



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

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Febrero 22 de 2018 n.º 02

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>

### **ACOSO SEXUAL** - Naturaleza y características

La Sala analiza los principales elementos de este tipo penal y establece las diferencias con otras conductas que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales.

SP107 (49799) de 07/02/18

M. P. Fernando León Bolaños Palacios

### **ANTECEDENTES**

En el mes de mayo de 2011, en horas de la noche y cuando se hallaba dedicado al sueño en una de las habitaciones del Hogar [...] del municipio de [...], el adolescente Y.J.V.B, de 14 años de edad, hasta su cama llegó NJCS, director de la institución, quien, sin forzarlo o amenazarlo, se ocupó de frotar por cerca de treinta minutos sus partes íntimas, hasta cuando el joven, que durante las maniobras adoptó un comportamiento pasivo, decidió abandonar el lecho y situarse al lado de un familiar, acomodado en otra de las literas.

[...]

En audiencia realizada el 28 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de [...] -previamente se había realizado imputación por el delito de **acto sexual con menor de 14 años**, que fue anulada-, la fiscalía imputó a NJCS, el delito de **acto sexual violento agravado**, al cual no se allanó este.

[...]

El 17 de marzo de 2016, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se absolvió al acusado del delito de **acto sexual violento agravado**.

Apelada la decisión por la Fiscalía y la representación de las víctimas, el 28 de octubre de 2016 se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por el A quo y en su lugar, [...], condenó a NJCS, en calidad de autor del delito de **acoso sexual**.

En contra del fallo de segunda instancia presentó demanda de casación el defensor del procesado, entrando la Sala a decidir de fondo.

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACOSO SEXUAL** - Derecho comparado || **ACOSO SEXUAL** - Naturaleza || **ACOSO SEXUAL** - Concepto || **ACOSO SEXUAL** - Elementos || **ACOSO SEXUAL** - No requiere que se alcance el resultado deseado || **DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES** - Elementos: violencia, alcance

«No es, este, un tipo penal que haya sido objeto de detenido examen en la Corte, dada su novedosa incorporación como delito.

De un rastreo realizado a algunas legislaciones foráneas, es posible extraer que por virtud del ámbito en el cual se ejecuta y lo buscado proteger, las más de las veces su sanción opera en planos meramente administrativos, civiles o disciplinarios, como quiera que corresponde a situaciones de subordinación laboral que derivan en sometimiento, retaliaciones u hostigamientos, en la mayoría de los casos ejecutados sobre mujeres.

Por ello, no es de extrañar que la primera de las normas internacionales dirigida a proteger a las mujeres del acoso sexual, corresponda a una resolución del año 1985 de la OIT, encaminada a luchar contra este tipo de hostigamientos, como medio adecuado para obtener la igualdad y eliminar la discriminación de la mujer.

A partir de allí, el acoso sexual ha sido definido como mecanismo de discriminación o de violencia contra la mujer.

[...]

En este sentido, el artículo 2º, de la Convención de Belem do Pará de 1994, reseña:

“Artículo 2

*Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:*

*a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;*

*b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y*

*c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”*

En seguimiento de pautas y tratados internacionales, muchos países de América, entre ellos Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, tipifican como delito el acoso u hostigamiento sexual, hallándose que en muchas de estas legislaciones -e incluso en España- la conducta es circunscrita a ámbitos laborales, educativos y de salud, o aquellos en los que pueda manifestarse algún tipo de superioridad del victimario sobre la víctima, en seguimiento de la Convención de Belem Do Pará, antes citada.

También es de destacar, respecto del modo a que refiere la conducta, cómo esta busca diferenciarse del estricto delito de contenido sexual -digase el acceso carnal o los actos sexuales- a partir de sancionar no el hecho consumado, sino, precisamente, las insinuaciones, tratos o solicitudes que, prevalidas de la posición de autoridad o producto del ámbito laboral, busquen ese como fin.

[...]

En el mismo sentido, cabe destacar que, si bien, no se posee una definición unívoca de acoso

sexual, si es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de **actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión, pero no la consumación de la misma.**

[...]

Ahora bien, en Colombia el delito de acoso sexual fue instaurado en la Ley 1257 de 2008 *"Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"*

Por consecuencia de ello, al Código Penal se agregó el artículo 210 A, así redactado:

*"Acoso sexual. 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, incurrirá en prisión de uno (1) tres (3) años."*

En principio, mirado el contexto dentro del cual se inscribe el delito, podría advertirse, apreciadas también las características históricas y de derecho internacional y comparado, que la ilicitud busca proteger, en especial, a la mujer, en cuanto víctima secular de discriminación y violencia sexual en los contextos laboral, social y familiar.

Incluso, la Corte Constitucional cuando se ha referido al tema lo ha hecho en clave de la protección de la mujer, al punto de significar que (sentencia T-265 de 2016): *"la violencia contra la mujer, y específicamente el acoso sexual en el ámbito laboral, constituye una forma de violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos"*.

Ello, sin embargo, no puede conducir a significar que el delito sólo opera respecto de la mujer como sujeto pasivo, pues, tal conclusión no se desprende del texto de la norma, en cuanto remite al genérico *"el que"*, para referirse al agresor, pero de igual manera, delimita que la víctima lo es *"otra persona"*, sin definir género específico.

En consecuencia, es factible advertir que, **si bien, el delito en cuestión opera por lo general en contra de la mujer, nada impide que en determinados casos específicos pueda determinarse materializado el mismo respecto de víctimas de otro género o identidad sexual, independientemente de que el agresor lo sea otro hombre o una mujer** y siempre y cuando se cubran los presupuestos modales, objetivos y subjetivos, que diseñan el tipo penal en examen.

Precisamente, en torno de estos elementos es necesario señalar que el artículo 210 A, contiene una textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta e incluso de beneficiarios de la misma, pues, se alude al “*beneficio*” propio o de un tercero.

En este sentido, se hace evidente que lo buscado es superar el ámbito meramente laboral, educativo o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, como quiera que alude no solo a la superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, sin establecer en dónde puede radicar esta, sino a las relaciones de “*autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica*”.

Tan variado catálogo imposibilita que pueda aventurarse un listado de hechos que, aunque fuese a título ejemplificativo, delimiten en cuáles circunstancias es factible ejecutar el delito, sin que ello impida, desde luego, sostener que no existe discusión acerca de la materialidad del punible en escenarios de trabajo y que la esencia de la conducta radica en las posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla.

Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo “*acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente*”.

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues,

basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

[...]

[...] el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.

Desde luego, es posible advertir que **el bien jurídico tutelado -libertad, integridad y formación sexuales-, puede verse afectado con un solo acto, manifestación o roce físico**, pero se entiende que para evitar equívocos el legislador, dado que aplicó un criterio bastante expansivo de la conducta, estimó prudente consagrar punibles solo los actos reiterados, persistentes o significativos en el tiempo, y así lo plasmó en la norma con la delimitación de dichos verbos rectores, compatibles con la noción de acoso.

De haberse pretendido sancionar penalmente hechos aislados o individuales, bastaba con así referenciarlo a través de verbos como “insinuar”, “manifestar”, “solicitar” o “realizar”, como así sucede en la ley penal española, donde a más de circunscribirse el delito a ámbitos laboral, docente o de prestación de servicios, directamente se sanciona a quien “solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero”.

Se resalta, eso sí, que el asedio, entre otros verbos contemplados en la norma examinada, no reclama de prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce en la inequívoca pretensión de obtener el favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima.

Si se tratase de ejemplificar, es posible señalar que **existe asedio y, en consecuencia, acoso sexual, cuando el encargado de brindar un empleo, de manera específica reclama favores sexuales a quien busca obtenerlo, pues, efectivamente el contexto informa de una**

**suerte de sin salida para la víctima, puesta en el parangón de acceder a lo solicitado o perder dicha posibilidad.**

En estas circunstancias, cabe relevar, el asedio se refleja en el mal objetivo que resulta de la negativa, en cuanto, el acosador no ofrece salida digna para quien se halla a su merced.

Por último, en lo que al tipo penal respecta, este contiene lo que la doctrina denomina elemento subjetivo específico o ánimo especial, referido a que el acoso tenga, en favor del sujeto activo o de un tercero, “fines sexuales no consentidos”.

Debe precisarse aquí, que la conducta se consuma y el daño es producido por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario, que en términos generales genera zozobra, intimidación o afectación psicológica a quien lo padece, para no hablar de la limitación que se produce respecto de la libertad sexual.

Vale decir, **el acoso sexual opera ajeno a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca por ocasión de los comportamientos del victimario**, en tanto, cabe reiterar, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal fin se emprendan conductas en sí mismas vejatorias que directamente afectan a la persona, razón suficiente para definir que no se trata de un delito de resultado, en lo que al cometido eminentemente sexual respecta.

Sobre el particular, debe la Corte precisar que con la introducción que hizo la Ley 1719 de 2014, del artículo 212 A del C.P., evidente se advierte que **si el comportamiento del agente alcanza los hitos del acto sexual o el acceso carnal, la conducta punible a atribuir no lo es el acoso sexual**, eventualmente alguno de aquellos, siempre y cuando converjan todas las exigencias normativas para ello.

En efecto, el artículo 212 A, contempla:

*“Violencia. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza, la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.”*

Para la Corte no cabe duda que dentro de las hipótesis reseñadas en la norma como constitutivas de violencia, se incluyen los factores de superioridad, autoridad o poder que por su factor intimidatorio menguan la oposición de la víctima al vejamen, en los casos de acoso sexual.

Por manera que, **la distinción entre la materialización de un delito de acceso carnal o actos sexuales violentos, y uno de acoso sexual, estriba en los alcances de lo ejecutado por el agente.**

Ahora bien, como quiera que el fiscal Delegado ante la Corte expuso en su alegación que no es posible hacer valer el contenido del artículo 212 A del C.P. para el caso en estudio, dado que la norma fue expedida con posterioridad a los hechos que aquí se examinan, la Sala debe significar su desacuerdo con esta postura.

Es claro, a este efecto, que la norma no hace más que recoger, para explicitar el término, varias de las posibilidades que al respecto venían desarrollando los jueces y la doctrina extranjera, a fin de precisarla en un solo cuerpo y positivizarla, como interpretación auténtica, debiendo destacarse que en sentido expreso la norma no describe qué es la violencia, sino que enuncia algunos aspectos que hacen parte de la misma, sin que, así, pueda afirmarse que solo en estos casos existe o debería entenderse existir el fenómeno; que no puedan adscribirse otros ajenos a estos; o que en años anteriores al 2012 no fuese factible acudir a este tipo de factores para advertir cubierto el elemento modal.

Sobre el particular, la Corte siempre se ha valido de un criterio amplio o abierto de lo que por violencia debe entenderse, en el que perfectamente caben las circunstancias que ahora diseña el artículo 212A.

[...]

Bajo estas consideraciones, perfectamente en el asunto examinado, independientemente de que los hechos hayan ocurrido antes de 2012, es factible acudir a la norma para verificar si la violencia que se entiende haberse ejecutado, hace parte o no de los casos allí referenciados, pues, incluso, se hace posible examinar otros, siempre y cuando pueda definirse que efectivamente se avienen con todo lo que el término “violencia” encierra, o mejor, si la modalidad, acorde con las circunstancias, “fue idónea para someter la voluntad de la víctima”.

---

**COMPETENCIA** - Delitos cometidos en Colombia y en el exterior

Al haberse cometido el mayor número de delitos en el extranjero, el funcionario competente es el del lugar escogido (en Colombia) por la Fiscalía para formular la acusación, lugar aquel donde se encuentren los elementos materiales probatorios que fundamentan la acusación.

AP518 (52007) de 07/02/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

---

**ANTECEDENTES**

Define la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la competencia para conocer del proceso penal que se adelanta contra EJPM, JFAS, FMA, RME y WME, por la presunta comisión de las conductas punibles de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

[...]

De acuerdo con el escrito de acusación, luego de varias labores investigativas la Fiscalía logró establecer:

*“... la real existencia de una red delictiva que opera en los departamentos del Valle del Cauca, Cauca y Nariño, quienes se dedican al tráfico de sustancias estupefacientes en la modalidad de lanchas rápidas tipo “GO FAST”, con destino a países de Centro América entre ellos Panamá y Costa Rica. E igualmente se logró establecer la identidad de los partícipes y/o integrantes de la misma y su responsabilidad en estos hechos delictivos.”*

[...]

En el traslado del artículo 339 de la Ley 906 de 2004, la defensora de EJPM manifestó que el competente para conocer del proceso adelantado contra su prohijado era un juez penal del circuito especializado del Distrito Judicial de Buga, toda

vez que los hechos ocurrieron en Buenaventura, localidad adscrita a esa territorialidad.

Por su parte, la representante de la Fiscalía manifestó que de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 906 de 2004, la competencia radicaba en Cali, pues los hechos ocurrieron en tres lugares distintos y por ello se debía tener en consideración la ciudad en la que se presentó el escrito de acusación y donde se encuentran la mayoría de elementos materiales probatorios, lo que ocurrió en Cali.

La juez cuarta penal del circuito especializado de Cali, señaló que de acuerdo con la norma antes relacionada, era competente para conocer el juzgamiento, pues los hechos sucedieron en diversos lugares, incluso en el extranjero y añadió, que los elementos materiales probatorios se encontraban en dicha ciudad.

**TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**COMPETENCIA** - Delitos cometidos en Colombia y en el exterior || **COMPETENCIA** - Factor territorial: lugar incierto, varios lugares o el exterior, criterio de la Fiscalía según donde están los elementos materiales probatorios

« [...] los hechos materia de investigación se remiten a una pluralidad de ilicitudes que, cuando menos, de acuerdo con el escrito de acusación, advierten posible su realización en diferentes lugares -Costa Rica, Panamá y Buenaventura (Colombia)-.

De ahí que, lo primero a dilucidar sea la competencia funcional, la cual, atendiendo al concurso de conductas punibles contra la seguridad y salud pública, tiene asignación especial de competencia y por ende, corresponde su conocimiento a los jueces penales del circuito especializados, de conformidad con lo normado en los numerales 17 y 28 del artículo 35 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, por razón del territorio, atendiendo al lugar donde tuvo ocurrencia el delito más grave, advierte la Sala que de conformidad con el inciso primero del artículo 376 y numeral 3 del artículo

384 del Código Penal, el injusto de mayor gravedad corresponde al de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, cuya pena de prisión oscila entre 256 y 360 meses de prisión, extremos superiores a los contemplados para el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 inciso segundo del C.P.), que van de 96 a 216 meses de prisión.

Sobre el particular, se tiene que el delito contra la salud pública, atrás señalado como el de mayor punibilidad, se cometió en varios lugares, conforme se consignó en el escrito de acusación, esto es, en Costa Rica, Panamá y Buenaventura. Así pues, no es posible, por dicho factor, determinar la competencia.

En ese orden de ideas, se debe analizar la condición subsiguiente del canon 52 del Código de Procedimiento Penal, relativa al lugar “*donde se haya realizado el mayor número de delitos*”, frente al cual se tiene que la conducta punible de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado ocurrió en Costa Rica, Panamá y Buenaventura.

Ahora, se advierte que el mayor número de delitos se materializó en el extranjero, vale decir,

en Costa Rica y Panamá. Ante esa situación, se debe tener en consideración la regla de competencia prevista en el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 906 de 2004 [...].

[...]

[...] cabe recordar que la representante de la Fiscalía presentó el escrito de acusación ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Cali, lugar en el que según indicó, se encuentran los elementos materiales probatorios que fundamentan la acusación.

De manera que, razón le asistió a la representante de la Fiscalía y a la juez cuarta penal del circuito especializado de Cali -a quien le correspondió por reparto la actuación-, al referir que las diligencias se debían adelantar en dicho distrito judicial y no ante un funcionario homólogo del distrito judicial de Buga, contrario a lo señalado por la defensa de EJPM, pues se reitera, al haberse cometido el mayor número de delitos en el extranjero, el funcionario competente es el del lugar escogido por la Fiscalía para formular la acusación».

---

**FUERO** - Aforados constitucionales:  
competencia de la Sala de Casación Penal

La Sala analiza su competencia para adelantar el proceso penal en relación con el acto legislativo 01 de 2018, y establece que se mantiene la misma mientras entran en funcionamiento las Salas Especializadas de Instrucción y Juzgamiento de Aforados, creadas por dicho acto.

AP400 (50969) de 01/02/18

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

#### **ANTECEDENTES**

*“En diálogos sostenidos en la ciudad Miami, grabados en desarrollo del proceso Federal 17-20516, el abogado LPG le comentó al ex*

*Gobernador de [...] ALM que por intermedio de LGM, el Senador MBF había pagado una suma importante de dinero para resultar favorecido en un proceso penal adelantado en su contra por la Corte Suprema de Justicia.*

*Una buena parte de ese dinero correspondería a comisiones de contratos suscritos por la gobernación de [...], entregadas al Congresista hacia febrero de 2015 por el entonces Gobernador de [...] LM”.*

La Sala entra a calificar la conducta del procesado y establece la competencia para continuar adelantando dicho proceso de acuerdo a lo preceptuado en el acto legislativo 01 de 2018.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FUERO** || Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, acto legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las salas

especializadas de instrucción y juzgamiento de aforados

«El acto legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Nacional y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia.

Se trata de un Acto Legislativo válido. Lo expidió el Congreso de la República y fue promulgado. Eso no significa, sin embargo -ante la ausencia de una regla de transición en esa reforma a la Constitución-, que por el solo hecho de su vigencia se hubiera producido el decaimiento automático de las competencias que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal y de las cuales la sustrae el Acto Legislativo.

La idea de que la Sala de Casación Penal, sólo por la puesta en vigencia de la reforma, debe cesar las funciones de investigar, acusar y juzgar en única instancia a los funcionarios a los que la Constitución Política otorgó ese privilegio, es equivocada. Ya la rechazó la Corte y esta Sala de Instrucción reitera esa conclusión.

Si fueran preexistentes al Acto Legislativo los órganos a los cuales se trasladan las

competencias para instruir y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales, lógicamente -a falta de norma de transición- habrían absorbido esas funciones desde la promulgación del Acto Legislativo. Pero como es éste el que los crea, resulta absurdo pretender que se detenga la función de administrar justicia en esos casos mientras los poderes públicos correspondientes cumplen con el mandato de implementación de esos nuevos organismos, acción que desde luego está sujeta a trámites constitucionales y legales previos y obligatorios.

Es indudable para la Sala, en consecuencia, que cuenta con competencia en el presente caso. Y que se mantienen plenas a cargo de la Sala de Casación Penal, hasta que entren en funcionamiento las Sala Especiales, las funciones que hasta hoy ha venido cumpliendo y que pasarán a los nuevos dignatarios una vez se posesionen de sus cargos ante el Presidente de la República.

La condición de aforado del Congresista MBEF, finalmente, está probada al haber sido elegido para el periodo 2014-2018 como Senador de la República, y al ejercer dicho cargo para la época en que ocurrieron los hechos investigados, esto es, durante el periodo 2010-2014».

**NOTA DE RELATORÍA:** esta providencia tiene reserva legal, por lo que únicamente se publica su extracto.

---

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: si se acusa como coautor y se condena como cómplice por omisión del deber de garante.

Se precisa el alcance del principio de congruencia en casos como el analizado.

**POSICIÓN DE GARANTE** - Miembros de la fuerza pública: análisis del caso.

Si bien la Corte ha determinado la posición de garante que ostentan en ocasiones los miembros de la Fuerza Pública, también determina que se

debe realizar un análisis particular en cada caso.

SP19677 (36487) de 23/11/17

M. P. Eugenio Fernández Carlier

#### **ANTECEDENTES**

*“El 14 de agosto de 2006, en [...], CAVT, CAVR, DEJM, AAPM, JACH y JOACH, fueron sometidos por miembros del Grupo GAULA del Ejército*

*Nacional en el Conjunto Residencial [...] ubicado en la [...], cuando los citados por la fuerza exigían el pago de una deuda a EEAS, quien los había convocado a ese sitio y se hallaba en compañía de AFNS.*

*Sin embargo, los miembros de la Fuerza Pública no dejaron a los nombrados a órdenes de autoridad competente, sino que los llevaron a un paraje cerca del balneario turístico conocido como [...], sitio en el que los ejecutaron mediante disparos de arma de fuego y después, en conjura con AS y NS, fingieron que sus muertes habían ocurrido en un operativo para frustrar un supuesto secuestro del que eran víctimas éstos”.*

El Mayor JAMP, en su condición de Comandante del Gaucho Rural [...] presento informe sobre la realización del operativo certificando la actuación como un combate entre el grupo a su cargo y los presuntos secuestradores.

En el presente evento la crítica formulada por la defensa, se afianza en la alteración del contenido material de unas pruebas legalmente aportadas, y en la pretermisión de otras, que de haber sido apreciadas de manera fiel y completa en armonía con las demás demostrarían la duda sobre la participación real del procesado en los hechos por los que fue condenado.

La Sala entra a decidir de fondo sobre la responsabilidad del procesado.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** - Marco jurídico fáctico de la actuación del fallador || **PRINCIPIO DE CONGRUENCIA** - Se vulnera: si se acusa como coautor y se condena como cómplice por omisión del deber de garante

«Como se sabe, la acusación o pliego de cargos constituye un acto sustancial en el que se definen los contornos fáctico, jurídico y personal de la pretensión punitiva del Estado respecto del sujeto pasivo de la acción penal, y con base en ésta es carga del aparato judicial, en la fase de juicio, quebrar la presunción constitucional de inocencia que ampara a todo ciudadano, razón por la que ese acto debe estar depurado de vacíos y ambigüedades que resulten lesivas de la citada garantía y en particular del derecho a la defensa inherente a aquella condición, pues una vez en firme los cargos endilgados en la acusación al

procesado, éste obtiene la seguridad de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo adverso por aspectos no previstos en esa resolución.

Desde esa perspectiva, la precisión de la acusación constituye una barrera que le impide al juez agravar la situación del acusado para sustentar su responsabilidad en hechos o circunstancias no discutidos ni deducidos en forma expresa en ese acto procesal estructural, y por contera no puede modificar el núcleo fáctico de los cargos atribuidos, ni suprimir circunstancias atenuantes reconocidas acerca de los mismos o incluir agravantes no contempladas para estos, so pena de infringir el denominado principio de congruencia, que no es más que la estricta correspondencia entre la acusación y la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, de cara a la propuesta de la Agente del Ministerio Público, la misma deviene inadmisibile sin quebrar la garantía de congruencia, habida cuenta que no puede mudarse o cambiarse la condición de coautor impropio expresamente endilgada al procesado MP respecto de los delitos de los que se ocupó este proceso, por la de autor de los mismos por omisión del deber de garante que le correspondía en virtud del cargo que ostentaba.

En efecto, en la acusación como en el fallo de primera instancia, confirmado en segunda, la atribución de responsabilidad para el citado procesado no está soportada en la omisión de su deber de obrar para impedir un riesgo conocido, sino como perpetrador material y presencial de acciones que coadyuvaron a la consumación de los punibles.

Repárese en que el regente de la acusación con base en el relato de lo ocurrido el 14 de agosto de 2006, según el informe de “23 de agosto de 2006” suscrito por el acusado “mediante el cual da cuenta de un operativo militar a su cargo”, concluyó que éste “participó en la operación” en la que se materializaron los delitos investigados a título de coautor.

A su turno, el a-quo, confirmado por el Tribunal, precisó que al suscribir el enjuiciado el aludido documento “se atribuyó su participación en el operativo, es más se hizo responsable del mismo, ‘sacó pecho’ como se dice coloquialmente”, y por lo tanto como “oficialmente y por escrito” dijo “que fue él quien coordinó del operativo”, ello llevó a fallador a “suponer” que “así debió ser” porque nadie “más que él podía hacerlo” ya que



“era para entonces el COMANDANTE DEL GAULA RURAL [...]”.

Con base en esa atribución fáctica y jurídica no es posible, sin trasgredir la garantía de congruencia y el derecho de defensa del acusado, hacerlo responsable por un obrar omisivo en las conductas punibles de resultado de las cuales se ocupó esta actuación, con base en la inobservancia de las obligaciones que derivaban de su posición de garante por el cargo que desempeñaba para la época de los hechos».

**POSICIÓN DE GARANTE** - Concepto || **POSICIÓN DE GARANTE** - Miembros de la fuerza pública: presupuestos || **POSICIÓN DE GARANTE** - Miembros de la fuerza pública: análisis del caso

«La posición de garante, como se sabe, consiste en el deber jurídico que tiene una persona de impedir un resultado típico cuando conoce que va a ocurrir y que el mismo es evitable dentro de la órbita de su obrar.

Es verdad que las Fuerzas Militares, en calidad de agentes del Estado, ostentan posición de garante en relación con los bienes jurídicos cuya protección les encomienda la Constitución y la Ley; empero, también es cierto que el deber de actuar que emana de esa condición, como lo ha puntualizado la jurisprudencia, exige un examen minucioso de la relación existente con el respectivo bien jurídico, ya que no se trata de erigir un deber de garantía ilimitado y absoluto.

[...]

El análisis, entonces, de esa relación impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era cognoscible y evitable, labor en la que debe verificarse siempre la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- (a) Situación de peligro para el bien jurídico.
- (b) No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.
- (c) Posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en condición de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la

acción debida para lo cual debe tener: [i] conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, [ii] tener los medios necesarios para evitar el resultado, [iii] contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

(d) Producción del resultado.

En la situación debatida no solo carecen de acreditación esos presupuestos, sino que además es, como mínimo, contraevidente afirmar que el procesado se encontraba en esa especial situación.

A este respecto es importante destacar que de acuerdo con las precisiones de los fallos de instancia y en armonía con las pruebas, el aviso a las autoridades del inicial encuentro en la [...] entre un grupo de personas —las posteriores víctimas— que en forma agresiva increpaban a otras dos —a [...] y [...] —, fue un hecho cierto reportado por un ciudadano, lo cual originó la presencia en ese lugar tanto de miembros del GRUPO GAULA como de la POLICÍA NACIONAL.

La referida prueba testimonial permitió concluir que con posterioridad a ese suceso y en seguimiento del mismo para esclarecer lo que estaba ocurriendo, hacen presencia en el Conjunto Residencial [...], ubicado en la carrera [...], varios miembros del GRUPO GAULA vestidos de civil y con distintivos, entre los que se hallaba el Sargento EAPG, quien aduciendo que todo estaba bajo el control de ellos, se encargó de despedir a los agentes de la Policía Nacional RRR y JLHP que habían llegado también a verificar el suceso.

Ahora bien, los falladores de primero y segundo grado al analizar la declaración de la señora GB frente a las iniciales versiones juradas de AS y NS, concluyeron que éstos mintieron al sostener que fueron secuestrados por extraños, pues el primero de ellos sí conocía con antelación a VT (uno de los fallecidos y esposo de aquélla), a quien, precisamente, citó a Barranquilla la fecha de marras para saldar una deuda pendiente.

De ese hecho, y de la inicial reducción y retención de VT y demás acompañantes en la carrera [...] por parte de integrantes del GAULA, acreditada con los testimonios de CANG y RLBZ, el ad-quem concluyó que a partir de ese momento los efectivos del Ejército Nacional integrantes del GRUPO GAULA que llegaron al señalado sitio, pervirtieron la misión encomendada y

trastocaron el cumplimiento de sus deberes funcionales [...].

[...]

Tal devenir fáctico evidencia el contrasentido de la tesis propuesta por la Agente del Ministerio Público para confirmar el fallo en lo que respecta a MP, toda vez que si en un principio las tropas bajo su mando salieron al cumplimiento legítimo de sus funciones misionales, mal puede sostenerse que el citado procesado sabía que los efectivos del GAULA enviados a verificar la llamada que los alertó sobre el probable plagio de dos comerciantes, a su vez iban a secuestrar y a ultimar a los responsables de esa conducta, y en lugar de impedir los correspondientes resultados omitió las acciones tendientes a evitarlos, pues un actuar semejante —en el evento de estar acreditado— sería indicativo de otra forma de concurrencia en las conductas, incongruente con la omisión propia de quien ostenta una posición de garante.

Ahora bien, la Sala observa que de manera contraria a lo sostenido en los fallos de instancia (y en la acusación), la narración del suceso investigado plasmada en el “informe” aludido en esas decisiones y suscrito por el procesado, en relación con los hechos del 14 de agosto de 2006, no constituye prueba de participación por coautoría impropia en los delitos en los que incurrieron sus subordinados.

MP señaló en su injurada que en esa fecha, tras estar en la mañana ocupado en asuntos familiares y en una cita médica, al llegar a las instalaciones de la Brigada militar a eso de las 11:00 a.m., le comunicaron sobre una alerta transmitida a través de la línea 147 en la que se reportó el probable plagio de dos personas ocurrido en la [...] (aspecto que en efecto está acreditado así ocurrió), motivo por el que al ser el organismo bajo su mano una unidad de reacción inmediata, ordenó al Capitán PD ir a verificar lo sucedido (circunstancia confirmada con la indagatoria de éste último oficial ).

También puntualizó MP que a partir de ese momento mantuvo comunicación por radio con el citado subordinado, quien minutos después le reportó que sí había ocurrido un secuestro; luego, hacia las 12:30 p.m., el mismo militar le indica que activó el “Plan Candado” sobre la vía al mar; posteriormente a la 1:00 p.m., le comunica que va a ubicarse en el sector de “[...]”, y aproximadamente a las 2:00 p.m., le informa

del encuentro con los secuestradores y las muertes de éstos cuando supuestamente opusieron resistencia armada en el retén dispuesto por el Capitán PD y los militares que lo acompañaban.

Precisó, finalmente, que los reportes últimamente aludidos los recibió cuando se hallaba en el sector de [...], pasando revista al esquema de seguridad del [...], después de lo cual hizo presencia en el lugar donde el Capitán PD le había indicado ocurrido el enfrentamiento armado.

Frente a esa versión del acusado impera destacar que en la acusación ni en los fallos hay relacionados elementos probatorios que acrediten la presencia o participación material o física de MP en el momento en que las víctimas fueron sometidas y reducidas por los integrantes del GAULA que llegaron hasta el Conjunto Residencial [...], donde aquéllas por la fuerza pretendían compeler a AS al pago de la deuda que tenía con una de ellas.

En las comentadas decisiones tampoco se especifica o determina algún elemento de conocimiento del cual en forma directa o por vía inferencial pueda establecerse que el citado procesado tuvo noticia de ese hecho o que fue enterado del mismo por el Capitán GPD, quien, en efecto, de acuerdo con las pruebas, fue quien personalmente dirigió el operativo, y según el testimonio del agente del CTI adscrito al GAULA, AAAA, aquél en su condición de Jefe de Inteligencia del citado organismo, era quien impartía instrucciones por radio a las demás patrullas que lo estaban apoyando, y fue quien reportó por esa misma vía el supuesto enfrentamiento armado con los presuntos secuestradores en el sector de CD.

[...]

Los sentenciadores de primero y segundo grado, para fundamentar la responsabilidad de MP en la conductas punibles endilgadas, se apartaron o desatendieron esa objetiva realidad enseñada por los medios de prueba atrás referidos, confirmada por los que el demandante señaló como omitidos, en cuanto a que el citado no hizo parte de los militares del GRUPO GAULA que inicialmente sometieron a las víctimas, ni estuvo con ellos en el momento en que los ejecutaron bajo el montaje de un enfrentamiento armado.

Y en su lugar “supusieron”, como en forma expresa lo precisó el a-quo, avalado por la

segunda instancia, que por ser aquél el Director del GAULA [...] en la época de los hechos, debió ser quien “realizó”, “dirigió” y “coordinó” el falso operativo, tal y como se lo “atribuyó” al suscribir el informe de “23 de agosto de 2006”.

[...]

El yerro valorativo por falso juicio de identidad es manifiesto, pues la aprehensión fidedigna de todo el contenido del citado documento no permite deducir (o “suponer” como lo hicieron los falladores de primero y segundo grado) que el acusado MP intervino materialmente en el desarrollo de los hechos desde cuando fueron inicialmente sometidas las víctimas en el Conjunto Residencial [...] al norte de [...], hasta cuando finalmente en el sector de [...] se fingió el enfrentamiento en el que fueron ultimadas.

Las instancias en realidad no atendieron la escrita literalidad del documento, sino que la interpretaron o parafrasearon, ejercicio en el que excluyeron aspectos que impiden extraer la conclusión que los funcionarios sentaron en la decisión atacada.

[...]

Los falladores de primero y segundo grado (y el ente acusador) entendieron que por la forma en que estaban redactados esos dos párrafos —en particular el último— y al estar suscrito el documento por el acusado MP, éste se atribuyó la ejecución y dirección material de esas actividades, y que por lo tanto devenía incuestionable su participación a título de coautoría impropia en la ejecución de los delitos materializados en con ocasión de las mismas.

Sin embargo, no tuvieron en cuenta los funcionarios, de una parte, que a continuación de esos textos en el referido oficio, quien lo suscribió precisó e individualizó el “PERSONAL QUE PARTICIPO DIRECTAMENTE” en la comentada maniobra, lista en la que aparecen únicamente: el CT. GPD, los Sargentos EAPG y GAGC, así como los soldados VRLB, ACS, LFMC y ALB, esto es, los otros siete condenados.

Además, de otro lado, no se percataron los juzgadores que los dos comentados párrafos no son de la autoría del acusado en cuestión, sino que éste los copió, los transcribió, de manera literal del “INFORME DE OPERACIONES N° 057 APOCALIPSIS”, mediante el cual su subalterno, el CT. PD, la misma fecha de los hechos (14 de agosto de 2006) rinde cuentas de la misión que

éste dirigió en forma personal, textos que aparecen bajo el título “IV. RELATO DE LA MANIOBRA Y DESARROLLO DE LA SITUACIÓN” del aludido informe signado por PD.

[...]

La coautoría impropia supone el común acuerdo de varias personas, tácito o expreso, antes o durante la ejecución de la conducta punible, por cuya virtud cada una se compromete a realizar un aporte sustancial para la realización de ese injusto, de forma que cada uno de esos aportes completa el de los demás para la materialización efectiva y total del delito, el cual todos y cada uno de los involucrados asume como propio, independientemente de que su obrar, insularmente considerado, no se ajuste a los presupuestos condicionantes del respectivo tipo penal.

De acuerdo con las pruebas relacionadas en el fallo condenatorio, en manera alguna puede sostenerse que fue falso el conocimiento de la llamada de emergencia que propició la intervención de autoridades de Policía Nacional y del GAULA [...], con ocasión de la alerta por el posible plagio de dos persona en horas de la mañana del 14 de agosto de 2006 en el norte de la ciudad de Barranquilla.

Así que ningún reproche puede hacerse al procesado MP con base en la orden que, como comandante del último organismo aludido, impartió al CT. PD para verificar la ocurrencia de tal suceso y que específicamente documento como “MISIÓN TÁCTICA N° 057 APOCALIPSIS”, en el cual también de manera expresa señaló que fue el aludido oficial quien salió de las instalaciones de la Brigada al mando de un destacamento con el fin de iniciar “misión táctica antiextorsión y secuestro” por los sucesos de los que se había tenido noticia.

[...]

En conclusión, los errores denunciados por el demandante son trascendentes, pues tras la apreciación completa y fidedigna de los medios de prueba que soportan la declaración de responsabilidad del citado acusado a título de coautor impropio de los delitos investigados, resulta evidente que los mismos son deleznable y no brindan certeza sobre tal condición, apuntalada en las instancias por el simple hecho de ser para la época de los hechos MP el comandante del GRUPO GAULA [...].

De suerte que al no estar vencida la presunción de inocencia que constitucional y legalmente ampara al citado procesado, en nombre de esa misma garantía y para su preservación, es un

imperativo jurídico en aplicación del apotegma de in dubio pro reo absolverlo, a lo cual procederá esta Corporación convertida en juez de instancia [...]».

---

**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

*Teléfono: 5622000 ext. 9317*  
*Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá*

