio”.

Doctrina de la Sala ha precisado que el supuesto concerniente con la admisibilidad de la prueba de referencia, difiere de aquellos en que una declaración anterior puede ser empleada para impugnar la credibilidad de un testigo, o como testimonio adjunto; esto es, aquellos casos en que el testigo concurre al juicio oral, pero presenta una declaración distinta a la ofrecida por fuera de la audiencia, variable excepcional

provocada por una situación sobreviniente como lo es el cambio del relato otorgado.

La prueba de referencia, en su lugar, supone la indisponibilidad de la fuente de conocimiento, por ende, está admitida en forma absolutamente excepcional en orden a preservar las garantías fundamentales concernientes con el debido proceso probatorio, así como por razones derivadas de su poca confiabilidad, toda vez que entraña por los motivos indicados destacados riesgos en el proceso de su valoración.

Pero su admisión dentro del proceso penal hace evidente la necesidad de solucionar situaciones procesales extraordinarias, derivadas de la imposibilidad de comparecencia de los testigos al juicio, cuya peculiaridad impone alternativas de trámite que impidan la propia denegación de la actuación judicial y entonces de la administración de justicia.

Por ello y teniendo en cuenta las limitaciones a las garantías fundamentales del proceso probatorio anotadas, la Ley enuncia exaltando el carácter excepcional de la prueba de referencia y los casos que la admiten, así:

“Art. 438. Admisión excepcional de la prueba de referencia.

Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;
- d) Ha fallecido.
- e) Adicionado.L.1652 / 2013, art.3°. Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo código.

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos»

Aun cuando se ha afirmado que la prueba de referencia sólo es admisible en los precisos términos de este precepto, atendiendo a la taxatividad de las causales allí enunciadas que la permiten; es lo cierto que el legislador no elaboró

un listado numerus clausus de este medio de conocimiento, sino que, por el contrario, asumiendo que la realidad podría ofrecer situaciones análogas que lo justifiquen, como está visto, en el literal b, se prevé viable cuando quiera que el declarante sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada “o evento similar”; hipótesis general a partir de la cual la Sala ha entendido desde antiguo (Sentencia 27477 de 2008), que esta remisión analógica alude a situaciones semejantes a las expresamente mencionadas, ya sea por su naturaleza, o porque participan de las particularidades que le son comunes.

A propósito, incluyó a guisa de ejemplo, casos en los cuales el declarante no se halle disponible como testigo y tal indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor que no puedan ser racionalmente superadas, como consecuencia de su desaparición voluntaria o su imposible localización.

Clarificando que la indisponibilidad del declarante tiene que ver con la finalidad de la regla allí fijada, que está vinculada a casos singularmente excepcionales en los que resulta imposible contar con el testigo en el juicio, de donde la fuerza mayor está relacionada con el carácter insuperable de los motivos que justifican las diversas hipótesis enunciadas expresamente en la norma, emergiendo consecuentemente entendible que estos casos análogos sean aceptables y derivados en el grado de semejanza con los supuestos previstos como “evento similar” en el precepto citado.

Este es el estado actual de la doctrina de la Sala en relación con la prueba de referencia y en particular en lo atinente con los supuestos en que resulta teóricamente admisible, reiterado en las sentencias 36518 de 2013 y 60795 de 2023, entre otras»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: admisión, cuando el declarante es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, se configura / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba de referencia: procedencia, evento similar de admisión excepcional, testigo no disponible, mujer víctima de violencia que no comparece a juicio / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto o complementario, la inflexibilidad de las formas cede ante las finalidades de la prueba y del

proceso penal, siempre que se respeten los principios de inmediación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: testimonio adjunto, debe garantizar la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: alcance, constituyen prueba de referencia dependiendo del ejercicio del derecho de confrontación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: como medio de prueba, eventos de admisión excepcional / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Declaraciones rendidas antes del juicio: denuncia, admisión excepcional como prueba de referencia, cuando la mujer víctima no ejerce libremente el derecho a no declarar contra su pariente / **DERECHO A NO DECLARAR EN CONTRA DE LOS PARIENTES** - Alcance: la persona no puede ser obligada a declarar, ni doblegada a través de amenazas u otro de tipo de presiones ilegales / **DERECHOS DE LA MUJER** - Violencia contra la mujer: Ley 1257 de 2008 / **ENFOQUE DE GÉNERO** - Investigación del contexto: utilidad

«Los reparos del actor en casación tienen por exclusivo fundamento, en el primer cargo, que la sentencia impugnada se ha fundado exclusivamente en prueba de referencia.

Para comenzar, no cuestiona el demandante el hecho de que se pueda estar en presencia de prueba de referencia admisible, sino que la condena ha tenido sustento sólo en esta clase de elementos de conocimiento.

Por supuesto, está al margen de cualquier controversia jurídica considerar que dada la excepcionalidad de este caso, se pudieran anteponer objeciones concernientes a la propia incorporación de la declaración previa de DC como prueba de referencia, cuando quiera que la Fiscalía solicitó entre las pruebas a practicar, precisamente escuchar el testimonio de la víctima de feminicidio, en forma tal que inclusive dejó su relato en último lugar, procurando hacer solubles las dificultades para su localización y presencia en el juicio oral, mismos que como de ello se ha dado cuenta no fue posible superar y sin que en relación con lo depuesto como relato de referencia por el agente RP, el defensor del procesado se hubiera opuesto en el juicio por entranar el mismo tal excepcional naturaleza, con lo que su convalidación, siendo admisible, tampoco admitiría cuestionamiento alguno.

Mucho menos cabe cualquier réplica, si ello supusiera exaltar el procedimiento formulario en que se había convertido la metodológica formalización del proceso probatorio para incorporar el testimonio adjunto y / o mutatis mutandi, la prueba de referencia, cuando quiera que la postura actual de la jurisprudencia (Sentencia 62852 de 2023) ha clarificado que así formalmente no se haya dispuesto en la oportunidad debida la incorporación de una declaración anterior, nada obsta para que la misma sea valorada si emerge admisible, siempre y cuando se garantice su contradicción, haciendo de esta manera prevalecer una concepción sustancial de la justicia, sobre una meramente formal, como de ello ya se había ocupado su doctrina en esta materia sentada en la Sentencia 55959 de 2021.

[...]

A partir de esta claridad conceptual, para la Sala, lo primero que resulta imperativo es precisamente establecer si en el caso concreto se está en presencia de una de las excepciones que hacen a la prueba de referencia admisible, para enseguida constatar si el argumento del actor relacionado con ser la única que solventa el fallo es real.

En este sentido, como fue advertido, doctrina fijada desde hace más de tres lustros por la Corte, ha señalado que la admisibilidad de la prueba de referencia en relación con supuestos derivados de la cláusula residual incluyente del art.438.b del C. de P.P., relacionada con “eventos similares” a los expresamente allí fijados; debe tener como fundamento situaciones especiales de fuerza mayor razonablemente insuperables, como la desaparición voluntaria del testigo y la imposibilidad de ubicarlo, encontrarlo o tener contacto con él.

En el presente caso está visto que a DCCL no fue posible ubicarla para ser citada a declarar al juicio oral y desde un principio prefirió no hacer presencia ante las autoridades judiciales que adelantaban el proceso en el que obraba como víctima, por encontrarse amenazada y sometida a su absoluto dominio físico y emocional por parte de su pareja, en forma tal que ni siquiera se presentó para el reconocimiento para valoración por Medicina Legal; esto último, cuando quiera que no obstante los hechos de este proceso, había continuado la vida en común con su agresor y en la oportunidad en que fue contactada no solamente expresó tener miedo,

sino que manifestó haber sido de nuevo agredida e intimidada por CP, como de ello dio cuenta al subintendente JAA.

La Fiscalía, conforme fue anotado, antes de desistir de la declaración de la víctima, la buscó con evidente persistencia, dando cuenta de sus infructuosos resultados a la juez de la causa; por manera que no es dable en los supuestos de este asunto atribuirle al ente acusador desidia que pudiera explicar la ausencia de la testigo de cargo.

Por el contrario, en este sentido, su desaparición voluntaria no solamente estaría plenamente determinada, sino dadas las especiales circunstancias del caso, justificada, como que considerada la naturaleza de los hechos investigados, cuyo antecedente da cuenta del atentado contra la integridad personal de la víctima, nuevos actos de violencia en su contra y las serias y graves amenazas que se le habían hecho, explican con mayor razón su decisión de no declarar (Cfr. Sentencia 30598 de 2009).

Teniendo este caso adecuación en la hipótesis exceptiva residual del art. 438, nada obsta para que la declaración de DCCL ingresara como prueba de referencia, a través del testimonio rendido por los policiales HYRP y JAA que, con base en los mismos, logró ser conocido en este caso que quien atentó contra la vida de su pareja fue el procesado LACP y de las circunstancias determinantes de la inhibición de la víctima para deponer en el juicio.

Esta postura de la Sala de acuerdo con la cual en contextos de violencia de género se hace indispensable valorar cada caso en orden a fijar la viabilidad que el mismo ofrece para entender que sus declaraciones anteriores sean admisibles como prueba de referencia, así como ya se ha expresado en otras oportunidades en relación con la condición de víctima de la mujer, respecto de la utilización del privilegio contenido en el art. 33 de la Carta Política (Sentencia 50587 de 2020); en cuyos eventos por comprensibles razones se niegan a declarar contra sus parejas agresoras; no solamente está plenamente justificado en este caso, según queda visto, dada la situación analógica que el mismo tiene con la cláusula general que la comprende como hipótesis o evento similar a los contenidos en la referida norma 438 C.P.P., sino que además, se impone en el alcance legal que corresponde darle frente al texto y teleología de la Ley 1257 del 4 de diciembre de 2008 por la cual se dictan normas

de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, y se introducen reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal.

En efecto, por el contenido de esta normativa, su cometido es ampliar el ámbito de protección de los derechos de la mujer violentada, en forma tal que además de otros derechos reconocidos en la ley o en tratados y convenios internacionales debidamente ratificados, las mujeres tienen derecho a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal (art.7°).

Específicamente, el art. 8° que enuncia los derechos de las víctimas de violencia, expresamente señala:

“Toda víctima de alguna de las formas de violencia previstas en la presente ley, además de los contemplados en el artículo 11 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 15 de la Ley 360 de 1997, tiene derecho a:

...

K) A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo” (Se resalta y subraya)»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba de referencia: prohibición de condenar con base exclusivamente en ellas, puede ser superada con prueba complementaria o ratificatoria directa, indirecta, o de corroboración periférica

«Despejada así cualquier inquietud en relación con la propia viabilidad de la prueba de referencia en este caso, al propio tiempo y contrariamente a lo afirmado por el impugnante, no corresponde a la realidad procesal y probatoria, que el único elemento de conocimiento en que se ha sustentado la sentencia, radique en dicha prueba y por lo mismo, no es cierto que la sentencia haya quebrantado la prohibición legal de acuerdo con la cual una decisión condenatoria no puede

sustentarse exclusivamente en esta clase de fuentes de saber.

El Tribunal deja en claro que a la prueba de referencia en el grado de admisible de que se ha dado cuenta, se suma copiosa prueba indiciaria que ciertamente produce el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado en el delito de feminicidio por el que se le ha juzgado, sobre la base de que el atentado a la vida de DCCL exacerba un evidente ciclo de violencia física y psíquica en su contra, como expresión inequívoca de violencia de género propia de esta modalidad delictiva.

Ciertamente, la presencia de LACP en el lugar y momento en que sucedieron los acontecimientos de sangre, encuentra fuente indudable de inferencia acerca del hecho según el cual está dentro de lo lógicamente probable que haya sido el ejecutor de la conducta punible.

Y la misma emerge del testimonio rendido por el policía RP, quien tan pronto arribó al lugar escena de los hechos -lo que sucedió según su propio relato en menos de un minuto de producirse el llamado a la autoridad-, tomó conocimiento por percepción directa de que CP estaba inmovilizado por un grupo de ciudadanos, quienes lo sujetaron inmediatamente inferido el ataque letal a la mujer.

A DC se le infirieron sendas y extensas heridas, con afectación de la yugular izquierda, mediante el empleo de un arma corto punzante. El gendarme RP, a su vez, sometió a registro a quien la comunidad mantenía cautivo y halló en su poder un bisturí color naranja, prototipo de artefacto de las características idóneas como el que pudo ser el empleado para inferir las lesiones a la mujer.

A través de la declaración del subintendente A se tiene conocimiento acerca del hecho según el cual, para el momento del suceso criminal y con posterioridad al mismo, víctima y procesado eran compañeros sentimentales y mantenían convivencia juntos. También que aún después de su acaecimiento, la mujer dio cuenta de persistir actos de extrema violencia física y mental en su contra y de amenazas».

PENAL ACUSATORIO - Herramientas de investigación y judicialización: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Detención preventiva: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** -

Causal de libertad: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias

La Sala de Casación Penal definió que la competencia para conocer de la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» elevada por el defensor de YFVB dentro del proceso penal que se adelanta en su contra, corresponde al Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante con sede en Buga.

Para el efecto, acudió a la distinción que estableció el legislador al momento de expedir la Ley 1908 de 2018, para así determinar cuándo se está frente a un Grupo de Delincuencia Común, un Grupo Armado Organizado o un Grupo Delictivo Organizado.

Así mismo, explicó las herramientas de investigación y judicialización que facilitan la labor de fiscales e investigadores encargados de perseguir a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados; la modificación de términos para adelantar las actividades investigativas y la ampliación de la duración de la medida de aseguramiento, en esos casos.

Finalmente, aclaró que, corresponde a la Fiscalía, bien sea en la imputación o en la acusación, aludir a la efectiva pertenencia del procesado a un Grupo Delictivo Organizado (GDO) o a un Grupo Armado Organizado (GAO), con indicación diáfana del sustento fáctico y normativo, pues a partir de esta distinción se tendrá claridad sobre, entre otros aspectos, la duración de la medida de aseguramiento que se imponga, y las causales de libertad, y el juez competente para resolver sobre estos tópicos.

AP3406-2023(64582) de 01/11/2023

Magistrado Ponente:

Fernando León Bolaños Palacios

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Entre el 2 y 5 julio de 2021, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de con funciones de Control de Garantías de Cali, se adelantaron audiencias preliminares de legalización de capturas, de registros de allanamiento e incautación, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento contra YFVB y otras 11 personas.

2. El Fiscal 4° Local formuló imputación en contra de YFVB por la presunta comisión de los delitos de extorsión agravada en concurso heterogéneo con el punible de concierto para delinquir agravado. Señaló que, de acuerdo con los hechos denunciados, existía un grupo de delincuencia común organizada.

3. Correspondió el asunto al Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Conocimiento de Cali; el 17 de noviembre de 2021, se realizó audiencia de acusación en contra de YFVB y otras 3 personas, y lo acusó por los delitos de concierto para delinquir agravado y extorsión agravada.

4. El 23 de agosto de 2023, la defensa de YFVB, radicó solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad.

5. El asunto fue repartido al Juzgado Treinta y Dos Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cali, despacho que instaló audiencia el 29 de agosto de 2023.

6. En aquella oportunidad el defensor de YFVB expuso que solicitaba la «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» toda vez que, el asunto por el que se investiga a su representado no está relacionado con un Grupo de Armado Organizado (GAO) o un Grupo Delictivo Organizado (GDO), pues así no lo indicó la Fiscalía en la audiencia de imputación.

7. Luego de escuchar a las partes, el funcionario judicial indicó que en el escrito de acusación la Fiscalía sí menciona en forma expresa e inequívoca la existencia de un Grupo de Delincuencia Organizada, y concluyó que, los competentes para resolver la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad, eran los jueces ambulantes de Buga.

8. Ante la controversia, el Juez Treinta y Dos Penal Municipal con función de Control de Garantías de Cali envió el caso a la Sala para definir la competencia.

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ORGANIZACIÓN CRIMINAL - Ley 1908 de 2018: Grupo de Delincuencia Común, Grupo Armado Organizado (GAO), Grupo Delictivo Organizado (GDO), diferencias / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo armado organizado (GAO): características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo delictivo organizado (GDO): características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Grupo de Delincuencia Común: características / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: reglas de competencia

«[...] como son igualmente aplicables al caso las reglas de competencia fijadas en la Ley 1908 de 2018 que adicionó el Código de Procedimiento Penal, resulta pertinente acudir a la distinción que estableció el legislador al momento de expedir dicha disposición (Proyectos de Ley No. 198 del 2018 Senado y No. 227 Cámara), para así determinar cuándo se está frente a un Grupo de Delincuencia Común, Grupo Armado Organizado o Grupo Delictivo Organizado.

De acuerdo con la exposición de motivos plasmada en el Proyecto de Ley No. 198 Senado, el fundamento de esta norma (Ley 1908 de 2018), devino de la creciente escalada de criminalidad en el territorio nacional; el surgimiento de fenómenos conocidos como el narcomenudeo, microtráfico, reincidencia y cibercriminalidad, entre otros; y, con la finalidad de propender por el cumplimiento efectivo de las condenas y otorgar mayores herramientas para la investigación y judicialización de organizaciones criminales, el Legislador se vio en la necesidad de adoptar medidas que permitieran el desmantelamiento de tales organizaciones (Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados), así como su sujeción a la justicia, pues estos “constituyen una amenaza directa para la ciudadanía colombiana, las instituciones y servidores del Estado, [e impiden] la consolidación de la paz”.

En esa dirección, la finalidad propuesta incluyó la línea conceptual adoptada por instrumentos jurídicos internacionales frente al fenómeno del crimen organizado (Convención de Palermo), así como el contexto interno de actividades delictivas de grandes grupos criminales en el territorio nacional, lo que contempló: «de una parte, la asociación estructurada y plural de personas para delinquir, con ánimo de permanencia, y un objeto concreto que es obtener un beneficio

económico y material, o la afectación a la seguridad y convivencia social; y de otra, la asociación armada de personas, bajo la dirección de un mando responsable, y cuyo fin es controlar un determinado territorio para realizar operaciones sostenidas y concertadas» (Exposición de motivos. Gaceta No. 84 de 21 de marzo de 2018.).

Como características que permitan definir la existencia de un GAO o un GDO, y diferenciarlos de un Grupo Delincuencial Común (Ley 1786 de 2016), el Legislador plasmó en el proyecto de ley, las siguientes:

Grupos Armados Organizados: (i) cuentan con una jerarquía criminal establecida, que se distribuye verticalmente con organización de mando; (ii) se caracterizan por la explotación de economías ilegales como: narcotráfico (lo que incluye toda la cadena de producción - adquisición de insumos, cultivo, cosecha, procesamiento); minería ilegal; trata de personas; tráfico de migrantes; contrabando de hidrocarburos y sus derivados, entre otros; (iii) tienen alta capacidad bélica y criminal; (iv) ejercen control territorial; (v) disponen de zonas campamentarias; (vi) acuden al empleo de armas no convencionales, campos minados y acciones que constituyen actos de terrorismo; (vii) hacen presencia en zonas rurales y de difícil acceso; (viii) tienen un modelo de expansión criminal con el uso de armas «equiparadas a las de la infantería militar, esto es, armamento largo (fusiles y ametralladoras), granadas y explosivos; (ix) es constante su violación de DD.HH. y DIH; y (x) hacen alianzas con otros grupos criminales o subestructuras, lo que aumenta la criminalidad en los territorios.

Grupos Delictivos Organizados: (i) se caracterizan por su actividad «multicriminal urbana» con alto impacto territorial; (ii) no tiene una estructura jerarquizada que contenga una línea de «mando»; (iii) su afectación delictiva tiene alcance regional; (iv) en el ámbito local, cuenta con la capacidad de cohesionar estructuras de delincuencia común; y (v) en ocasiones disponen de subestructuras que les permite ejercer mayor o menor presencia territorial.

Tal diferenciación permitió fijar en el texto definitivo aprobado en plenarios de Senado y Cámara (Gacetas 491 y 498 de 2018, respectivamente), determinados conceptos y elementos concurrentes que permiten identificar cuándo se está ante uno y otro grupo; distinción

que quedó plasmada en el artículo 2° de la Ley 1098 de 2018.

[...]

Para el Estado, el surgimiento de estos grupos criminales también comportó la necesidad de adelantar actuaciones positivas que permitieran su desarticulación y judicialización, a través de dos estrategias: «la primera, dirigida a fortalecer el sistema de normas y mecanismos procesales y de investigación que permitan a los fiscales, jueces y servidores con funciones de policía judicial enfrentar de manera oportuna y eficaz a dichas organizaciones; y la segunda, definida como «un procedimiento especial para la sujeción a la justicia de grupos armados organizados, sin que esto signifique en ningún momento su reconocimiento político o la aplicación de mecanismos de justicia transicional.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Fiscalía: deberes, sustentar la pertenencia a Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018 / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Herramientas de investigación y judicialización: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Detención preventiva: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Causal de libertad: en los casos de organizaciones criminales (Ley 1908 de 2018), diferencias / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: herramientas de investigación y judicialización / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: detención preventiva / **ORGANIZACIÓN CRIMINAL** - Ley 1908 de 2018: causales de libertad

«En cuanto a la incorporación de nuevas herramientas de investigación y judicialización que faciliten la labor de fiscales e investigadores encargados de perseguir a Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados dispuso; además de la modificación de términos para adelantar las actividades investigativas, la ampliación de la duración de la medida de aseguramiento puesto que, al tratarse de un «tipo de criminalidad compleja», requiere de instrumentos legales sólidos que permitan al ente acusador adelantar su función investigativa «sin la interferencia de los miembros de las organizaciones criminales que ya han sido

identificado y respecto de los cuales sea procedente la medida de aseguramiento».

(i) En lo que tiene que ver con las herramientas de investigación y judicialización, se advierte la siguiente diferencia:

Ley 906 de 2004

Artículo 224. PLAZO DE DILIGENCIAMIENTO DE LA ORDEN DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO.

La orden de registro y allanamiento deberá ser diligenciada en un término máximo de treinta (30) días, si se trata de la indagación y de quince (15) días, si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación. En el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.

Ley 1908 de 2018

Artículo 224A. TÉRMINO PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES INVESTIGATIVAS DE GRUPOS DELICTIVOS ORGANIZADOS Y GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS.

“(…), cuando se trate de las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados, la orden del fiscal deberá ser diligenciada en un plazo de seis (6) meses, si se trata de la indagación, y de tres (3) meses, cuando esta se expida con posterioridad a la formulación de imputación.

Ley 906 de 2004

Artículo 244. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.

En estos casos, la revisión de la legalidad se realizará ante el juez de control de garantías, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la culminación de la búsqueda selectiva de la información.

Ley 1908 de 2018

Artículo 18. BÚSQUEDA SELECTIVA EN BASES DE DATOS.

Parágrafo 1. Los términos para la búsqueda selectiva en base de datos en las investigaciones que se adelanten contra miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados en etapa de indagación serán de seis (6) meses y en investigación de tres (3) meses, prorrogables hasta por un término igual (...)

(ii) El término de la detención preventiva también comportó una modificación sustancial:

Artículo 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO - Ley 906 de 2004-

El término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año.

Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial.

Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.

Artículo 307A. - Ley 1908 de 2018-

Término de la detención preventiva. Cuando se trate de delitos cometidos por miembros de Grupos Delictivos Organizados el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de tres (3) años.

Cuando se trate de Grupos Armados Organizados, el término de la medida de aseguramiento privativa de la libertad no podrá exceder de cuatro (4) años.

Vencido el término anterior sin que se haya emitido sentido del fallo, se sustituirá la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad que permita cumplir con los fines constitucionales de la medida en relación con los derechos de las víctimas, la seguridad de la comunidad, la efectiva administración de justicia y el debido proceso.

(...)

(iii) Y, finalmente respecto a las causales de libertad se evidencia con claridad la intención del Legislador de fortalecer el término de la vigencia de la medida de aseguramiento:

Artículo 317. - Ley 906 de 2004-

La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

(...)

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.

6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

(...)

Artículo 317A - Ley 1908 de 2018-

Las medidas de aseguramiento en los casos de miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados tendrán vigencia durante toda la actuación.

La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

(...)

4. Cuando transcurridos cuatrocientos (400) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

5. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio por causa no imputable al procesado o a su defensa.

6. Cuando transcurridos quinientos (500) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya emitido el sentido del fallo.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, resulta evidente la importancia de que la Fiscalía General de la Nación precise en la imputación o la acusación, de acuerdo con los hechos jurídicamente relevantes, si la conducta por la cual llama a

juicio al indiciado fue ejecutada como integrante de un grupo delincuenciales común; o en su condición de perteneciente a un Grupo Delictivo Organizado; o Grupo Armado Organizado, con indicación diáfana del sustento fáctico y normativo, pues a partir de esta distinción se tendrá claridad sobre, entre otros aspectos, la duración de la medida de aseguramiento que se imponga, y las causales de libertad, y el juez competente para resolver sobre estos tópicos, pues las incidencias de hacer mención de si trata de uno u otro, sí genera unas consecuencias sustanciales, como viene de verse.»

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, la pertenencia a la organización criminal se atiene a los planteamientos de la Fiscalía en el caso concreto / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Juez de Control de Garantías: competencia para decidir solicitud de libertad de miembros de Grupos Delictivos Organizados (GDO) y Grupos Armados Organizados (GAO), Ley 1908 de 2018, corresponde al de la ciudad o municipio donde se presentó o donde deba presentarse el escrito de acusación

«[...] surge evidente que si bien la Fiscalía en la audiencia de imputación, en el escrito de acusación, y en la diligencia de acusación empleó la palabra «común» lo cierto es que en los hechos

jurídicamente relevantes sí indicó que YFVB integra un Grupo Delincuencia Organizado - GAO- denominado “Tercera Generación” pues no solo dio cuenta de su estructura, sino que, aludió a la forma de operar y el rol que él desempeñaba, por lo tanto, sí debe aplicarse la regla de competencia establecida en la Ley 1908 de 2018.

De tal modo, el conocimiento de la solicitud de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» elevada por la defensa de YFVB, de acuerdo con las precisiones de la Sala en torno a la asignación especial de competencia fijada en el parágrafo 3 del artículo 25 de la Ley 1908 de 2018 y la regla prevista en el artículo 317A de la Ley 906 de 2004, debe ser asumida por un juzgado con función de control de garantías ambulante con jurisdicción en el territorio donde se haya formulado imputación o donde se haya radicado el escrito de acusación.

En consecuencia, la Sala asignará la competencia para conocer la audiencia preliminar de «sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad» al Juzgado Penal Municipal Ambulante con sede en Buga, teniendo en cuenta que este despacho judicial tiene competencia territorial para atender la función de control de garantías en los asuntos por delitos cometidos por integrantes de GDO y GAO en la ciudad de Cali (Cfr. Acuerdo PCSJA19-11379 del 6 de septiembre de 2019)».

Dra. Diana Marcela Romero Baquero
Relatora

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 5622000 ext. 9408
Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá