



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

Boletín Jurisprudencial

Sala de Casación Penal

Febrero 18 de 2019 n.º 2

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>

HOSTIGAMIENTO

El objeto de reproche penal no corresponde a censurar el discurso de odio como tal, sino que el mismo haya sido un mecanismo para hostigar a grupos vulnerables o a sus integrantes

Al no casar el fallo impugnado, ratificando así la absolución del procesado por el delito de *Hostigamiento*, la Sala estimó esencial referirse a los antecedentes nacionales e internacionales de este tipo penal, y particularmente a la interacción entre el derecho fundamental a la *libertad de expresión* y el denominado *discurso de odio*. Igualmente analizó, en el caso concreto, la carencia de aptitud de las afirmaciones cuestionadas para comportar un riesgo comunicativo orientado a producir daño en grupos vulnerables o a sus integrantes, así como la ausencia del elemento subjetivo en el actuar del enjuiciado, en tanto que se consideró que no tuvo la intención de utilizar sus expresiones como instrumento de persuasión o incitación para que la comunidad los atacara física o moralmente.

SP112-2019 (48388) del 30/01/19

Magistrados Ponentes:

Patricia Salazar Cuellar
Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

HOSTIGAMIENTO - Elementos: sujeto activo, puede ser cualquier persona ||
HOSTIGAMIENTO - Tipo penal monosubjetivo

«El artículo 134B del Código Penal acuña la expresión “*el que*”, esto es, se trata de un tipo penal **monosubjetivo**, pues para su configuración basta un solo sujeto, lo que no descarta las diversas formas de autoría, coautoría y participación criminal, e indeterminado o común, habida cuenta que no se requiere de cualificación para la realización de la conducta, dicho de otra manera, **cualquier persona puede incurrir en ella**, siendo la condición de servidor público tan sólo una circunstancia de agravación punitiva contenida en el art. 134 C num. 3º ídem».

HOSTIGAMIENTO - Elementos: sujeto pasivo cualificado || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** sujeto pasivo, esfera individual o monosubjetiva || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** sujeto pasivo, esfera colectiva o plurisubjetiva

«Si se entiende al sujeto pasivo como el titular del interés protegido por el derecho que resulta perjudicado por la intervención del agente, en el caso del hostigamiento el bien jurídico posee una esfera individual o monosubjetiva cuando se refiere “*a una persona*”, y otra colectiva o plurisubjetiva al señalar a “*grupo de personas, comunidad o pueblo*”.

En todo caso, el **sujeto pasivo es cualificado**, en la medida en que la o las personas y demás colectivos enunciados, pertenecen a grupos que tradicionalmente se encuentran permeados por criterios sospechosos de discriminación, y que la misma norma establece a través de un sistema de numerus apertus: si bien, en principio, se establecen ciertas categorías como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideologías política o filosófica, orientación sexual o discapacidad, termina con un reenvío a las “*demás razones de discriminación*”.

Se reitera, si lo perseguido por una Ley Antidiscriminación como la que modificó el

Código Penal, es erradicar aquél fenómeno atentatorio de la igualdad y la dignidad humana, sólo pueden ser objeto de protección quienes, por efecto de negativos patrones estereotipados, de manera directa sufren en las relaciones sociales de poder.

Por ello, la preceptiva establece que los actos orientados a causar daño físico o moral a *“una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo”*, sean *“por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación”* [subraya la Corte en esta oportunidad].

HOSTIGAMIENTO - Elementos: verbos rectores, promover o instigar

«El comportamiento típico descrito en el art. 134 B del C.P. gira en torno a dos núcleos rectores: **promover o instigar**; razón para entender que se trata de un tipo penal compuesto disyuntivo, pero además de acción, en cuanto prevé una conducta positiva que determina una variación en el mundo exterior, vale decir, un hacer penalmente relevante.

Aquellos verbos transitivos, en su acepción más elemental, respectivamente significan: *“impulsar el desarrollo o la realización de algo”*, e *“inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa”*.

Lo anterior implica que la ilicitud conlleve una característica especial, como lo es la necesaria presencia de otra u otras personas (objeto material personal sobre el cual recae física y directamente la acción típica) que no requieren cualificación especial, destinatarias del comportamiento activo ejercido por el promotor o instigador, circunstanciado en la medida que se impulsa o induce la ejecución de “actos, conductas o comportamientos” encaminados a producir daños físicos o morales.

Siguiendo a la Corte Constitucional (CC C-091-2017) en su análisis dogmático del tipo en comento, *“[m]ás allá de las profundas discusiones filosóficas en torno a la acción humana, [los anteriores] son conceptos plenamente operativos para el sistema jurídico y ampliamente conocidos por sus destinatarios, como exteriorizaciones de la voluntad humana”*. De ahí que la Alta Corporación, de forma sintética y al concebir los términos como sinónimos, los aglutinó bajo la expresión *actos (entiéndase humanos)*».

HOSTIGAMIENTO - Configuración: un solo acto idóneo para causar daño es suficiente para su estructuración || **HOSTIGAMIENTO - Delito de mera conducta o peligro abstracto** || **HOSTIGAMIENTO - Penalización del riesgo comunicativo** || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** verbos rectores, la promoción o instigación puede adoptar diversas formas de comunicación || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** se penaliza el riesgo comunicativo de aquellos actos con la potencialidad de producir perjuicio físico o moral

«[...] si bien la literalidad del delito establece vocablos en plural: actos, conductas o comportamientos -o simplemente actos, a fin de prohiar la tesis acabada de citar-, adviértase que (como ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de otras normas de prohibición con estructura similar, v. gr. CSJ SP, 16 may. 2012, rad. 34661) el hostigamiento no se realiza a través de una multiplicidad de acciones vulneradoras del interés jurídico tutelado.

La explicación para la técnica legislativa empleada en la configuración típica surge nítida de la índole de las conductas que esta tipología de atentados estructuran y de la limitación que supone señalar cada uno de los actos que pueden dar lugar a la especie delictiva en comento.

Así, **la promoción o instigación puede adoptar diversas formas de comunicación.**

[...] Como quiera que dichos actos trascienden a cualquier aspiración de enunciación, es entendible que en la descripción de esta clase de delincuencia, se aluda a diversidad de prácticas orientadas por el sujeto agente a causar daños en razón a categorías sospechosas en un contexto de discriminación, quedan comprendidas dentro de ese ámbito, sin que esto signifique que deba concurrir una pluralidad de actos para de este modo perfeccionar la tipificación de la conducta. Vale decir, un solo acto idóneo para los menesteres indicados, actualiza el tipo penal del art. 134 B del C.P.

Por otra parte, en razón de la forma de afectación del bien jurídico apreciado por el legislador como principal, se trata de un punible de **peligro abstracto**, como quiera que **para su perfeccionamiento no se hace necesario la causación del daño perseguido con los actos promovidos o instigados**, esto es, basta con la manifestación del acto constitutivo de

hostigamiento, con independencia de que el sujeto pasivo sufra menoscabo. En palabras de la Corte Constitucional, se **penaliza el “riesgo comunicativo”** (CC C-671-2014) de aquellos actos con la potencialidad de producir perjuicio físico o moral, *“clave, en términos del principio de necesidad del derecho penal, para evitar que, en su aplicación, se castiguen conductas de poca relevancia jurídica”* (CC C-091-2017).».

HOSTIGAMIENTO - Elemento subjetivo especial: requiere identificar en el sujeto activo un perfil ideológico que le motive a instigar o promover la causación de daños a personas pertenecientes a los grupos protegidos por la norma || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** dolo genérico || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** dolo específico || **HOSTIGAMIENTO - No exige sistematicidad ni repetitividad para predicar la tipicidad objetiva**

«Ahora, desde el plano del tipo subjetivo, la realización de la ilicitud sub exámine ha sido concebida a través de una norma de conducta eminentemente dolosa. Pero más allá del **dolo típico** requerido para la configuración de la mayoría de los delitos previstos en el Código Penal (arts. 21 y 22 ídem), en el hostigamiento está presente un **elemento subjetivo especial del tipo**; esto es, se requiere de un **dolo específico** -ánimo o motivación en particular-, equivalente a un propósito concreto en el actuar del sujeto activo.

Así, dicha promoción o instigación (conducta típica) ha de ser cualificada por la **intención del sujeto activo**, ya que **i)** la persecución (promoción o incitación) ha de dirigirse a la finalidad de producir un daño; **ii)** éste debe proyectarse sobre una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías previstas en la norma y tradicionalmente discriminadas y **(iii)** se requiere un componente subjetivo o móvil, en la medida en que la acción, precisamente, tenga por causa la condición del grupo o su pertenencia a éste.

A ese respecto, la Sala ha de precisar que si bien **el tipo penal no exige sistematicidad ni repetitividad en el comportamiento para predicar la tipicidad objetiva**, no es menos cierto que, por su estructura y objeto de protección -que trasciende la esfera individual y se proyecta a la tutela de intereses colectivos, representados en la dignidad e igualdad de grupos vulnerables-, el hostigamiento implica

que en el sujeto activo, pese a ser indeterminado, ha de identificarse cierto **patrón ideológico** que le motive a instigar o promover la causación de daños a personas pertenecientes a los grupos protegidos por la norma. Como se extrae de la jurisprudencia del TEDH citada con antelación (num. 4.1.2 supra), cuando se acude a discursos de odio como medio o herramienta para hostigar, en el hostigador ha de reconocerse un **perfil**.

Y ese **perfil**, en el caso colombiano, es el elemento que permite establecer, de un lado, si el sujeto activo, consciente y voluntariamente, pretendía, más allá de expresarse en términos desobligantes y discriminatorios, utilizar su discurso como medio de instigación para dañar a los sujetos pasivos de la conducta típica.

Acudiendo a los ejemplos del TEDH (num. 4.2.1 supra), es fácil ver cómo en los sujetos activos se predica su pertenencia a grupos o ideologías que motivaron sus discursos, entre otros,: i) integrantes de grupos xenófobos; ii) miembros de sectas religiosas; iii) presidentes de partidos políticos; iv) militantes de grupos parlamentarios de ideología nacionalista; v) letrados, escritores, artistas y editores de periódicos antisemitas; vi) cabezas de partidos políticos de extrema derecha y v) afiliados a organizaciones juveniles homofóbicas.

De ahí que, para la acreditación del dolo específico en el hostigamiento, no sea suficiente verificar en el agente una mera intención de ofender a integrantes de un grupo vulnerable, sino que **deba identificarse un perfil ideológico** que lo motive a atacar a determinado grupo, que sea congruente con la incitación o promoción en terceros de actos destinados a causarles daño físico o moral».

HOSTIGAMIENTO - No se configura || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** las expresiones odiosas per se no determinan la responsabilidad penal || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** supone una dinámica comunicativa indirecta || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** no es conducta punible, por sí misma, el discurrir en términos de odio || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** lo sancionable es el acto de incitación desplegado con una intencionalidad concreta de causar daño a otros, por motivos de discriminación || **HOSTIGAMIENTO - Elementos:** dolo específico, supone la intención concreta del sujeto activo de constituir sus palabras o actos de promoción o

instigación a terceros, como instrumento de determinación para atacar a la persona o grupo de personas || **HOSTIGAMIENTO - Criterios para juzgar el discurso de odio:** intencionalidad del emisor || **HOSTIGAMIENTO - Criterios para juzgar el discurso de odio:** aceptabilidad en el receptor || **HOSTIGAMIENTO - Criterios para juzgar el discurso de odio:** situacionalidad || **HOSTIGAMIENTO - Criterios para juzgar el discurso de odio:** intertextualidad || **HOSTIGAMIENTO - No se configura:** evento en que el enunciado no implicó un riesgo comunicativo apto para hostigar o atacar a grupos vulnerables o a sus integrantes

«[...] la Sala considera que, desde el plano objetivo, las expresiones del concejal acusado en la mencionada sesión, **ciertamente pueden catalogarse como un discurso de odio**. Ello, por cuanto, de un lado, el señor D se refirió a grupos vulnerables de una manera bastante ofensiva, peyorativa y displicente, sin consideración y respeto a la dignidad propia de su condición humana, desatendiendo también la misericordia, consideración y compasión mínimas que reclama el trato hacia personas en condición de vulnerabilidad por el desplazamiento; de otro, se dirigió contra grupos poblacionales que, por su condición de vulnerabilidad, pertenecen a las denominadas categorías sospechosas de discriminación, por motivos étnicos, raciales y socio-económicos.

Tal y como lo aludió el censor en su demanda, fueron dos los momentos en los que FAD se pronunció en la sesión: en un principio, cuando se refirió a las comunidades desplazadas, afrodescendientes y, especialmente, indígenas como *“cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial”*; en un segundo apartado, al solicitar que se defendiera el *“bien común”*, representado en la recuperación de la cancha de fútbol, que pretendía cederse al Resguardo Suratena.

En relación con el primer comentario, desplazados, afrodescendientes e indígenas son grupos minoritarios que poseen una vulnerabilidad histórica en punto de marginación y segregación. Y así se les ha reconocido por instrumentos de derecho internacional y del bloque de constitucionalidad incorporados al orden interno, teniéndoseles como categorías sospechosas de discriminación. En el presente caso existió una mención explícita respecto de un colectivo que entrañaba dos de aquellos criterios: indígenas y desplazados.

[...] la Corte difiere del Tribunal en punto de la atribución de los consabidos calificativos peyorativos. La invectiva del concejal D no recayó sobre la *“problemática que dichas comunidades han generado [a] nivel nacional e internacional”*. Del contenido objetivo del texto salta a la vista que el acusado etiquetó a indígenas, desplazados y afrodescendientes de ser unos **cánceres**. Tal calificativo, desde luego, tiene aptitud para herir el amor propio o la dignidad de los integrantes de esas comunidades (criterio de humillación que permite determinar la real existencia de un discurso de odio), como los aborígenes vinculados a la etnia Embera Chamí.

Sin embargo, la Sala ha de clarificar que la conducta penalizada por el art. 134 B del C.P. no es, simplemente, la de maltratar, ofender o referirse odiosa e intolerantemente a personas pertenecientes a ciertos grupos sociales históricamente discriminados, enlistados en la norma como sujetos pasivos del comportamiento típico. No. **Las expresiones odiosas, per se, no determinan la responsabilidad penal por hostigamiento**, como tampoco se sanciona penalmente el comportamiento discriminatorio en sí mismo considerado.

No todo acto de discriminación es delito en Colombia, como **tampoco es una conducta punible, por sí misma, el discurrir en términos de odio. La conducta típica del hostigamiento supone**, por una parte, una **dinámica comunicativa in-directa**, en el que el receptor de los actos de promoción o instigación no son las personas pertenecientes a los grupos vulnerables (destinatarios de un riesgo eventual de daño físico o moral, más que de las palabras odiosas del agente); por otra, una **intención concreta (dolo específico), verificable en el sujeto activo, de constituir sus palabras o actos de promoción o instigación a terceros, como instrumento de determinación para que éstos ataquen (perjudiquen física o moralmente)** a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su identidad de grupo (vulnerable y protegido). En suma, lo sancionable es el acto de incitación, desplegado con una intencionalidad concreta de causar daño a otros, por motivos de discriminación.

[...] a fin de verificar esa probable influencia que hayan podido tener las consabidas expresiones del acusado en la sesión del Concejo, así como para examinar si en aquél había una intención específica de persuadir a otros para que atacaran

a los integrantes de la población indígena alojada en la cancha de fútbol del municipio, ha de analizarse también la segunda intervención reprochada en la acusación, cifrada, según la Fiscalía, en una *“incitación a unirse en contra de dicha minoría étnica para defender el bien común”*.

Para lograr tal propósito, enseguida se reconstruirá el **contexto comunicativo** del discurso emitido por FAD, así como la significación de sus palabras y la trayectoria seguida por éstas. Además, habrá de establecerse si, al expresarse de tan cuestionada manera, el procesado efectivamente perseguía un manifiesto e inequívoco propósito de persuadir a otros para atacar a los indígenas desplazados instalados en la cancha de fútbol de Marsella. Se trata, en verdad, de juzgar el cuestionado discurso a la luz algunos **criterios pertinentes que determinan su textualidad**, como la **intencionalidad del emisor, la aceptabilidad en el receptor, la situacionalidad y la intertextualidad**.

Pues bien, desde la óptica de la **aceptabilidad** o impacto del discurso en los destinatarios, la recepción de las palabras del concejal D no puede medirse con un solo baremo, sino que debe tener en consideración las características propias de los receptores del mensaje -por ser estos los llamados a materializar el llamado **riesgo comunicativo**-. En su rol de orador, el procesado se dirigió -si bien concomitantemente- a dos audiencias distintas y diferenciables, con un perfil de receptividad disímil: por una parte, al Concejo Municipal de Marsella y a los demás servidores públicos participantes en la sesión; por otra, a la población en general.

La audiencia constituida por los concejales y la alcaldesa puede entenderse como una de naturaleza calificada. El marco situacional de la intervención del acusado viene dado por el carácter institucional y público de la discusión, determinado por las funciones constitucionales y legales asignadas tanto a la corporación administrativa como a sus integrantes. Así mismo, es un factor relevante el objetivo de la reunión.

De acuerdo con el art. 313-7 de la Constitución, a los concejos municipales corresponde reglamentar el uso del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

Por su parte, según el art. 315-5 ídem, son atribuciones de los alcaldes municipales presentar al concejo proyectos de acuerdo sobre, entre otras temáticas, planes y programas de desarrollo social y obras públicas. También, les asiste el deber de colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones y presentarle informes generales sobre su administración (num. 8º ídem).

En ese contexto, en la sesión ordinaria del 4 de agosto de 2012 del Concejo Municipal de Marsella -cuyo desarrollo fue registrado en el Acta N° 58-, el Presidente abrió espacio para que LJA, alcaldesa del municipio, acompañada por sus asesores técnicos, enterara a los concejales sobre asuntos relacionados con proyectos de inversión social y de obras públicas -relacionados con vivienda, vías, cultura, alumbrado público, empleo, nuevas tecnologías, planeación, ordenamiento territorial, gasto público e inversión social-. Luego de discutir sobre el avance de distintos proyectos, el concejal José Uriel Morales introdujo la temática de los indígenas alojados en la cancha de fútbol del municipio, con fundamento en una nota de prensa indicativa de que se cedería el terreno de la cancha para la construcción de casas.

En el acta se consignó el inicio de la discusión al respecto [...].

Tal intervención marca la **situacionalidad** del texto pronunciado por el acusado. Sus expresiones no fueron espontáneas, sino reacciones a intervenciones de sus colegas y la alcaldesa, quienes le antecedieron en el uso de la palabra en el marco de un debate, realizado en un escenario público-institucional para encontrar soluciones a la irregular instalación de los indígenas desplazados en un espacio público, así como a la problemática humanitaria que afectaba a aquéllos desde hace años, sin gestión suficiente por parte de las autoridades departamentales.

Desde la primera moción sobre el tema, la discusión se fijó con el propósito de encontrar una salida benéfica a la problemática vivida por los indígenas alojados en ese sitio, que también afectaba a la población del municipio. El concejal JUM clarificó, en esencia, que no se trataba de sacar a los indígenas de allí, como un fin autojustificado, sino de aliviar la situación precaria de habitación en que se encontraban.

La secuencia **intertextual** que de ahí en adelante empezó a tejerse sobre las aludidas temáticas muestra que los participantes del debate, en lo fundamental, explicitaron su opinión en torno a los dos puntos establecidos por el concejal M, manteniendo coherencia con los mismos.

Desde la óptica del ordenamiento territorial, la planeación, el presupuesto y la salubridad, la alcaldesa se refirió a las dificultades presupuestales y logísticas de la solución consistente en la reubicación.

[...] El concejal CG replicó por medidas de control para precaver la agravación de la problemática. Destacó que las familias damnificadas instaladas en la cancha se elevaron de nueve a cuarenta y dos. Luego, en términos también despectivos y censurables, aseveró que *“el pueblo se llenó de indígenas”*, por lo que, en su parecer, debía hacerse un censo y no admitirse el ingreso de un solo indígena más en los terrenos de la cancha.

A su turno, el acusado, luego de exteriorizar el desafortunado calificativo *“siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)”* -primer comentario (num. 4.3.1 supra)-, enseguida manifestó su posición sobre las posibles soluciones a adoptar. Si bien una vez más se refirió en tono despectivo a los indígenas, en su segunda intervención -fijada en la acusación como fundamento fáctico de imputación- llamó la atención sobre la necesidad de impedir la pérdida de espacios deportivos y recreativos para la población.

A ese respecto, el acusado dijo: *“todo el Concejo en pleno va a tener que estar muy atento a defender el bien común. Y si es que no hay recursos para comprar otro terreno, entonces que se construya otra cancha en el Alto Cauca”*. Y para la Corte, de esas palabras es dable inferir, desde la posición de un observador objetivo, que tácitamente el concejal D no apoyaba la alternativa de que los damnificados se quedaran definitivamente en la cancha, pero que si no se podía materializar la reubicación, por razones presupuestales, debía en todo caso crearse otro escenario apto para prácticas de recreación y deporte. Además, ha de destacarse otro elemento importante para evaluar el discurso a la luz de los criterios de **aceptabilidad e intencionalidad**, a saber: que esa advertencia la dirigió específicamente a sus colegas.

En este punto, el contenido objetivo del discurso difiere con uno de los fundamentos fácticos de la acusación, pues el procesado **no incitó** a los concejales a *“unirse en contra de esas minorías para defender el bien común”*. El texto objetivo, como se vio, es distinto, y a diferencia del **odioso etiquetamiento** de **“cánceres”**, dirigido a los indígenas, negritudes y desplazados, el *“segundo comentario”* simplemente fue una toma de posición frente a una problemática, justificada en la preservación de intereses de la comunidad a la que representaba, sin que, como más adelante se evidenciará, el procesado hubiera evitado proponer una solución a la precaria situación de vivienda en que se encontraban los damnificados.

La intervención del acusado no terminó allí. A continuación, FAD puntualizó:

“Ahora, en el sentido es que estoy de acuerdo con usted U y yo creo que todo el Concejo en pleno vamos a tener que estar muy atentos y muy preocupados para defender, porque ellos van decir que entonces el bien común, el bien común de esa cancha, perdón, es el corregimiento del Alto Cauca también. Vamos a estar muy atentos para defender el tema de que si es que no hay otra solución, así como resultaron los recursos para comprar un predio, entonces que antes de utilizar esa cancha para que se queden ahí, que ya esté construida la cancha nueva para el corregimiento del Alto Cauca.”

Al articular este último aparte con lo expresado inicialmente por el concejal procesado, se descarta la lectura dada por la acusación al llamado elevado por aquél. Bien se ve que, en lugar de invitar a *“unirse en contra de esas minorías”* -algo que no dijo- *“para defender el bien común”*, el señor D se enfocó en la defensa de un interés legítimo, cual es la preservación de espacios deportivos y recreativos para el disfrute de la población. Y esa posición, ya se verá, no fue para el acusado incompatible con la búsqueda de alivio para la problemática de los indígenas.

En cuanto al primer aspecto, a la luz del **criterio de intencionalidad**, en las palabras del FD no se evidencia el propósito de lograr una unión en contra de la minoría concernida y, de esa manera, defender el bien común. Así las cosas, mal podría sostenerse, a fin de acreditar el **dolo específico** requerido por el tipo penal de hostigamiento, que la defensa de un interés en cabeza de otras personas, distintas a los indígenas, mediante el llamado a sus colegas para evitar que el municipio se quedara sin

cancha de fútbol, implica la intención de que a aquéllos se les causara un daño por parte de los concejales en el ejercicio de sus funciones administrativas y reglamentarias. No podría entenderse que el daño a causar sería el desalojo de la cancha y la ubicación de los damnificados en otro sitio, pues ello sería una orden legítima compatible con el ordenamiento territorial.

De cara al segundo factor **-posición subjetiva del procesado** en relación con los intereses de los indígenas damnificados-, al acudir al **criterio de intertextualidad** se clarifica que la intención del concejal D no era la de abogar por un desalojo, simple y llanamente, por lo que mucho menos podría aseverarse con solidez que utilizó un discurso de odio para incitar o promover una persecución en contra de aquéllos por parte de los concejales, a través de la adopción de medidas tendientes a recuperar la cancha para su uso natural, dejando desprotegidos a los indígenas desplazados allí asentados.

En sustento de tal apreciación ha de subrayarse, de un lado, que la intervención del concejal D fue una interpelación a lo expuesto por JUM, quien al abrir el debate a ese respecto, según se reseñó con anterioridad, clarificó que no se trataba de querer sacar a los indígenas, sino de hallar una solución para ayudarlos. Entonces, si el acusado dijo expresamente estar de acuerdo con Uriel, ha de entenderse que **su intención no era la de perjudicar a la consabida población damnificada**, sino la de lograr un remedio a la problemática situación; eso sí, sin olvidarse de los intereses de la comunidad, en punto de recreación y deporte.

Por otra parte, el discurso del procesado también debe integrarse con una intervención posterior del mismo, que deja ver aspectos de su **intención**. Luego del llamado a defender el bien común, los concejales expresaron varias inquietudes, como que *“la comunidad también se va a pronunciar para que les ayuden, no a atacar a los indígenas, sino a recuperar los espacios perdidos en el Alto Cauca”*; que *“los predios del sector se desvalorizan”*; que *“la cancha está ahí pero no dejan que el resto de la comunidad la utilice”*; que en Marsella se podía aplicar la política conocida como Plan de Vida: *“una especie de plan de desarrollo donde se limita el territorio, la cultura y después de estar elaborado ese plan llegan los recursos”*; que a los indígenas los protege una legislación especial y hay que tener cuidado con las palabras con que se les trata, así

como que *“los indígenas son parte del municipio y se puede llamar a su gobernador para que la UMATA les brinde asesoría”* y que la población en general y el concejo quieren ayudar a la comunidad indígena. Después se perdió el hilo discursivo para discutir sobre la maquinaria y la volqueta del municipio, pero se retomó por parte de la alcaldesa el tema de mejoramientos de vivienda y reubicación, con apoyo del programa Red Unidos.

[...] al **contextualizar** las intervenciones del acusado en el escenario del debate, considerando el objeto del mismo, siguiendo la dinámica de la discusión y reconstruyendo las **conexiones intra e intertextuales de su discurso**, para la Sala, **el llamado a la defensa del bien común no comportó acto alguno de incitación o promoción** dirigido a los concejales, para que perjudicaran a los indígenas desplazados. Además, **no se advierte ninguna intención dañina** en ese *“segundo comentario”* censurado en la acusación. Tampoco es sólido afirmar que el llamado a defender el bien común -el cual, según el procesado, debía garantizarse a través de la conservación de la cancha para su disfrute por la comunidad o de la construcción de una nueva si los indígenas se quedaban allí definitivamente- entrañaba una probable aptitud para que la audiencia calificada (concejales y alcaldesa), se vieran determinados a adoptar medidas para causar perjuicios físicos o morales a los indígenas.

Salvo en regímenes totalitarios, no es común que servidores públicos con potestades administrativas y reglamentarias, pertenecientes a una corporación administrativa de elección popular, supervisados permanentemente por la opinión pública, propendan por la adopción de medidas que han de justificarse en términos constitucionales y legales, para materializar intenciones de perseguir a minorías, a fin de causarles daños físicos o morales. Además, las mismas reacciones a lo dicho por el acusado muestran que, **pese al lamentable y odioso etiquetamiento, sus opiniones para nada implicaban un riesgo comunicativo con capacidad de incitar** a sus colegas y a la alcaldesa **a hostigar a la comunidad** Suratena instalada en Marsella ni, mucho menos, **a atacar** en forma genérica a indígenas, desplazados y afrodescendientes. Esto último se evidencia en reacciones de los participantes del foro, como invitaciones a la prudencia en el uso de las palabras, la mención de planes de desarrollo que

incluyan a los indígenas, la propuesta de invitar al gobernador indígena para discutir sobre la solución a la problemática y la manifestada intención tanto del concejo como de la comunidad en general de ayudar a aquéllos; todo ello, expresado después de la intervención del procesado.

Esto, para los efectos del juicio de adecuación típica, permite concluir, en síntesis, que en relación con el segundo fundamento fáctico de imputación, el acusado **no desplegó acto de incitación** alguno para unirse en contra de la consabida minoría, “*en defensa del bien común*”.

Pero no sólo eso, en lo concerniente a la valoración del primer comentario objeto de reproche -“*desplazados, negritudes e indígenas son cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)*”-, los criterios de análisis del texto hasta aquí aplicados dejan ver que, de cara al análisis de la recepción del discurso por la audiencia no calificada (la población marsellense), tales expresiones (en lo objetivo compatibles con elementos definitorios del discurso de odio) no comportan en el procesado una intención de haber querido usarlas como instrumento de persuasión o incitación para que la comunidad atacara física o moralmente a los miembros del resguardo alojados en la cancha.

En efecto, al develarse que la referencia del procesado a la defensa del bien común no implicó ninguna incitación a perseguir u hostigar a la minoría concernida, así como que esa alusión fue dirigida exclusivamente a los concejales, queda en evidencia que la única referencia que comunicativamente pudo ser dirigida a la comunidad de Marsella, en virtud de la publicidad de las sesiones del Concejo Municipal, fue el enunciado “*siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial (sic)*”.

[...] Sostener que las palabras del concejal procesado pudieron influir en sus representados -electores y no electores- en propagar prácticas de discriminación y exclusión en contra de los indígenas, así como que aquél creó o acrecentó un riesgo de segregación apto para motivar o inducir a los habitantes a hostigar a los indígenas desplazados en la zona no sólo **es especulativo**, sino que desbordaría los límites objetivos que impone el juicio de adecuación típica en acatamiento de los parámetros fijados en el art. 134 B del C.P., incurriendo en reproches de otro

orden, que si bien son legítimos, no pueden justificar la punibilidad de la conducta.

En primer lugar, es insostenible imputarle al acusado responsabilidad por manifestaciones de otros concejales que, igualmente, podrían ser calificadas de ofensivas o desconsideradas con los indígenas de la comunidad Suratena, como tampoco podría atribuírsele a aquél intención alguna, por las opiniones de sus colegas. Una cosa es que los enunciados emitidos por el concejal D hayan de contextualizarse, pero otra muy distinta es que, violando el principio de responsabilidad penal individual, aquél sea juzgado por lo que dijeron otros.

En segundo término, no puede exacerbarse el reproche a fragmentos ofensivos del discurso pronunciado por el acusado, para descalificar a toda costa **manifestaciones que están protegidas por la libertad de expresión**. Sobre ese particular, mal podría censurársele a aquél haber “*acusado*” a los indígenas de la etnia Embera Chamí de haber derribado sus casas para asentarse en los alrededores de la cancha, porque sabían que les iban a dar casa nueva. Un tal enunciado no corresponde a una opinión en estricto sentido, sino a la transmisión de un hecho (faceta informativa de la libertad de expresión), que tan sólo puede descalificarse si hay evidencia de haber faltado al deber de veracidad. Mas en las sentencias de instancia no se acredita que esa proposición fáctica no correspondiera a la realidad, pues la actividad probatoria de la acusación no se ocupó de ello.

Y si bien puede resultar odioso decir que “*esos indígenas no fueron los que lucharon por nosotros, sino unos indígenas distintos*”, habiéndose clarificado que **la intención y la propuesta del procesado nunca fue la de perjudicar a los damnificados** instalados en la cancha con medidas lesivas de sus derechos, sino que los ubicaran en otro lugar o, si se quedaban allá, garantizar que se construyera otro escenario deportivo, mal podría decirse que tal enunciado es una defensa de la exclusión y la segregación.

En tercer orden, es exagerado sostener que fueron las opiniones expresadas por el acusado las que dieron génesis a conductas discriminatorias en contra de los indígenas por los habitantes del pueblo.

[...] Con todo, luego del análisis hasta aquí consignado, la Sala corrobora que en el acusado **no se presentó la intención** de que sus palabras

-eso sí, ofensivas y reprochables, pero **insuficientes para entenderse como un acto de instigación o promoción de hostigamiento**- fueran catalizador para que la población atacara a los indígenas. De suerte que tampoco es dable afirmar tipicidad subjetiva especial en su actuar.

[...] En conclusión, por las anteriores razones, el **juicio de tipicidad es negativo**, tanto en los aspectos objetivo como subjetivo, razón suficiente para descartar la responsabilidad penal del acusado como autor de hostigamiento. Por consiguiente, la alegada violación directa de la ley por falta de aplicación del art. 134 B del C.P. carece de fundamento, sin que tampoco haya lugar a casar la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, fundada en error de hecho por falso juicio de identidad, por cuanto la supuesta falta de apreciación de pruebas recae sobre un resultado típico no exigido por el tipo penal en cuestión.

Así, entonces, es clara la falta de prosperidad de los cargos formulados en la demanda de casación, por lo que la sentencia no habrá de casarse».

HOSTIGAMIENTO - Configuración: Es necesario efectuar un juicio de idoneidad o adecuación para que el enunciado se entienda como un riesgo comunicativo apto || **HOSTIGAMIENTO - Configuración:** el objeto de reproche penal no corresponde a censurar el discurso de odio como tal, sino que el mismo haya sido un mecanismo para hostigar a grupos vulnerables o a sus integrantes || **HOSTIGAMIENTO - No se configura:** evento en que el enunciado no implicó un riesgo comunicativo apto para hostigar o atacar a grupos vulnerables o a sus integrantes

«Con ese panorama, normativa y fácticamente es claro que el **mensaje emitido** por el acusado - que los indígenas, negritudes y desplazados son unos cánceres- **indirectamente llegó a la población**. Empero, al **hacer el juicio de idoneidad o adecuación para que el enunciado se entienda como un riesgo comunicativo apto para que los indígenas** del Resguardo Suratena **fueran hostigados** por los receptores de dicha locución -miembros de la comunidad marsellense-, la Sala ha de recalcar que **a tal proposición lingüística no se le puede adjuntar** el supuesto llamado a *“unirse en contra de esa minoría para defender el bien común”*,

como equivocadamente se consignó en la acusación.

De suerte que **i)** no habiendo existido una tal invitación a unirse en contra de la plurimencionada minoría; **ii)** quedando claro que el procesado abogó por la defensa de un interés jurídico colectivo legítimo, cifrado en garantizar que no se perdiera un espacio público deportivo para disfrute de la comunidad y **iii)** que la alusión a la defensa del bien común fue una proposición dirigida a los concejales para que impidieran que el municipio se quedara sin escenarios deportivos, el enunciado a juzgar en su aptitud para instigar o promover actos de hostigamiento únicamente es el de *“siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno como los desplazados, negritudes e indígenas, que son tres cánceres que tiene el gobierno nacional y mundial”*.

En esos términos, en sí mismo considerado, **dicho enunciado para nada constituye una invitación expresa a atacar a nadie**. Y al margen de lo ofensivas y censurables que puedan resultar tales palabras desde la perspectiva de los derechos humanos (cfr. num. 4.3.1 supra), **el objeto de reproche penal, se itera, no corresponde a censurar el discurso de odio como tal, sino que el mismo haya sido un mecanismo para hostigar a grupos vulnerables o a sus integrantes**. Con esas palabras, el procesado **no incitó, promovió, indujo ni exhortó a nadie para infligir daño alguno** en contra de los indígenas desplazados de la comunidad Suratena, por lo que **mal podría equipararse su expresión oral a la conducta típica**.

Tampoco, para la Sala, hay fundamentos fácticos sólidos y atinados para sostener que, implícitamente, el concejal D incitó o promovió en los pobladores el deseo de perseguir o atacar a dicha minoría».

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA - Improcedencia: necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de conciliación || **INJURIA - No se configura:** las manifestaciones abstractas, genéricas e imprecisas no vulneran la honra y el buen nombre

«No sobra precisar, igualmente, que si bien en el juicio de adecuación típica se identificó la emisión de expresiones que podrían resultar **injuriosas** y, por esa vía, afectar el bien jurídico de la integridad moral, en el presente caso está

cerrada la posibilidad de analizar una posible variación de la calificación jurídica para examinar la responsabilidad penal por el delito de injuria. Ello por cuanto existe un **inhibidor procesal** para ello, derivado de la **falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación pre-judicial** para perseguir penalmente al señor D por esa conducta punible (arts. 74-2 y 522 inc. 1° del C.P.P.). En ese aspecto, como titular de la potestad de acusación, la Fiscalía decidió investigar y acusar al procesado por los conocidos hechos, dentro de los contornos del delito de hostigamiento, debiendo asumir las consecuencias de dicha determinación. Además, aun superando hipotéticamente tal impedimento, la Sala considera que el etiquetamiento como **“cánceres”**, dirigido a indígenas, negritudes y desplazados **no cumple con las exigencias de determinación** del sujeto pasivo previstas en el art. 220 del C.P.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte (cfr., entre otras, CSJ AP1705-2017, rad. 49.200; SP 5 dic. 2016, rad. 45.215 y SP 10 jul. 2013, rad. 38.909), la **imprecisión** de opiniones, que **impide deducir un destinatario directo y específico** de los señalamientos, en tanto titular de un bien jurídico de carácter individual, descartan la potencialidad de perpetrar un verdadero daño en el **patrimonio moral** de quienes podrían sentirse aludidos por las palabras del sujeto activo, dada la **indeterminación** de su contenido. Ello, en la medida que las **manifestaciones abstractas, genéricas e imprecisas** hacen que las mismas no sean aptas para afectar la honra o el buen nombre de alguien en particular».

(Texto resaltado por la Relatoría)

ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR

Su configuración se produce a través de medios distintos a la violencia física o moral

Al arribar a la determinación de inadmitir la demanda de casación, la Sala encontró importante recordar que el tipo penal de *Acceso Carnal o Acto Sexual en Persona Puesta en Incapacidad de Resistir*, se materializa a través de medios distintos a la violencia física o moral.

Adicionalmente efectuó algunas precisiones sobre la apreciación del testimonio del perito en relación con esta clase de comportamiento.

AP5195-2018 (53910) del 5/12/18

M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial: testimonio del perito, alcance cuando examina lo expuesto por otro experto || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO - Prueba pericial:** testimonio del perito, apreciación || **ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA**

PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - No se configura || ACCESO CARNAL VIOLENTO - Diferente al acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir || ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL EN PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR - Configuración: se produce a través de medios distintos a la violencia física o moral || **JURISPRUDENCIA - Precedente:** no puede utilizarse en casos de falta de analogía fáctica || **DERECHO A LA INTIMIDAD - No se vulnera**

«[...] dice la demandante, en otro apartado de los errores fragmentarios postulados, que el Tribunal no debió hacer valer lo expresado por el psiquiatra Ricardo Mora Izquierdo, dado que no tuvo contacto directo con las víctimas.

Empero, pasó por alto que el Tribunal examinó esa misma crítica y señaló cómo no opera para el caso específico del profesional en cuestión, dado que **este fue presentado por la defensa con el fin de examinar lo expuesto por uno de los peritos de la Fiscalía**, Víctor Oswaldo Peña.

A más omitir fundamentar su crítica dentro de los parámetros de la casación, esto es, definir si lo que busca es demostrar ineficaz la prueba o poner en entredicho los métodos o conclusiones del experto, la recurrente elude referirse a las razones ofrecidas por el Ad quem, en cuanto, acogió lo expresado por el perito de la defensa en

torno del escaso efecto de la prueba allegada por la Fiscalía, entre otras razones, porque **el examen del profesional Mora Izquierdo no tenía por objeto detallar si la afectada pudo o no estar en imposibilidad de resistir** cuando ejecutó las conductas sexuales reprochadas por la Fiscalía al acusado.

En este sentido, la Corte debe destacar que los psicólogos encargados de evaluar a las víctimas, presentados por la Fiscalía para hacer valer su dictamen, no dirigieron su estudio a definir las condiciones en que se hallaban las afectadas cuando se presentaron los hechos finalmente denunciados, sino a verificar las condiciones psicológicas de estas para el momento del examen.

De allí que en la sentencia se hiciera énfasis en que **por medio de dichos peritos no era factible demostrar el elemento nuclear del tipo penal, referido a la incapacidad de resistir**, ni se podía concluir que las afectaciones detectadas no fueran consecuencia ex post, remitida a la exposición en medios y efectos de lo ocurrido.

Lo cierto, entonces, es que **la Fiscalía**, sostuvo el Tribunal, **no presentó ninguna prueba que efectivamente demostrara la circunstancia particular en la que se soporta el tipo penal atribuido al procesado**, bien porque de lo dicho por las afectadas se colige algo distinto, ya en atención a que los profesionales encargados de determinar el tema de consciencia y voluntad no son lo suficientemente **idóneos**, fueron descalificados adecuadamente por otros peritos o se enfocaron en un aspecto distinto.

Al parecer debido a dicha imposibilidad es que la impugnante quiere utilizar como base de su tesis una **jurisprudencia** que con mucho **se aparta del caso concreto**, buscando significar similares la **condición de la víctima que es objeto de violencia como medio para vejarse sexualmente**, de las circunstancias particulares que gobiernan el mismo tipo de agresión en **quien es puesto en incapacidad de resistir**.

Para la Sala es claro que la **falta de analogía fáctica** impide utilizar dicho **precedente** como argumento efectivo en el caso concreto, pues, **si bien pueden hermanarse los efectos**, esto es, la **voluntad doblegada que impide oponerse a la acometida sexual**, es lo cierto que **los medios son hartamente diferentes** y es precisamente a ellos que se acude, por las instancias, para advertir **inexistente algún tipo de conducta concreta**

que por sus efectos pudiera entenderse adecuada o suficiente en el cometido de obtener ese **estado de incapacidad de resistir**.

Incluso, si se mira bien la amplia argumentación presentada por la Fiscalía para soportar su postura, en el fondo se observa que se **busca mejor acudir a la violencia moral** para fincar allí el supuesto estado de postración de las afectadas que las llevó a aceptar los requiebros sexuales del acusado.

Ello no solo desdice del tipo penal objeto de acusación y solicitud de condena, sino que desconoce las particularidades de cada conducta, en el entendido evidente que **la persona puesta en incapacidad de resistir lo es por medios distintos a los de la violencia física o moral**.

Por último, deja deslizar el casacionista que se pudo haber violado la intimidad de las afectadas cuando el Ad quem se refirió a sus romances o vínculos sexuales con otras personas.

[...] Independientemente de ello, es lo cierto que el Tribunal de manera expresa se refirió al tópico de la prohibición de referirse a aspectos personales de las víctimas, para señalar que sus manifestaciones no se utilizan como forma de descalificarlas o poner en entredicho su sexualidad, sino apenas a título de elemento objetivo con el cual advertir que tenían posibilidad de elección en la materia, esto es, que no existía un sojuzgamiento tal, en términos de la incapacidad de resistir, que solo atendieran a los designios del acusado.

En ello no advierte la Corte algún tipo de incorrección o vulneración de la intimidad que obligue dejar de considerar dichos aspectos para la definición del caso concreto, porque, además, el estudio efectuado en las instancias superó el examen de proporcionalidad a que alude la Corte Constitucional en la Sentencia T-453 de 2005, para determinar cuándo resulta válida *“la introducción de una postura relativa al comportamiento sexual previo de una víctima de un delito sexual”*, bajo el entendido que el derecho a la intimidad no es absoluto, máxime si el juez debe ponderar, a la vez, la vigencia del derecho a la defensa del implicado.

En fin, que a los muchos y muy profundos análisis realizados por el Tribunal para confirmar la decisión de absolución, no opone la demandante un argumento contundente que permita evidenciar algún vicio con la magnitud

suficiente para derrumbar la doble connotación de acierto y legalidad que reviste la sentencia atacada en esta sede, motivo por el cual, de conformidad con lo solicitado por la parte no recurrente, **se inadmitirá el cargo y en general la demanda**, toda vez que la Sala no observa en

el trámite del proceso o lo consignado en los fallos, violación de garantías que reclame su intervención oficiosa».

(Texto resaltado por la Relatoría)

PREVARICATO POR ACCIÓN

Evento en que concursa materialmente con el delito de abuso de función pública

Para confirmar en segunda instancia la sentencia condenatoria del Tribunal, la Sala tuvo ocasión de precisar que el delito de *Prevaricato por Acción* sí puede concursar materialmente con el de *Abuso de Función Pública*, cuando la imputación versa sobre dos conductas diferenciadas. En el caso analizado, la primera consistió en la asunción sin competencia de un trámite constitucional de *Hábeas Corpus*, y la segunda, en la definición judicial del asunto mediante una decisión manifiestamente contraria a la Ley.

SP4896-2018 (53606) del 07/11/18

M. P. Eugenio Fernández Carlier

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Se estructura: en los eventos en que el servidor desempeña funciones ajenas a su cargo con pleno conocimiento de ello y de la antijuridicidad de su proceder || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Evento en que concursa materialmente con el delito de abuso de función pública** || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Diferente al delito de abuso de función pública** || **PREVARICATO POR ACCIÓN - Elementos:** elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), decisión en hábeas corpus || **ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA - Se configura:** cuando se asume conocimiento sobre una acción de hábeas corpus sin tener competencia para ello

«Como se recordará, ASL fue acusada por dos conductas que realizó en su condición de Juez Primera Penal Municipal [...]:

Una inicial consistente en **asumir competencia para conocer de una acción de hábeas corpus** que, según la Ley 1095/2006 y el examen de constitucionalidad que de ésta realizó la sentencia C-187/2006, correspondía a los jueces del distrito de Bogotá. En ejercicio de esa función ajena, tramitó y decidió la solicitud de protección del derecho a la libertad de locomoción, comportamiento que, como antes se indicó, se adecuó a la descripción típica contemplada en el artículo 428 del C.P.

Y, una conducta posterior que consistió en **dictar, en dicho trámite, un fallo que violó, de modo manifiesto, varios preceptos legales**, entre otros el artículo 1 de la precitada ley porque, de una parte, la captura de FPP fue legal, conforme al artículo 509 del C.P.P. que permite al Fiscal General de la Nación decretar esa medida contra un requerido en extradición, y, de la otra, no habían vencido los términos que hacían procedente la libertad del capturado, según el artículo 511 ibídem, por lo que tampoco se configuraba una prolongación ilícita de la detención. Además, ese primer artículo resultó infringido cuando **concedió el hábeas corpus**, no obstante la acción se había promovido, sin éxito, en 3 oportunidades, **desconociendo así la prohibición de intentarla más de una vez**.

Este último comportamiento configuró el delito de **prevaricato por acción**, que comete “*el servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley,...*” (art. 413 C.P.), acompañado por una circunstancia específica de agravación punitiva, porque la decisión ilegal de la acusada consistió en conceder la libertad a un ciudadano colombiano, en un trámite administrativo-judicial de extradición por delitos de narcotráfico (art. 415, ibídem).

Esos hechos que, como al inicio se advirtió, se encuentran debidamente demostrados porque fueron aceptados por la acusada al negociar su culpabilidad y el Tribunal verificó la existencia de la prueba mínima de responsabilidad que habilitó la aprobación del preacuerdo celebrado con la Fiscalía (art. 327 C.P.P.), sin que los mismos sean objeto de discusión en el recurso de apelación que se analiza; constituyeron, sin duda alguna, **dos formas distintas de vulneración del mismo bien jurídico -administración pública-**, por lo que la procesada incurrió en un **concurso material de conductas punibles**.

Ahora bien, con base en citas parciales de algunas decisiones de esta Corte y sin establecer la analogía fáctica de cada una de ellas con el asunto que se juzga, la recurrente asegura que el **concurso de delitos** por el cual se condenó a ASL, es **de naturaleza aparente**, por cuanto el prevaricato por acción subsumiría el abuso de función pública. A continuación, entonces, se examina cada uno de esos pronunciamientos, anticipando desde ya que ninguno conduce a la tesis que pregona la procuradora judicial.

[...] Examinados los antecedentes jurisprudenciales invocados por la recurrente, se observa que en todos ellos la acusación -y la condena- se circunscribe **a una conducta**: la toma de una decisión por un funcionario público, cuya relevancia típica devino, en unos casos, de que aquélla era manifiestamente ilegal y, en los otros, de que éste carecía de competencia para esa actuación. En tales eventos, la Corte, luego de advertir las diferencias entre los delitos, determinó que en las primeras hipótesis se configuraba el de *prevaricato por acción*, mientras que en las últimas el de *abuso de función pública*.

Ahora bien, como lo indicó la delegada del Ministerio Público, en uno de los eventos calificados por la jurisprudencia como prevaricato (SP672-2017, ene. 25, rad 45312), se advirtió que si el contenido de la resolución, dictamen o concepto contrariaba la ley de manera manifiesta y, adicionalmente, el servidor público que la profirió carecía de esa competencia específica, no había lugar a imputar el concurso con *abuso de función pública*, porque éste sería aparente. En efecto, se trataría de una sola conducta, que vulnera el mismo bien jurídico (administración pública) y el *prevaricato* es un delito más grave, por lo que subsume la ilegalidad

originada en la falta de competencia. Así se indicó en esa ocasión:

De manera que la falta de competencia se constituye en un elemento más de la ilegalidad de la decisión, por ello se ha de considerar el delito de prevaricato no sólo por castigar con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico, sino porque reprime de manera más precisa y completa el comportamiento de la enjuiciada. Esa invasión de funciones ajenas tendría un carácter secundario a la de emitir el acto contrario al ordenamiento.

Sin embargo, esa regla no es aplicable a la situación de ASL, porque los casos que aquélla gobernó no guardan analogía fáctica con el presente, en el que la acusación -y la condena- **imputó no una sino dos conductas perfectamente diferenciables: la primera, consistió en asumir el conocimiento de un hábeas corpus siendo incompetente** y, a partir de ello, ejecutó actos de trámite y de decisión; y, **la segunda, acaeció cuando el contenido de este último -el fallo- fue ostensiblemente ilegal**.

[...] Conforme a todo lo anterior, si la juez acusada hubiese limitado su comportamiento -doloso- a tramitar -sin competencia- el hábeas corpus promovido en favor de FPP, como lo hizo a través del auto que dictó el 16 de octubre de 2017 a las 9 a.m., y a decidirlo conforme a la ley, aquél se adecuaría, únicamente, al delito de **abuso de función pública**. Pero, como quiera que el **trámite finalizó con un fallo abiertamente ilegal**, proferido en la citada fecha a las 5:00 p.m., realizó también la **descripción típica del prevaricato por acción**. Dichas **conductas, en efecto, se advierten como independientes**, tanto en el plano ontológico como en el jurídico, y así fue aceptado por las partes en el preacuerdo que celebraron.

En conclusión, comoquiera que los fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios de la sentencia de primera instancia, son acertados y legales; **se confirmará la decisión condenatoria y sus consecuencias punitivas**, tal y como lo solicitó la delegada de la Fiscalía».

(Texto resaltado por la Relatoría)

REPARACIÓN

El momento procesal en que se materializa es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo

La Sala casó parcialmente el fallo impugnado por advertir, entre otros aspectos, la necesidad de re-dosificar la pena impuesta. Para ello, consideró preciso recordar que el porcentaje de disminución punitiva derivada de la aplicación del artículo 269 del Código Penal, relativo a la *reparación*, está condicionado al interés exhibido por el acusado en cumplir con el resarcimiento, enfatizando que el *momento procesal* en que se materializa es un parámetro indispensable para su cálculo.

SP4776-2018 (51100) del 7/11/18

M.P. Eyder Patiño Cabrera

TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal: requisitos, que la reparación se haga antes de dictarse sentencia de primera o única instancia || **REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal:** la disminución punitiva está condicionada al interés mostrado por el acusado en cumplir con la reparación de derechos || **REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal:** dosificación punitiva || **REPARACIÓN INTEGRAL - Participación del Juez** || **REPARACIÓN - Alcance del artículo 269 del Código Penal:** el momento procesal en que se materializa es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo

«Se debe comenzar por recordar que la condena impuesta a PERR es producto de un preacuerdo suscrito por la Fiscalía, donde éste aceptó su responsabilidad como coautor de los delitos por los cuales se le formuló acusación, a cambio de que se le degradara la participación a cómplice respecto del delito contra el patrimonio económico, por ser el más grave.

Como quiera que la falladora de primer grado no dio aplicación a la **rebaja por reparación**, el Tribunal, al revisar por vía de apelación la inconformidad de la defensa frente a esa

negativa, concluyó que las víctimas sí fueron **indemnizadas integralmente** y, por tal razón, era procedente reconocer el mínimo descuento del 50%.

[...] el censor eleva su reclamo, pues considera que el Ad quem desconoció los criterios y pautas jurisprudenciales, porque únicamente tomó en cuenta el lapso transcurrido entre la comisión del delito y el momento de la indemnización, sin atender que ésta se materializó 15 meses después de la ocurrencia de los hechos, pero con bastante antelación al fallo de primera instancia y, por ello, no se debió reconocer el mínimo de la rebaja, sino el 70%.

En sustento de esa pretensión, evoca la decisión emitida por esta Corporación, el 13 de noviembre de 2013, dentro del radicado 41464 [...].

[...] De los anteriores pronunciamientos se deriva, que **el descuento consagrado en el canon 269 del Código Penal**, para delitos contra el **patrimonio económico, está condicionado al interés mostrado por el acusado en cumplir pronta o lejanamente, total o parcialmente, con la reparación de derechos vulnerados a las víctimas**. Bajo ese criterio, en ambos casos, la Sala estimó pertinente aplicar un descuento del 60%, en atención al tiempo que transcurrió entre la fecha de los hechos y los actos de reparación, así como las actuaciones que se agotaron en ese lapso, sin dejar de lado las circunstancias que rodearon cada asunto y el desgaste que implicó para los perjudicados.

Lo anteriormente expuesto permite afirmar que, **el momento de la actuación procesal en que se materializa la reparación, es un referente indispensable para calcular el porcentaje de descuento punitivo**, porque permitirá medir, a partir de la ocurrencia de los hechos y hasta antes de la emisión de la sentencia, **la voluntad del acusado en resarcir el daño causado** a las víctimas y así lo viene ratificando la Sala de manera consistente.

[...] Al ponderar los anteriores derroteros con lo acaecido en el asunto que se examina, la Sala constata que, tal como lo postula el demandante, el Tribunal desacertó al aplicar el porcentaje mínimo del 50% de descuento, porque es evidente que el acto indemnizatorio no tuvo lugar en el último momento permitido, esto es, previo a la emisión de la sentencia de primera instancia.

Sin embargo, la razón no está totalmente del lado del casacionista, porque si los acontecimientos datan del 18 de marzo de 2012 y la reparación se produjo en el mes de junio de 2013, como se evidencia en los memoriales suscritos por los ofendidos, no es posible considerar que dicho acto se produjo en fecha cercana a los hechos, como bien lo acotó la representante del Ministerio Público, si se tiene en cuenta que en ese lapso se agotaron las audiencias de formulación de imputación y de acusación, previa presentación del escrito respectivo.

En ese sentido, el actor desacierta al deducir que se debió aplicar un 70% de rebaja, porque no basta con hacer una comparación netamente temporal para resaltar que el lapso transcurrido entre la fecha de los hechos y la del resarcimiento, esto es, 15 meses, es muy inferior a los 3 años y 9 meses que pasaron de allí hasta la emisión del fallo de primera instancia.

Tampoco acierta la delegada de la Fiscalía al impetrar una rebaja del 75%, con fundamento en que la reparación se produjo en menos de un cuarto del tiempo límite para haber accedido al descuento punitivo, pues, como viene de verse, es imperativo sopesar el **interés mostrado por el acusado**, que se verá reflejado en el **momento procesal que decide materializar la indemnización**, es decir, si acude prontamente, en instancia cercana a los hechos, o se espera hasta la última fase legalmente permitida para resarcir el daño.

En ese orden, la Sala considera que el porcentaje de descuento que se debe aplicar, es del 60%, el cual atiende al criterio ya utilizado, en la medida que la manifestación del resarcimiento no se produjo en un espacio cercano al acontecer fáctico, sino cuando ya se habían superado las etapas correspondientes a la audiencia de imputación, la presentación del escrito de acusación y su formulación, lo que implicó que durante ese tiempo los ofendidos soportaran la carga del perjuicio causado y acudir, a través de un abogado, a varias diligencias judiciales.

A lo anterior se suma que no es posible verificar las circunstancias particulares que rodearon la reparación, pues la Fiscalía, en sus distintas intervenciones, puso en conocimiento que la cuantía de este asunto asciende a \$1.264.460.000 y que la aeronave no fue recuperada, al paso que, en los memoriales suscritos por los ofendidos MEOP -en su doble condición de persona natural y representante

legal de [...] y AALR, consignaron, por igual, *“que me doy por indemnizado de los daños y perjuicios que eventualmente se me hubieren podido ocasionar”*, sin ninguna información adicional.

No es que la Sala esté cuestionando la pretensión indemnizatoria, pues ello compete a las partes interesadas, pero, como lo tiene decantado la jurisprudencia, al **funcionario judicial** sí le corresponde **verificar** que el resarcimiento *“recoja el querer de la ley para que sea integral y se estime de manera razonada, no como consecuencia de una intervención rutinaria y superficial de la víctima del delito”* (CSJ SP, 13 Feb. 2003, rad. 15613).

[...] La incertidumbre sobre la integralidad de la reparación tampoco se despeja al revisar el desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, en la sesión del 19 de enero de 2017, a la que no comparecieron las víctimas, pese a haber sido citadas.

En esa oportunidad, la delegada de la Fiscalía puso en conocimiento, que no se pudo establecer la propiedad de la avioneta en cabeza de la empresa panameña Catamarán Air S.A. y, al respecto, la representante del Ministerio Público llamó la atención en el sentido que el preacuerdo se realizó sin haberse debatido el reintegro, dado que la aeronave no fue recuperada y, por lo tanto, se desconoce si se restituyó el valor del objeto material del delito para tener por cumplidos los supuestos del precepto 269 del Código Penal, esto es, indemnización y reintegro, que no son alternativos, sino concurrentes.

Al respecto, la funcionaria del ente investigador nada aclaró y el defensor replicó que no es posible indemnizar al no tener certeza de quién es el propietario de la aeronave e insistió en que se aceptara la indemnización porque la sola manifestación es suficiente, así no se establezcan los valores, y que su defendido ha hecho grandes esfuerzos para reparar a las víctimas.

La anterior realidad, reafirma que no surge justificación adicional para considerar que el **porcentaje de disminución de la pena** deba ser mayor al ya señalado, el cual se muestra razonable y proporcionado».

(Textos resaltados por la Relatoría)

Dr. Fernando Augusto Ayala Rodríguez
Relator

relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 5622000 ext. 9317

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá

