

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado ponente

SP17436-2015

Radicación 45008

Aprobado acta número 446

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015).

Derrotada la ponencia inicial presentada en este asunto, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el cual confirmó la pena de cuatrocientos treinta (430) meses de prisión que le impuso a dicha persona el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, después de declararlo autor responsable de la conducta punible de *homicidio agravado*.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Para finales de 2010, JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO tenía veintidós (22) años de edad. Trabajaba como patrullero de la Policía Nacional en Barranquilla y sostenía un noviazgo de unos cuatro (4) meses con Maryiris Johana Acosta Hernández, madre soltera de veinticinco (25) años que se desempeñaba como impulsadora en Almacenes Éxito.

El 10 de diciembre de 2010, el patrullero fue a almorzar a la casa de su tía, María de Lourdes Montaña Corrales, en donde él vivía. Iba con su novia (como de costumbre), estaba uniformado y llevaba el arma de dotación, un revólver calibre 38 largo. La tía escuchó a Maryiris Johana Acosta Hernández decirle a su sobrino que no jugara con eso. Luego oyó una detonación.

JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO había descargado el arma sin seguir el protocolo que le enseñaron en la Policía para ello. Tampoco contó los cartuchos extraídos ni revisó el tambor del revólver. Creyendo que este no tenía municiones, le disparó a su pareja a una corta distancia. El proyectil entró cerca del oído derecho y salió por el lado izquierdo del cuello. Esto le causó la muerte. María de Lourdes Montaña Corrales resultó lesionada por ese disparo en el hombro derecho.

2. Por lo anterior, el 28 de diciembre de 2010, la Fiscalía General de la Nación le imputó a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO la realización del delito de *homicidio agravado* (por la muerte de Maryiris Johana Acosta Hernández), conforme a

lo previsto en los artículos 103 y 104 numeral 7 («*situación de indefensión o inferioridad*») de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con la modificación que al tipo básico introdujo el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Como el procesado no aceptó cargos, la Fiscalía lo acusó por idéntico comportamiento el 3 de marzo de 2011.

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, despacho que el 15 de noviembre de 2013 condenó al acusado por el delito objeto de atribución a cuatrocientos treinta (430) meses o treinta y cinco (35) años y diez (10) meses de prisión y veinte (20) años de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad como la prisión domiciliaria.

Según el a quo, el procesado «*no reflejó en su accionar la intención directa de causar la muerte a la víctima*»¹. Pero como actuó «*sin revisar bien su arma de dotación, teniendo pleno conocimiento y debidamente capacitado en el uso de tal arma, [...] debió haberse representado el resultado dañoso*». En otras palabras, «*apuntar a una persona casi a 10 centímetros de su oído con un arma a la que no hizo el protocolo regular para descargarla permite [...] asumir la posible materialización de un hecho típico*»². Por ende, él «*dejó la producción del resultado en manos del azar (dolo eventual)*»³.

¹ Folio 262 del cuaderno del juicio.

² *Ibídem.*

³ *Ibídem.*

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en providencia de 26 de agosto de 2014, la confirmó en los aspectos objeto de debate, relacionados con la imputación al tipo subjetivo.

Conforme al ad quem, la atribución de dolo eventual era evidente, por cuanto JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO se trataba de un «miembro activo de la Policía Nacional, con conocimiento y manejo sobre el decálogo de las armas, además de capacitaciones y entrenamiento personal»⁴. De ahí que al «colocar un arma de fuego apuntando hacia la humanidad de un individuo, sin haber realizado el protocolo pertinente para el descargue de la misma, cuando claramente ha sido capacitado para lo mismo, infundado resultaría pensar que no tuvo conocimiento del peligro que genera por sí solo un artefacto de estos»⁵. Es decir, «el uso del arma en forma descuidada, en forma juguetona, en forma de retozo, deviene, además de imprudente, peligroso, y ese comportamiento le es atribuible a título de entender y saber [que] con un arma de fuego no se puede jugar»⁶. Por lo tanto, «dejó al azar los hechos o resultado que podrían desprenderse de su accionar descuidado»⁷.

Uno de los magistrados del Tribunal salvó el voto con el argumento de que era imposible atribuirle al procesado, bajo las circunstancias conocidas, la realización del resultado a título de dolo eventual y, por ende, debía ser condenado como autor de un *homicidio culposo*.

⁴ Folio 33 del cuaderno del Tribunal.

⁵ Folio 34 ibídem.

⁶ Folio 35 ibídem.

⁷ Folio 34 ibídem.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el abogado de JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

6. La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 10 de febrero de 2015. Como la ponencia inicial fue derrotada en la sala de 30 de septiembre de este año, la actuación pasó al despacho del siguiente magistrado el pasado 6 de octubre.

II. LA DEMANDA

1. Propuso el recurrente dos (2) cargos: uno principal y otro subsidiario. El primero, al amparo de la causal segunda de casación (numeral 2 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004), por vulneración del derecho de defensa. Y, el segundo, con base en la causal tercera (numeral 3 de la norma citada), por violación indirecta de la ley sustancial proveniente de errores de hecho en la valoración de la prueba, que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 22 y 104 numeral 7 del Código Penal, así como a la exclusión evidente del artículo 109 de ese mismo estatuto, que consagra el tipo de *homicidio culposo*. Los sustentó de la siguiente manera:

1.1. *Desconocimiento del principio de congruencia.* La Fiscalía en ningún momento le atribuyó a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO la realización de la conducta punible a título de dolo eventual. Durante la imputación, dijo que el procesado «*tuvo la intención de segar la vida*»⁸. Al formular la

⁸ Folio 68 ibídem.

acusación, no calificó la modalidad del dolo ni desde el punto de vista fáctico ni desde el jurídico. En la apertura del juicio oral, aseguró que se produjo el resultado lesivo «*porque existía una relación amorosa conflictiva entre la víctima y victimario*»⁹, aunque más tarde hizo una alusión al dolo eventual «*que no trascendió del simple comentario no explicitado*»¹⁰. Por último, cuando alegó de conclusión, señaló que el acusado obró con dolo directo y «*quería la muerte de la víctima*»¹¹.

La estrategia adoptada por la defensa siempre «*se orientó a desvirtuar la presunta intención homicida del procesado*»¹². Las instancias, no obstante, declararon probada una «*tercera teoría del caso*»¹³: la del dolo eventual. Lo anterior vulneró el derecho de defensa, toda vez que «*los supuestos de hecho y elementos valorativos que caracterizan el dolo eventual exigen una carga probatoria y argumentativa más exigente de la planteada para el dolo directo que se declaró derrotado en la sentencia*»¹⁴. En consecuencia, se desbordó «*el marco fáctico y normativo fijado por la Fiscalía en el acto de acusación*»¹⁵.

No se trató de una «*mera variación de una figura jurídica por otra –del dolo directo al dolo eventual– frente a la inalterabilidad de los mismos supuestos de hecho*»¹⁶, pues ese cambio «*significó desechar absolutamente la teoría del caso expuesta por la Fiscalía desde la formulación de la imputación*

⁹ Folio 68 ibídem.

¹⁰ Folio 68 ibídem.

¹¹ Folio 69 ibídem.

¹² Folio 70 ibídem.

¹³ Folio 71 ibídem.

¹⁴ Folio 72 ibídem.

¹⁵ Ibídem.

¹⁶ Ibídem.

y reafirmada en su alegato final, según la cual el procesado preordenó su conducta para la obtención del resultado típico por unos motivos abyectos o fútiles»¹⁷.

En este orden de ideas, los jueces *«asumieron un rol que legalmente no les correspondía en un proceso de tendencia adversarial, donde su misión constitucional se limitaba a resolver el litigio entre las partes, mas no a encontrar una tercera solución al problema planteado»¹⁸*. De ahí que el ad quem *«debió desestimar la solución ofrecida por el juzgador de primer grado y, en su lugar, estaba compelido a [...] acceder a la tesis planteada por el abogado de la defensa»¹⁹*. Por ende, debió condenar a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO por la conducta punible de *homicidio culposo*.

1.2. Falso raciocinio (subsidiario). El Tribunal *«erró en la labor valorativa de los medios de conocimiento por omisión de los postulados de la sana crítica»²⁰*, lo que lo condujo a *«una alteración epistemológica de la verdad que debía declarar»²¹*.

El juez plural le otorgó credibilidad al perito balístico del CTI Ricardo Antonio Sánchez Lozano, *«en cuanto afirmó que la víctima se hallaba sentada o agachada, de espaldas y a diez (10) centímetros de su victimario al momento del hecho»²²*, de lo cual dedujo *«la agravante del estado de indefensión por el*

¹⁷ Folios 73-74 ibídem.

¹⁸ Folio 75 ibídem.

¹⁹ Folio 76 ibídem.

²⁰ Folio 77 ibídem.

²¹ Ibídem.

²² Folio 78 ibídem.

aprovechamiento ilícito»²³. Sin embargo, incurrió en omisiones de datos importantes, partió de supuestos tergiversados e incurrió en diversas especulaciones.

En cuanto al testimonio de María de Lourdes Montaña Corrales, le restó credibilidad «*por ser tía del acusado, tener limitaciones físicas y sensoriales por problemas de salud y su avanzada edad*»²⁴. Esta declaración, sin embargo, «*es de suma importancia para reforzar la teoría del caso de la defensa, pues [...] dentro del contexto de la sana crítica [...] permite extraer [...] indicios convergentes*»²⁵, en el sentido de acuerdo con el cual «*el acusado [...] confió en haber descargado totalmente la munición del arma de dotación oficial, pero en hechos confusos que la testigo no observó por estar de espalda [...] se produjo el disparo accidental*»²⁶.

Respecto de Diana Sofía Guerra Chávez, ella «*contiene una cadena indiciaria que permite concluir que al momento del siniestro el acusado estaba confiado en haber descargado totalmente el arma de fuego de dotación oficial*»²⁷. No obstante, el Tribunal consideró su testimonio irrelevante «*porque relata sucesos posteriores a los hechos [...] y no escuchó la exclamación de la víctima “JEFFREY, con eso no se juega”*»²⁸.

En lo concerniente a la declaración del patrullero Edwin Pallares Ortiz, «*su valoración de contexto era importante para*

²³ *Ibíd.*

²⁴ Folio 85 *ibíd.*

²⁵ Folio 86 *ibíd.*

²⁶ Folio 87 *ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

la realización objetiva de la verdad y la justicia»²⁹, pues de haberse valorado en forma íntegra su relato habría concluido que el procesado «confió en que había extraído la totalidad de la munición del arma de dotación oficial que portaba en ese momento, sin verificar que aún se encontraba un proyectil en uno de los alveolos del revólver»³⁰.

En este orden de ideas, no se demostró «*la agravante conforme a la cual el acusado se aprovechó del estado de indefensión en que se encontraba la víctima»³¹, máxime cuando «dogmáticamente son incompatibles el aprovechamiento del estado de indefensión con el dolo eventual atribuido en la sentencia acusada»³², ni tampoco se desvirtuó que «*la acción desplegada [...] obedeció a la infracción al deber objetivo de constatar que el arma de fuego de dotación oficial estuviera totalmente descargada»³³.**

2. En consecuencia, solicitó a la Corte, en relación con ambos reproches, casar el fallo impugnado para, en su lugar, condenar a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO por la conducta punible de *homicidio culposo* y de manera adicional ordenar su libertad inmediata por pena cumplida.

III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El defensor manifestó atenerse a lo consignado en el

²⁹ Folio 89 ibídem.

³⁰ Folio 91 ibídem.

³¹ Folio 92 ibídem.

³² Ibídem.

³³ Ibídem.

escrito de demanda.

2. El Fiscal Delegado ante la Corte señaló, en relación con el primer reproche, que la pretensión del demandante era incoherente, pues como la causal invocada fue la segunda no era posible solicitar la condena por *homicidio culposo*. Agregó que tampoco demostró la violación de la congruencia, en la medida en que el núcleo fáctico de la imputación siempre se mantuvo incólume a lo largo de la actuación procesal.

Respecto del segundo cargo, adujo que como el acusado necesariamente debió prever como probable la producción del resultado lo dejó entonces librado al azar. Añadió que no se trató de un caso de culpa con representación, dada la elevada probabilidad de realización del riesgo. Sin embargo, aceptó la tesis del recurrente de acuerdo con la cual la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7 del artículo 103 de la Ley 599 de 2000 requiere de un elemento volitivo que es ajeno a la estructura del dolo eventual.

Por lo tanto, solicitó a la Corte casar parcialmente el fallo impugnado, con el fin de eliminar de la calificación la agravante señalada.

3. El representante del Ministerio Público aseguró, en lo atinente al primer cargo, que la ausencia de precisión de la modalidad dolosa atribuida no desconocía el principio de congruencia, sobre todo cuando la variante que adoptaron los jueces no alteró el núcleo fáctico de la imputación ni le agravó la situación al procesado.

En lo que al segundo reproche respecta, dijo que del debate en el juicio, así como de las circunstancias admitidas por el Tribunal, se desprende la realización de una conducta culposa, no de una dolosa. Por consiguiente, pidió a la Corte casar oficiosamente el fallo, debido a la violación del principio de tipicidad subjetiva, para corregir la aludida irregularidad.

IV. CONSIDERACIONES

1. Precisiones iniciales

1.1. Como la demanda presentada por el apoderado de JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO fue declarada desde un punto de vista formal ajustada a derecho, la Sala tiene el deber de resolver de fondo los problemas jurídicos planteados en el escrito, en armonía con las funciones de la casación de buscar la eficacia del derecho material, respetar las garantías de quienes intervienen en la actuación, reparar los agravios inferidos a las partes y unificar la jurisprudencia, tal como lo estipula el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal aplicable para este asunto.

Para ello, la Corte tendrá que desentrañar, en aras del eficaz desarrollo de la comunicación establecida, lo correcto de las diversas aserciones empleadas por sus interlocutores, de suerte que se referirá a cada postura desde la perspectiva jurídica más coherente y racional posible.

1.2. Bajo estas condiciones, la Sala abordará, en primer lugar, los cargos desarrollados por el demandante, respecto

de los cuales anuncia desde ya que ninguno tiene la vocación de prosperar.

A continuación, se ocupará de analizar el problema de la imputación al tipo subjetivo, pero no desde la perspectiva de la vulneración del principio de congruencia o del error de hecho por falso raciocinio (que fueron los aspectos que en tal sentido profundizó el recurrente), sino desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial (por aplicación indebida del artículo 104 numeral 7 y falta de aplicación del artículo 109 del Código Penal), en la medida en que con los hechos y las circunstancias admitidas por las instancias no era posible atribuirle al procesado la realización de un comportamiento doloso, sino de una acción imprudente.

Estos serán los temas por tratar en los apartados que siguen.

2. De la demanda

2.1. Primer cargo. El abogado de la defensa sostuvo que el Tribunal desconoció el principio de congruencia que rige el artículo 448 de la Ley 906 de 2004³⁴, por cuanto **(i)** JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO fue condenado a título de dolo eventual, modalidad de imputación subjetiva que jamás se le imputó ni atribuyó en el acto complejo de acusación, y **(ii)** las instancias resolvieron el caso con una tercera teoría (la del

³⁴ Artículo 448-. *Congruencia*. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

dolo eventual) que jamás fue debatida ni propuesta por las partes a lo largo del juicio, puesto que la Fiscalía siempre promulgó la realización de la conducta con dolo directo y la defensa tan solo planteó la imprudencia en el sujeto activo.

La postura del profesional del derecho es infundada. En primer lugar, la Corte ha precisado, en sentencias como CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685, y CSJ SP, 8 jun. 2011, rad. 34022, que para los efectos de la calificación jurídica de la conducta *«la acusación es un acto complejo que se extiende hasta el alegato final en el juicio oral»*³⁵. Y ello sin importar que *«los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la Fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando esté comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado»*³⁶.

En este asunto nunca se presentó algún problema de congruencia o consonancia. Por un lado, el núcleo fáctico de la imputación fue objeto de estipulación probatoria por las partes.

Al respecto, tanto la defensa como la Fiscalía acordaron que **(i)** Maryiris Johana Acosta Hernández murió *«de manera violenta»*³⁷ por un *«proyectil de arma de fuego»*³⁸, conforme a lo descrito en el informe de necropsia; y **(ii)** JEFFREY JOSÉ

³⁵ CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Folio 190 del cuaderno de pruebas.

³⁸ *Ibidem*.

FONTALVO MONTAÑO «*fue la persona que causó la muerte de manera violenta y con el arma de fuego de dotación oficial que le fue asignada por la Policía Nacional a [...] su novia*»³⁹.

Por lo tanto, como así mismo lo advirtieron las partes en las estipulaciones, el debate se circunscribe a «*demostrar en el juicio la modalidad de la conducta punible conforme al artículo 21 del Código Penal*»⁴⁰. Es decir, a establecer aquellas circunstancias fácticas, así como a presentar los argumentos jurídicos, que podrían enriquecer el referido núcleo esencial y, al mismo tiempo, corroborar o refutar cualquier variante de imputación subjetiva en la realización del delito, esto es, la culpa, el dolo o la preterintención⁴¹.

El juicio oral no se trató de algo distinto. Mientras la Fiscalía, con variadas posturas, adujo que el comportamiento del acusado había sido doloso, la defensa argumentó que tan solo había violado un deber objetivo de cuidado, es decir, que había actuado con culpa. Las instancias, al final, concluyeron que concurrió dolo en su proceder (en el sentido contemplado en el cuerpo final del artículo 22 de la Ley 599 de 2000). Los jueces jamás se alejaron de la aludida imputación fáctica ni de su correlativa atribución jurídica. No hubo, por lo tanto, alguna incongruencia.

En segundo lugar, no es cierto que la Fiscalía, dentro

³⁹ Folio 178 ibídem.

⁴⁰ Ibídem.

⁴¹ Artículo 21-. *Modalidades de la conducta punible*. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.

del acto complejo de la acusación, dejara de referirse desde el punto de vista jurídico a la imputación del tipo subjetivo por dolo eventual. Tal como el mismo demandante lo reconoció, el acusador, en la presentación de su teoría del caso, reseñó a modo de tesis secundaria una conforme a la cual la conducta perpetrada por JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO se ajustaría al dolo eventual. En palabras del Fiscal:

De igual manera, la Fiscalía no descarta que lo pretendido por JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO, al momento de causarle la muerte a la joven Maryiris Johana Acosta Hernández, no era otra cosa distinta que la de jugar a la ruleta rusa, pero donde el único ganador era él, en tanto que no corría riesgo alguno en ese tipo de juego macabro y sumamente peligroso. Por lo que, de igual manera entonces, nos encontraríamos que la conducta sigue siendo dolosa si nos atenemos al contenido, sentido y alcance de la parte final del artículo 22 del Código Penal, esto es, (abro comillas) “[t]ambién será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”. Por lo que, de igual manera entonces, la Fiscalía pedirá como ya lo dijo condena, sentencia condenatoria, por los delitos, por el delito de homicidio agravado, como ya se dijo. En esos términos deja la Fiscalía presentada la teoría del caso⁴².

Según el recurrente, la anterior postura de la Fiscalía se trató de un «*simple comentario no explicitado*»⁴³. Esta aserción, sin embargo, es la que carece de sustento o explicación. La Sala, por su parte, advierte que esos enunciados del acusador constituyen una verdadera imputación jurídica acerca de la

⁴² Archivo de audio en el disco rotulado con la fecha “nov. 4 2011”, 11’08” y ss.

⁴³ Folio 68 del cuaderno del Tribunal.

realización de la conducta punible a título de dolo eventual. No solo consideró el acusador la posibilidad fáctica de que el procesado hubiera incurrido en un «*tipo de juego macabro y sumamente peligroso*»⁴⁴, sino además la calificó desde el punto de vista normativo, para lo cual citó el precepto sustantivo que aquí nos ocupa (el artículo 22 parte última del Código Penal), e incluso leyó su contenido. La Fiscalía, por lo tanto, contempló como teoría del caso accesoria a la del dolo directo de primer grado, la del dolo eventual.

De esta manera, ni siquiera el reclamo del censor reposa en presupuestos sólidos, pues la defensa, desde el inicio de la audiencia pública, estaba advertida de que su propia tesis (la de la imprudencia) iba a ser atacada mediante la perspectiva argumentativa de la percepción de un riesgo probable y de la producción de un resultado que se dejó librado al azar.

De ahí que tampoco es cercano a la verdad del proceso que, cuando las instancias sentenciaron a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO como autor del *homicidio* a título de dolo eventual, hubieran creado una tercera teoría del caso (es decir, una distinta a las argüidas por las partes), puesto que la Fiscalía ya había comprendido esta variante del elemento subjetivo del tipo incluso antes de la formación de la prueba en audiencia. Los jueces simplemente consideraron ajustada a derecho la tesis acusatoria subsidiaria en lugar de la principal.

Y, en tercer lugar, aun en el caso de que la imputación

⁴⁴ *Ibidem*.

por dolo eventual hubiese sido en realidad un aporte exclusivo de las instancias, ello tampoco representaría una irregularidad de trámite. En este sentido, la Corte, en la sentencia CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357, ha señalado que si bien el proceso penal de la Ley 906 de 2004 puede ser visto como un sistema lógico objetivo de confrontación y refutación de teorías, ello en cualquier caso no reduce al juez a un mero árbitro obligado a seleccionar entre las hipótesis sostenidas por las partes, pues siempre podrá adoptar una solución distinta al problema, en tanto haya sido extraída de los medios de prueba y no varíen el núcleo fáctico de la imputación. Es decir, siempre y cuando se respete el principio de congruencia.

En palabras de la Sala:

[E]l sistema de procedimiento penal de la Ley 906 de 2004 no es, en estricto sentido, uno de adversarios, pues además del tradicional enfrentamiento entre dos partes (acusador y acusado) las críticas también pueden provenir, incluso en la forma de nuevas construcciones teóricas, de todos los que intervienen en la actuación procesal, como la víctima, el Ministerio Público y otros procesados. Así mismo, el juez no solo está en la obligación de velar por los derechos fundamentales de cualquiera de ellos, sino que además tiene el deber de analizar racionalmente, al momento de resolver de fondo el asunto, el conjunto de hipótesis surgidas durante el juicio oral, e incluso puede optar por una explicación o solución distinta a las propuestas, en la medida en que la haya extraído de las pruebas recaudadas.

De esta manera, cuando al momento de proferir el fallo el juez advierte que hay una tercera teoría no planteada por las partes, pero susceptible de resistir el enfoque crítico (ya sea porque lo

convenció una de las intervenciones o porque es de su propia evaluación) cabe precisar lo siguiente:

[(i)] Si se trata de una tesis absolutoria, hará prevalecer la presunción de inocencia por encima de cualquier resultado del debate entre las partes (aun en el evento de que la teoría de la defensa solo tuviere como propósito degradar la responsabilidad – por ejemplo, probar que la conducta fue culposa en lugar de una dolosa).

[(ii)] Si es una hipótesis condenatoria, esta será relevante cuando la defensa haya incumplido las cargas procesales que le asisten, incluso si la Fiscalía no demostró su teoría del caso. En tales eventos [...], el funcionario judicial observará que las nuevas aserciones no conduzcan en la práctica a exceder los términos de la acusación (en lo que al núcleo fáctico y los cargos jurídicos atañe). Únicamente así, podrá proferir fallo de condena⁴⁵.

El reproche del demandante, en consecuencia, no tiene vocación de éxito.

2.2. Segundo cargo. El demandante propuso la violación indirecta de la ley sustancial proveniente de errores de hecho por falso raciocinio en la apreciación probatoria que llevaron a la aplicación indebida del artículo 104 numeral 7 del Código Penal, así como a la falta de aplicación del artículo 109 de dicho estatuto. En otras palabras, para el recurrente, el ad quem concluyó desde una perspectiva fáctica, a la cual llegó por medio de razonamientos contrarios a la sana crítica, que JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO no solo sabía que su conducta (la de accionar el arma de fuego) era mortal, sino

⁴⁵ CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357.

que puso a la víctima en una situación de indefensión o de inferioridad, o bien se aprovechó de dicha circunstancia.

Esta postura es infundada. En primer lugar, el censor jamás se refirió, en el desarrollo del cargo, a la vulneración de un concreto parámetro de sana crítica, esto es, a una ley de la ciencia, paradigma de la lógica o regla de la experiencia. Simplemente, presentó su valoración personal acerca de los medios de prueba practicados en el juicio, aspecto que carece de cualquier trascendencia a esta altura de la actuación, en la medida en que la casación procede ante el descubrimiento de un error en la sentencia de segunda instancia, y no frente a opiniones distintas o criterios divergentes.

En segundo lugar, las conclusiones fácticas de los fallos de instancia fueron, en la práctica, idénticas a las sostenidas por la defensa. Las diferencias trascendentes radicaron en la apreciación jurídica (relacionada con el elemento subjetivo). Por ello no era posible predicar en este caso la concurrencia de errores propios de violación indirecta de la ley sustancial, ya fuesen fácticos o de derecho.

En efecto, tal como lo sostuvo la Corte (2.1), los jueces no se apartaron del núcleo esencial de los hechos que además fue estipulado por las partes, en el sentido de ser JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO la persona que con el arma de dotación oficial acabó con la vida de su novia, Maryiris Johana Acosta Hernández. Y no solo eso, sino que tampoco lograron descartar del todo el contexto lógico objetivo dentro del cual el defensor planteó la realización de una conducta imprudente.

En la presentación de su teoría del caso, el abogado de la defensa sostuvo que el disparo obedeció a una “*chanza imprudente*” después de que el acusado confiara de manera equivocada haber extraído todos los cartuchos de su arma. Así lo narró el profesional del derecho:

Este es el caso de una pareja que a pesar del escaso tiempo de relaciones amorosas entre ellos sus vínculos sentimentales cada día se unían más y más. Sus frecuentes encuentros amorosos y sus momentos de felicidad los consignaba Maryiris, que en paz descansase, en mensajes de texto en donde le recordaba a JEFFREY su inmenso amor por él y le daba gracias al altísimo por haberlo cruzado en su destino para alegrarle la vida.

Hasta momentos antes de su muerte, Maryiris le refrendó ese amor que sentía por él. De hecho, la casa que la vio caer por última vez también la vio darse la última despedida amorosa la noche anterior y la oscuridad fue la cómplice de ese amor aquel 9 de diciembre de 2010.

Al día siguiente, llega JEFFREY a la casa de su tía, 10 de diciembre de 2010, aproximadamente las trece (13) horas. En el mismo lugar donde se había dado la anterior despedida, tenía que cumplirle una cita a quien le había robado su corazón. Con vestuario y armamento de la institución policiva, JEFFREY la recibe con un cálido beso. Ella ingresa a la residencia mientras que JEFFREY cancela el valor al mototaxi que la condujo. Ingresada luego y, como de costumbre, le extrae las balas a su revólver de dotación oficial y confiando erróneamente en que su arma produjera en su amada un sutil temor le dirige una juguetona amenaza y ella extiende su brazo para advertirle que con ese mortal juguete no se podía jugar, con tal mala suerte, señor juez, que el último cartucho renuente a salir de su sucia morada hiere en su cara a la mujer de sus ensueños y es allí donde el balístico dirá que entre el punto de la

boca del arma de fuego y el punto del impacto solo podrá pasar una línea recta que ubicará la trayectoria y ubicación de los protagonistas.

Señoría, esta historia se convertirá en realidad cuando usted, bajo el principio de la inmediación, tenga la oportunidad de escuchar la prueba testimonial de la defensa que, aunada a la prueba documental, le llevarán a la certeza de que lo que allí existió fue una imprudente chanza que jamás le pasó por la cabeza a mi defendido. Ese error, que indiscutiblemente pudo ser evitado, podría estar en curso del artículo 109 del Código Penal y sería la culpa la que determine la pena a imponer.

En conclusión, la ausencia de motivos para inferir un homicidio doloso, la falsa percepción de la realidad respecto de la cantidad de munición que tenía el arma y la indiscutible y palpable imprudencia de mi defendido JEFFREY FONTALVO MONTAÑO en el manejo de las armas de fuego será lo que demostrará a Su Señoría la defensa, para que la solución jurídica que le entregue usted a este caso sea la que la dogmática penal ha concluido para el homicidio a título de culpa. Y así, de esa manera, no se agregue más dolor a la situación que nació un día del amor. Gracias, señor Juez⁴⁶.

En la sentencia del Tribunal, al igual que en el fallo de primera instancia, los jueces incurrieron en varias fallas de apreciación probatoria. Por ejemplo, valoraron el contenido de dos (2) entrevistas realizadas al procesado antes del juicio oral⁴⁷, pese a que no declaró como testigo y esos documentos tampoco se usaron para impugnar credibilidad, ni fueron

⁴⁶ Archivo de audio en el disco rotulado con fecha "nov. 4 2011", 13'40".

⁴⁷ Cf. folios 268-269 del cuaderno de juicio («el acusado ha dado dos versiones de accionar suyo culposa en esta investigación») y 12-14 del cuaderno del Tribunal («si bien es cierto el acusado no testificó dentro del juicio oral, la entrevista y su respectiva ampliación no pueden pasar desapercibidas»).

introducidos por otros testigos de acreditación.

Sin embargo, ninguna de tales anomalías fue relevante para los efectos de la decisión a la postre adoptada, por cuanto los funcionarios de primer y segundo grado contemplaron de cualquier modo la posibilidad, argüida por la defensa, de que el comportamiento del acusado se presentara bajo la creencia equivocada de haber descargado por completo el revólver de dotación y, por consiguiente, el resultado típico habría sido la consecuencia de un juego o broma que salió mal.

Al respecto, el juez a quo aseguró que «*JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO no reflejó en su accionar la intención directa de causar la muerte a la víctima Maryiris Johana Acosta Hernández*»⁴⁸. Pero obró «*teniendo pleno conocimiento y debidamente capacitado en el uso de tal arma*»⁴⁹, aunque, «*según la hipótesis de la defensa, no la revisa [ni] la descarga adecuadamente*»⁵⁰ y «*procede a disparar, creyendo que el arma estaba sin municiones*»⁵¹. Por lo anterior, la acción no encuadraba dentro de la figura de la imprudencia, sino la del dolo eventual, pues «*este agente debió haberse representado el resultado dañoso*»⁵². Es decir, «*apuntar a una persona casi a 10 centímetros de su oído, con un arma a la que no [se] hizo el protocolo regular para descargarla, permite a cualquiera asumir la [...] materialización de un hecho típico*»⁵³. El acusado, por ende, «*no descartó la posible lesión al bien jurídico penalmente*

⁴⁸ Folio 262 del cuaderno del juicio.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

*tutelado (la vida de la señora Maryiris Johana Acosta Hernández)*⁵⁴; y tampoco «*obró a expensas racionales de su seguridad en la no producción del resultado*»⁵⁵.

El Tribunal, por su parte, adujo que el procesado «*no tenía ni desde antes ni en el momento razones para matar a su compañera sentimental*»⁵⁶. Sin embargo, «*le era exigible al sentenciado, además del cuidado en el uso con el arma, la suficiente precaución para que la misma ni por riesgo ninguno hubiese sido accionada*»⁵⁷. En otras palabras, «*el uso del arma en forma descuidada, en forma juguetona, en forma de retozo, deviene, además de imprudente, [en] peligroso*»⁵⁸. Por lo tanto, «*ese comportamiento le es atribuible a título de entender y saber [que] con un arma de fuego no se puede jugar*»⁵⁹.

Es cierto que las instancias, en sus respectivos fallos, manifestaron de manera explícita no otorgarles credibilidad a los testimonios que respaldaban la tesis defensiva, como por ejemplo la declaración de María de Lourdes Montaña Corrales, tía del acusado. Esta persona, además de referirse al noviazgo entre víctima y acusado, aseguró que antes de la detonación oyó a Maryiris Johana Acosta Hernández advertirle a aquel que no jugara con el arma. No vio al acusado descargarla, pero supuso que por costumbre lo hizo. Según la testigo:

Era la una de la tarde cuando ellos llegaron, Maryiris con

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

JEFFREY. Yo estoy sirviendo el almuerzo cuando ella se acercó a mí, me dio un beso en la mejilla. Me dijo “¿cómo estás, señora María?”, yo le dije “bien”. Y yo le pregunté “¿dónde está JEFFREY?”. Y yo miré hacia atrás y vi a JEFFREY. Lo vi con el revólver en las manos, sí. Luego, cuando... Maryiris se quitó del lado mío, cuando yo siento un grito detrás de mí que dice “JEFFREY, con eso no se juega”. “JEFFREY, con eso no se juega”, pegó un grito muy fuerte. Entonces, en ese mismo momento, sentí el impacto, quedé sonámbula, mirando para todas partes y miré hacia atrás donde estaba JEFFREY y él tenía las manos... “ay, tía, tía, tía, la maté”. Yo miré hacia atrás, la vi tendida en el suelo y ya no más. Me fui para el apartamento de mi hija desesperadamente gritando. Mi yerna salió del cuarto, fue cuando se dio cuenta. Y en unos momentos, abrir y cerrar de ojos, ya estaba la policía ahí y todo. Se me subió la presión altísimo. Llegaron los médicos, me atendieron porque tenía la presión muy alta. Cuando sentí el ardor en el brazo, que también tuve un quemón del disparo.

[...] Yo me supongo que él la estaba descargando, porque siempre que llegaba a la casa, eso era lo primero que él hacía: descargar el arma. Porque allí había niños, daba miedo. [...] La guardaba en el escaparate o en el clóset, en una parte alta que los niños no... Porque mi marido fue policía también. Y eso lo hacía él cuando él llegaba a casa, eso era lo primero que él hacía. Descargarlo y lo ponía encima del escaparate⁶⁰.

El Tribunal, sin embargo, afirmó al final de la sentencia, en relación con el acusado, que «*el supuesto “juego” en el que estaba solo le compelia a él, [...] no obstante sea o no cierta la advertencia que ella hizo*»⁶¹. Es decir, no descartó del todo la versión de la testigo, en el sentido según el cual el disparo se

⁶⁰ Disco rotulado con la fecha “marzo 13 2012”, archivo de audio y video II, 8’00” y ss.

⁶¹ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

produjo luego de una advertencia de la víctima para que no jugara con el arma de dotación. Esta circunstancia la reiteró cuando, unos párrafos más adelante, atribuyó la realización del delito a título de dolo eventual sobre la base del «*uso del arma en forma descuidada, en forma juguetona, en forma de retozo*»⁶².

Nótese, por otra parte, que es acertada la afirmación del ad quem de acuerdo con la cual JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO carecía de motivos para dispararle a su novia con la intención de asesinarla («*no tenía ni desde antes ni en el momento razones para matar a su compañera sentimental*»⁶³). La Corte no encuentra algún medio de prueba que sugiriera una explicación contraria al respecto, ni los funcionarios de instancia presentaron fundamentos que la respaldasen.

En este orden de ideas, tanto la teoría de la defensa que alegó la imprudencia como la de las instancias que calificaron la conducta como dolo eventual son coincidentes en cuanto a los aspectos fácticos que el demandante adujo en el escrito. Durante toda la actuación se contempló la posibilidad de que el acusado, por broma o por estulticia, accionara el revólver contra la víctima y la matara sin haberlo querido, creyendo (como lo dijo la primera instancia) que no estaba cargado. Los jueces no refutaron por completo esta posibilidad. Pero en lugar de calificar tal acción de culposa le atribuyeron otro tipo subjetivo sobre la base de una valoración jurídica distinta. No hubo, por consiguiente, error probatorio alguno.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

Este reproche, en consecuencia, también está destinado al fracaso.

3. Casación oficiosa

3.1. A partir de los hechos estipulados por las partes (2.1), así como de la hipótesis conforme a la cual el disparo obedeció a un juego o broma por parte del acusado JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO (pues accionó el arma de fuego sin haberla revisado en forma adecuada, creyendo que ya no tenía municiones), las instancias lo condenaron como autor de una conducta de *homicidio agravado* con dolo eventual, para lo cual expusieron dos (2) criterios: **(i)** el sujeto agente debió haberse representado la realización del resultado típico; y **(ii)** tenía conocimientos especiales en el uso y cuidado de su revólver, es decir, sabía que «*con un arma de fuego no se podía jugar*»⁶⁴ (2.2).

Con esta postura, el Tribunal violó de manera directa la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 104 del Código Penal y, a su vez, falta de aplicación del artículo 109 de dicho estatuto, que consagra el delito de *homicidio culposo*.

Las razones son las siguientes:

3.2.1. *Representarse la producción del resultado típico no es suficiente para atribuir dolo eventual, en tanto ello también constituye un presupuesto de la llamada culpa consciente.*

⁶⁴ *Ibidem.*

El conocimiento de la situación de riesgo en el autor del injusto se predica, en términos de imputación subjetiva, tanto para el dolo eventual como para la imprudencia consciente.

Por un lado, la parte final del artículo 22 de la Ley 599 de 2000, que consagra en la legislación colombiana la figura del dolo eventual, señala que el comportamiento también será doloso «*cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*». Es decir, la ley contempla en estos casos que el sujeto haya reconocido la calidad peligrosa de su acción (en el grado de probabilidad) para efectos del menoscabo del bien jurídico.

Por otro lado, el cuerpo último del artículo 23 del Código Penal, que contempla la culpa con representación, establece que la acción será imprudente cuando el agente ha previsto el peligro previsible, pero «*confió en poder evitarlo*». Es decir, el autor del injusto igualmente sabe que su conducta representa un riesgo para el bien jurídico, susceptible de concretarse en la realización del resultado que percibió, si bien espera que no se producirá.

Ambas elaboraciones teóricas, por lo tanto, presuponen el conocimiento de los factores de riesgo para la lesión del bien jurídico respecto de un resultado contingente. De ahí que afirmar (como lo hizo la primera instancia) que JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO «*debió haberse representado el resultado dañoso*»⁶⁵ porque la acción emprendida permitía «a

⁶⁵ Folio 262 del cuaderno de juicio.

*cualquiera asumir la [...] materialización de un hecho típico*⁶⁶, o sostener (en palabras del ad quem) que el acusado conocía y entendía que «*con un arma de fuego no se puede jugar*»⁶⁷, de ninguna manera conlleva una imputación al tipo subjetivo doloso, por cuanto no fueron más allá de la descripción de un contexto de obrar imprudente, en el cual el autor, en tanto ser capacitado para prevenirlos, tuvo que advertir el peligro para el bien jurídico. Lo anterior es culpa con representación y no dolo eventual.

En otras palabras, no basta tan solo con haber previsto la producción del resultado para descartar imprudencia e imputar dolo. Debía también establecerse que el conocimiento del agente sobre la situación riesgosa le permitía suponer que las condiciones que podrían conducir a la realización de dicho resultado no estaban bajo su control. O, en el caso de haber contado con tal suposición de controlar los factores de riesgo, que ello obedeció a un error o estado irracional, en lugar de uno racional, como por ejemplo cualquiera relacionado con la eficacia de las medidas que de hecho empleó para neutralizar el peligro. Los funcionarios judiciales en ningún momento abordaron esta clase de consideraciones, indispensables para la estructuración del elemento cognitivo en el dolo eventual.

Sin embargo, como las instancias reconocieron, o por lo menos no descartaron, que el acusado disparó «*creyendo que el arma estaba sin municiones*»⁶⁸ y que lo hizo sin descargarla

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

⁶⁸ Folio 262 del cuaderno de juicio.

«adecuadamente»⁶⁹, de suerte que obró «*en forma descuidada, en forma juguetona, en forma de retozo*»⁷⁰, lo cierto es que partieron de un contexto fáctico al que no se le podía imputar una categoría distinta a la de la imprudencia consciente.

JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO habría entonces obrado bajo una convicción errada, según la cual las medidas de seguridad que adoptó para descargar el revólver (y de esta manera eliminar el peligro que su broma le representaría a la vida de su novia) eran suficientes. Es decir, previó el peligro para el bien jurídico pero confió en poder evitarlo. Ello encaja en el predicado normativo del artículo 23 del Código Penal.

3.2.2. *Los conocimientos especiales en el sujeto activo son en principio criterio de imputación objetiva, es decir, están circunscritos a la vulneración de un deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, tampoco son suficientes para determinar si, a raíz de su concurrencia en el procesado, este obró con dolo eventual.*

El saber particular del autor de la acción es un aspecto que, especialmente, deberá ser apreciado por el juez en el momento de valorar si ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado, o no permitido, para la realización del resultado típico. Es decir, se trata de un factor de imputación objetiva que en primer término solo sería trascendente para predicar la infracción de un deber objetivo de cuidado o, lo que es lo mismo, de una conducta culposa.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

Así lo explicó la Sala en el fallo CSJ SP, 8 nov. 2007, rad. 27388:

En la doctrina penal contemporánea, la opinión dominante considera que la realización del tipo objetivo en el delito imprudente (o, mejor dicho, la infracción al deber de cuidado) se satisface con la teoría de la imputación objetiva, según la cual un hecho causado por el agente le es atribuible a él si con su comportamiento ha creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realiza en el resultado concreto.

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva ex ante, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico.

Debido a lo anterior, en la doctrina se ha asegurado que «el conocimiento especial puede fundamentar sin discusión una imprudencia»⁷¹:

Un participante medio en la circulación no actúa imprudentemente si un transeúnte se le echa encima del coche de tal modo que un conductor dotado de capacidades normales no habría podido ya esquivarlo. Por eso un “experto conductor de rallies”, cuyas muy superiores habilidades en la conducción le permiten aun esquivar y dominar su coche cuando derrapa, debe sin embargo hacer uso de estas capacidades y se le ha de castigar por homicidio imprudente

⁷¹ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, § 24, 55.

cuando por negligencia no lo hace. Cualquier otra concepción permitiría el sacrificio de una vida humana; ello sería incompatible con los fundamentos de nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco un cirujano de primerísima calidad, respecto de cuyas técnicas y destreza no existe competencia posible en el plano internacional, puede operar a su paciente con resultado mortal, por rendir en la medida –muy por debajo de su nivel– correspondiente al estándar mínimo vigente para cirujanos medios. No puede suceder aquí algo distinto a lo que sucede en los delitos de omisión: un campeón del mundo de natación, que trabaja además como socorrista y puede nadar el doble de rápido que sus colegas, no puede dejar ahogarse a un accidentado por ir solo a la velocidad de los demás⁷².

Lo que no resulta claro, ni deviene en necesario, es que de dichos saberes especiales, o capacidades particulares en el sujeto activo de la conducta, se pueda extraer (por esa sola circunstancia) una atribución a título de dolo eventual. Y, de hecho, la Sala ha señalado que el ingrediente subjetivo del tipo, en atención del principio de derecho penal de acto, «*se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta*»⁷³:

[L]a prueba del dolo obedece a un juicio de correspondencia entre los hechos exteriorizados en el mundo físico (derecho penal de acto) y un concepto que alude a ciertos elementos de índole subjetiva (saber y querer la realización del tipo) que en principio tienen que desprenderse de aquéllos, toda vez que no pueden confirmarse de manera independiente al análisis de la acción.

En otras palabras, es viable deducir tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo de las concretas circunstancias que hayan

⁷² *Ibidem*, § 24, 54.

⁷³ CSJ SP, 16 sep. 2013, rad. 38747.

rodeado la conducta y no del hecho, de difícil comprobación, de establecer qué pasó en realidad por la mente del inculpado.

[...] Así mismo, en la medida en que es imposible conocer los elementos del dolo por medio de la información directa, estos también pueden derivarse de los indicios que se construyan alrededor de la situación fáctica imputada, pero no a datos extraños a tal conducta y que constituyan derecho penal de autor⁷⁴.

En este orden de ideas, las condiciones personales del sujeto activo pueden constituir información que contribuya en forma racional a una imputación del tipo subjetivo doloso, incluida la del dolo eventual, siempre y cuando trasciendan el juicio *ex ante* propio de la infracción de un deber de cuidado, tengan relación directa con el comportamiento atribuido y no desconozcan el principio del hecho de que trata el artículo 29 de la Constitución Política (como, por ejemplo, que no aludan al modo de vida o al pasado criminal del procesado).

En el presente asunto, los jueces de instancia, además del conocimiento de la situación de riesgo, arguyeron para imputarle al acusado la realización dolosa del *homicidio* el tener conocimientos para usar el revólver y estar capacitado debidamente en ello (de acuerdo con la primera instancia), o contar con «*la formación recibida como miembro de la Policía Nacional*»⁷⁵ (en palabras del cuerpo colegiado), a la vez que «*su conocimiento privilegiado de los riesgos inherentes al manejo de armas, su manifiesto irrespeto de los deberes señalados en*

⁷⁴ CSJ SP, 24 feb. 2010, rad. 32872.

⁷⁵ Folio 34 del cuaderno del Tribunal

el decálogo de las mismas, así como la prohibición de llevarlas a su lugar de residencia»⁷⁶.

Ninguna de las referidas circunstancias tiene la virtud de sustentar un tipo subjetivo doloso, en tanto los jueces no fueron más allá de una apreciación (respecto de las calidades personales del autor) necesaria para establecer el parámetro de diferencia entre la realización de un riesgo permitido y la creación de un peligro jurídicamente desaprobado.

El dolo eventual, precisa la Sala, no puede ser entendido como una simple suma de imprudencias (o de infracciones al deber) ni tampoco la valoración aislada acerca de un peligro que se cataloga como gravísimo o de producción inminente. Ello, en tanto siempre será indispensable, para distinguirlo de una manera no arbitraria con la culpa consciente, constatar que el sujeto agente carecía de la posibilidad de representarse un control racional (aunque errado y vencible) en cuanto a los factores de riesgo por él percibidos, dirigido a no producir el resultado.

Las instancias no abordaron este tema desde el punto de vista jurídico. Tan solo se conformaron con asegurar que el entrenamiento que el procesado (como miembro de la Policía Nacional) había recibido en el uso de armas de fuego, aunado a todos los demás cuidados que debía mantener en el manejo de estas (como no llevarlas a la casa, ceñirse a los protocolos de descarga, etc.), era suficiente para atribuirle conocimiento

⁷⁶ *Ibidem*.

de la situación riesgosa y de un eventual menoscabo del bien jurídico.

Sin embargo, como ya se señaló en precedencia (3.2.1), la sola representación tanto del peligro como del resultado no basta para colegir dolo eventual. Y dado que los funcionarios al final tampoco refutaron el contexto fáctico sostenido por la defensa (según el cual el acusado accionó el revólver creyendo que lo había descargado completamente), es obvio que desde el punto de vista jurídico había que reconocerle la suposición racional de tener control sobre la fuente de riesgo (equivocada y superable en atención de la argüida capacitación que había recibido el sujeto por pertenecer a la fuerza pública). Es decir, había obrado con imprudencia consciente en los términos del artículo 23 del Código Penal.

3.2.3. *Desde una perspectiva volitivo normativa, no hay razón alguna para colegir en el acusado la decisión de actuar en menoscabo del bien jurídico.*

El dolo comprende tanto un saber (elemento cognitivo) como un querer (elemento volitivo) en relación con todas las circunstancias que integran la descripción objetiva del tipo, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 22 cuerpo primero de la Ley 599 de 2000.

Aunque cierto sector de la doctrina niega el factor de la voluntad en la variante eventual, las opiniones dominantes coinciden en señalar que cualquier comportamiento doloso debe representarle a su autor una actuación contra el bien

jurídico, una decisión consciente dirigida en pro del acontecer lesivo. En otras palabras, es posible abordar la figura del dolo eventual no solo bajo una aproximación cognitiva normativa (relativa al conocimiento de la producción del resultado), sino también desde una volitiva (que, claro está, también debe analizarse bajo presupuestos normativos)⁷⁷.

La actuación orientada al menoscabo del bien jurídico no solo debe abarcar, entonces, que el autor haya advertido los factores desencadenantes del riesgo en el resultado, sino además que haya dejado la realización de dicho peligro libre o ausente de cualquier control, en los términos de la parte final del artículo 22 del Código Penal.

En este asunto, las instancias, por un lado, descartaron cualquier intención típica de causar daño a la vida e integridad de la víctima. En palabras del Tribunal, *«aquí no se trata de un homicidio marcado por la intención de [quitar la vida], es claro que JEFFREY no tenía ni desde antes ni en el momento razones para matar a su compañera sentimental»*⁷⁸. Y, por otro lado, admitieron como posibilidad que su obrar obedeciese a la creencia errónea de haber accionado un arma no cargada.

En esas condiciones, no era posible atribuir una decisión de obrar contra el bien jurídico en el procesado, toda vez que dicha suposición (aunque equivocada) fue la que le permitió

⁷⁷ Cf. Roxin, *Op. cit.*, §12, 30: *A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. La "decisión" a que aquí nos referimos no precisa por tanto ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una "resolución".*

⁷⁸ Folio 35 del cuaderno del Tribunal.

confiar (imprudentemente) en la no producción del resultado. Es decir, no tuvo la intención directa de atentar contra el bien jurídico ni tampoco dejó la producción del resultado librado al azar, en tanto que había activado un mecanismo de control (descargar el revólver sin seguir el procedimiento protocolario) que de manera equivocada (y contraria al deber de cuidado) consideró suficiente para no generar daño alguno.

JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO, por lo tanto, no decidió actuar contra el bien jurídico. Simplemente, obró con la confianza de no ocasionar cualquier resultado. Ello encaja en la categoría de la culpa con representación y no la del dolo eventual.

3.2.4. *Por último, no hay motivos políticos criminales, ni relacionados con las funciones de la pena, que devengan en necesaria la atribución subjetiva por dolo eventual.*

Condenar a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO a treinta y cinco (35) años y diez (10) meses de prisión por el homicidio de Maryiris Johana Acosta Hernández es a todas luces innecesario, irrazonable y desproporcionado.

En primer lugar, no es necesario desde el punto de vista de los fines de la pena, en la medida en que no hay motivos preventivo especiales o preventivo generales, ni tampoco de retribución justa, para imponerle al acusado una sanción de semejante índole. Por un lado, la acción consistió en haberle disparado a su propia novia no de una manera intencional, sino como consecuencia de su estolidez: las consecuencias

morales y emocionales de dicha conducta lo van a acompañar toda la vida. Por otro lado, se trató de un comportamiento que desde una perspectiva estadística es insignificante. No hay datos que respalden la idea de abusos por parte de miembros de la fuerza pública en el manejo cotidiano de las armas de fuego. Tampoco obedeció a factores culturales susceptibles de corregir imponiendo aserciones normativas acompañadas de sanciones ejemplares. Fue un hecho aislado, de índole trágica y difícil repetición.

En segundo lugar, confirmar esa pena sería contrario a la razón, así como a la prohibición de exceso, puesto que al procesado no podía atribuírsele dolo eventual sino culpa con representación, conforme a lo analizado. De ahí el absurdo de mantener la pena que le correspondería a quien obró con la intención de lesionar el bien jurídico cuando el aquí acusado ni siquiera adoptó la decisión consciente de dirigirse hacia tal afectación.

3.3. Como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, la Corte casará oficiosa y parcialmente la segunda instancia, en el sentido de declarar al acusado JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO autor responsable del delito de *homicidio culposo* previsto en el artículo 109 del Código Penal.

Por lo tanto, procede a modificar la pena impuesta por la primera instancia y confirmada por el ad quem de la siguiente manera:

El funcionario a quo, al no contar con circunstancias de

mayor punibilidad de que trata el artículo 58 del Código Penal, estableció, en una sanción privativa de la libertad que oscilaba entre cuatrocientos (400) y seiscientos (600) meses, el ámbito de movilidad correspondiente al cuarto mínimo, es decir, de cuatrocientos (400) a cuatrocientos cincuenta (450) meses de prisión. Y, con base en esos extremos, fijó una sanción de cuatrocientos (430) meses o, lo que es lo mismo, de treinta y cinco (35) años más diez (10) meses de prisión⁷⁹.

El artículo 109 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, contempla una pena de prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses, multa de veintiséis coma sesenta y seis (26,66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses.

Teniendo en cuenta la proporción establecida para la sanción privativa de la libertad, el ámbito de movilidad del cuarto mínimo se movería entre los treinta y dos (32) y los cincuenta y un (51) meses, de suerte que la pena por imponer quedaría fijada en cuarenta y tres (43) meses y doce (12) días de prisión.

En relación con las penas de multa y de privación del otro derecho, dado que no estaban previstas para la conducta punible de *homicidio agravado*, las instancias no tuvieron la ocasión de debatir qué factores incidirían en sus respectivas

⁷⁹ Folio 261 del cuaderno del juicio.

individualizaciones (no necesariamente idénticos a los que suscitaron la fijación de la de prisión). Por consiguiente, como hay que determinar el monto de las referidas sanciones a esta altura de la actuación procesal, la Sala tan solo impondrá los mínimos correspondientes: veintiséis (26) coma sesenta y seis (66) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuarenta y ocho (48) meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego.

En consecuencia, la Corte condenará a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO como autor de la conducta punible de *homicidio culposo* a cuarenta y tres (43) meses y doce (12) días de prisión, veintiséis coma sesenta y seis (26,66) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y cuarenta y ocho (48) meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego.

Adicionalmente, le impondrá como pena accesoria de ley cuarenta y tres (43) meses y doce (12) días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora bien, debido a que JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO se encuentra privado de la libertad desde el 28 de diciembre de 2010⁸⁰, es obvio que, al día de hoy, ya cumplió con la sanción privativa de la libertad impuesta. Por lo tanto, la Sala ordenará la libertad inmediata de esta persona, por pena cumplida, previa verificación de que él no está siendo requerido por otra autoridad.

⁸⁰ Folio 2 ibídem.

Por último, aclarará que la decisión de segunda instancia seguirá incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Desestimar los cargos propuestos por el censor contra el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Segundo. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia de segunda instancia.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, declarar a JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO autor responsable de la conducta punible de *homicidio culposo* contemplada en el artículo 109 del Código Penal.

Cuarto. Condenar al procesado a cuarenta y tres (43) meses y doce (12) días de prisión, veintiséis coma sesenta y seis (26,66) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, y cuarenta y ocho (48) meses de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de fuego, así como a cuarenta y tres (43) meses y doce (12) días de inhabilidad para ejercer

derechos y funciones públicas.

Quinto. Ordenar la libertad inmediata de JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO por pena cumplida.

Sexto. Precisar que la decisión de segunda instancia permanecerá incólume en todos los demás aspectos que no fueron objeto de modificación.

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto de siempre por la opinión mayoritaria de la Sala, y acorde con las manifestaciones que expresé durante la discusión del proyecto, una vez derrotada la ponencia que presenté a su consideración, me permito consignar los motivos por los que no comparto la decisión de casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado, en razón de la trasgresión directa de la norma sustancial por aplicación indebida del artículo 104 del Código Penal y la correlativa falta de aplicación del artículo 109 ibídem, en la que supuestamente incurrió el Tribunal, que condujo a que se condenara al acusado FONTALVO MONTAÑO por el delito de homicidio doloso *–eventual–*, cuando la calificación jurídica al tipo subjetivo que correspondía, de acuerdo con los hechos declarados en las instancias, era en la modalidad culposa *–culpa consciente o con representación–*.

Las razones de mi disenso, son en esencia las siguientes:

1. La decisión que se adoptó por la mayoría tiene como argumentos centrales los siguientes:

(i) *«Representarse la producción del resultado típico no es suficiente para atribuir dolo eventual, en tanto ello también constituye un presupuesto de la llamada culpa consciente».*

(ii) *«Los conocimientos especiales en el sujeto activo son en principio criterio de imputación objetiva, es decir,*

están circunscritos a la vulneración de un deber objetivo de cuidado. Por consiguiente, tampoco son suficientes para determinar si, a raíz de su concurrencia en el procesado, éste obró con dolo eventual».

(iii) *«Desde una perspectiva volitivo normativa, no hay razón alguna para colegir en el acusado la decisión de actuar en menoscabo del bien jurídico».*

(iv) *«... no hay motivos político criminales, ni relacionados con las funciones de la pena, que devengan (sic) en necesaria la atribución subjetiva por dolo eventual».*

2. Frente a cada uno de los argumentos trascritos surgen objeciones que evidencian cómo, en el asunto de la especie, no se cumplen las exigencias dogmáticas para concluir que la imputación al tipo subjetivo es culposa – consciente– y, por el contrario, conforme lo concluyeron los juzgadores de instancia, la modalidad de la conducta lo es a título de dolo eventual.

(i) No se discute que en orden a establecer la imputación al tipo subjetivo, tanto el dolo eventual como la culpa consciente suponen un elemento común, cual es la representación del resultado típico o, mejor, el conocimiento sobre que la conducta es capaz de producirlo.

Por igual, en una y otra modalidad de conducta el sujeto no quiere el resultado típico, por lo cual la distinción entre dolo eventual y culpa con representación gira en torno

a la posición que el agente asuma frente a la representación de la probabilidad de afectación del bien jurídico, y para diferenciarlas la doctrina ha desarrollado diversas teorías, entre las que se destacan la teoría de la voluntad o del consentimiento, que hace énfasis en el aspecto volitivo, y la teoría de la probabilidad o de la representación, que enfatiza en el elemento cognitivo del dolo.

Ahora, como lo tiene dicho la Sala⁸¹, a partir de la Ley 599 de 2000, en la legislación penal vernácula se abandona la teoría estricta del consentimiento y se acoge la teoría de la probabilidad, en la cual el componente volitivo del dolo eventual aparece hartamente disminuido, en tanto que el conocimiento sobre la capacidad de la conducta de producir el resultado lesivo es prevalente, donde *«el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo»*⁸², valga decir, lo deja librado al azar.

En esa medida, es equivocado sostener, como se señala en la decisión mayoritaria, que los juzgadores de instancia *«no fueron más allá de la descripción de un contexto de obrar imprudente»*, por el hecho de que reconocieron que la acción emprendida por el acusado permitía a *«cualquiera»* advertir el riesgo de lesión para el bien jurídico o que aquel conocía y entendía, dada su calidad de miembro de la Policía Nacional, que *«con un arma de fuego no se puede jugar»*, pues esa no es la nota que permite distinguir una conducta en la modalidad dolosa –

⁸¹ CSJ SP, 25 ago. 2010, rad. 32964.

⁸² CSJ SP, 15 sep. 2004, rad. 20860.

eventual de una culposa con representación, según quedó visto.

Lo que se extrae de tales asertos, es el propósito de los falladores de destacar que dado el conocimiento especial que tenía el procesado FONTALVO MONTAÑO en el manejo de armas de fuego, le era posible advertir una **altísima probabilidad** de que se produjese el resultado típico o, mejor, que la acción por él realizada, generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, valga decir, apuntar el revólver sobre su novia y accionar el disparador, se concretaría en un resultado antijurídico, habida cuenta que no siguió los protocolos establecidos para descargarlo, los que le eran exigibles en la situación concreta, dada su condición de policía con instrucción en el manejo de ese tipo de artefactos, por lo cual **racionalmente** no podía suponer o confiar en que todos los cartuchos habían sido expulsados del arma en cuestión, de donde se sigue que nada hizo por evitar el resultado lesivo o, en palabras del legislador, lo dejó librado al azar.

Tampoco es acertado sostener que para la configuración del dolo eventual en el asunto de la especie, era necesario establecer que el conocimiento del sujeto sobre la situación riesgosa le permitía suponer que no estaba en posibilidad de controlar las condiciones de realización del resultado lesivo, o que tal suposición sobre el control de los factores de riesgo «*obedeció a un error o estado irracional*», relativo a las «*medidas que de hecho empleó para neutralizar el peligro*».

En efecto, con dicha exigencia se soslaya que, según quedó visto, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido que a partir de la Ley 599 de 2000 se abandonó la teoría del consentimiento como estructura dogmática que busca diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, tomando partido por la teoría de la representación, donde lo relevante es el elemento cognitivo, y aun cuando no desecha totalmente el componente volitivo, éste lo considera acreditado en la medida que el sujeto, no obstante representarse como altamente probable el injusto típico, nada hace por evitarlo.

La referencia que hace la Sala mayoritaria en la decisión de la que respetuosamente me aparto, relacionada con el conocimiento acerca de la falta de control sobre los factores de riesgo, es propia de algunas tesis que la doctrina denomina «*de la actitud interna*», que pretenden distinguir el dolo eventual de la culpa consciente a partir de la verificación de algunas características sustanciales que le son propias a cada una de dichas modalidades de conducta, entre ellas, la teoría de la «*voluntad activa de evitación del daño*» de Kauffman⁸³ y la tesis del «*error sobre la capacidad preventiva del sujeto*» de Kindhäuser⁸⁴, las cuales esencialmente se fundamentan en que cualquier conducta por parte del sujeto, tendiente a evitar el resultado lesivo para el bien jurídico, permite afirmar la existencia de la culpa y excluir el dolo, valga decir, que lo relevante es la

⁸³ Armin Kaufmann, *Dolo* (1960), p. 195.

⁸⁴ Kindhäuser, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, ZStW 96, 1984, p. 1 ss.

actitud del agente al realizar la acción frente a la probabilidad de realización del injusto.

Sin embargo, tales tesis enfrentan serias objeciones que no son abordadas en la decisión de la mayoría, tales como, que no son reconocidas como pauta general para distinguir entre dolo e imprudencia⁸⁵, y que la voluntad de evitación no constituye elemento esencial de la imprudencia ni es criterio definitorio del dolo eventual, constituyéndose a lo sumo en una regla de inferencia probatoria⁸⁶, a pesar de lo cual son acogidas por la Sala como si fueran las que actualmente imperan en la doctrina y, por contera, se desconoce la pluricitada jurisprudencia de esta Corporación que acoge la teoría de la probabilidad.

Al margen de lo anterior, el supuesto fáctico que se declaró probado en las instancias, valga decir, que el acusado FONTALVO MONTAÑO, no obstante haber omitido los protocolos para descargar el arma adecuadamente, la accionó sobre su novia causándole la muerte, en manera alguna configura el error sobre la capacidad de evitación que se afirma estructurado por la mayoría de la Colegiatura, por cuanto, aun aceptando, en gracia de discusión, que la referida teoría es la imperante en punto de distinguir entre dolo eventual y culpa consciente, el supranombrado no podía considerar, ni siquiera bajo el supuesto del error, que controlaba los factores de riesgo de su acción, habida cuenta que no siguió los protocolos para

⁸⁵ Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual, 2011, p. 301.

⁸⁶ Ídem, p. 300.

extraer los cartuchos del revólver utilizando para tal efecto la varilla extractora, luego lo que racionalmente se imponía conocer de su parte era todo lo contrario, esto es, su falta de capacidad para evitar el resultado lesivo y, por ende, su conducta es dolosa aunque no hubiera querido su producción *-dolo eventual-*.

(ii) En la teoría de la imputación objetiva, para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta se requiere, además de la relación de causalidad, que la misma haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en el resultado, entendido este último en un sentido normativo y no exclusivamente naturalístico⁸⁷.

Partiendo de tal concepto es posible afirmar, como lo sostiene buena parte de la doctrina⁸⁸, que la teoría de la imputación objetiva, entendida como el método que permite establecer el «*núcleo de la acción penalmente relevante*»⁸⁹, es aplicable tanto al delito imprudente como a conductas dolosas, aun cuando *prima facie* se le relacione con aquel, debido principalmente a que el primero de sus elementos, valga decir, la creación de riesgos jurídicamente desaprobados «*se la asimila frecuentemente a un concepto*

⁸⁷ Yesid Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, Tercera edición, 2005, p. 78.

⁸⁸ Juan Bustos Ramírez, Hans-Heinrich Jescheck, Karl Larenz, Theodor Lenckner, Manfred Maiwald, Maurach-Zipf, Harro Otto, Claus Roxin, Hans-Joachim Rudolphi, Eberhard Schmidhäuser, Günter Stratenwerth, Klaus Ulsenheimer, Johannes Wessels.

⁸⁹ Yesid Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, Tercera edición, 2005, p. 81.

que como el deber de cuidado fue originalmente ideado como requisito propio del delito imprudente»⁹⁰.

En esa medida, si bien es correcto afirmar que en la determinación de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado uno de los aspectos a tener en cuenta es el relativo a los conocimientos especiales del individuo, dado que no a todas las personas le son exigibles las mismas conductas, lo cual dependerá del ámbito de competencia que le corresponda a cada sujeto, esto es, teniendo en consideración la posición de garante que tenga, lo que resulta contrario a la teoría de la imputación objetiva es sostener que como dicho factor es «*en principio [un] criterio de imputación objetiva*», de ello se sigue que está circunscrito a la vulneración de un deber objetivo de cuidado y, por consiguiente, tal elemento es insuficiente para determinar en el caso concreto si el acusado obró con dolo eventual y, en cambio, permite «*predicar la infracción de un deber objetivo de cuidado o, lo que es lo mismo, de una conducta culposa*».

Con la referida tesis se desconoce que la imputación jurídica del resultado es aplicable por igual a delitos dolosos e imprudentes, amén que en ella se confunden la imputación al tipo objetivo, donde tiene cabida la teoría del mismo nombre, con la imputación al tipo subjetivo que, en el caso concreto, es la que suscita la controversia planteada en sede del recurso extraordinario.

⁹⁰ Ídem, p. 82.

En otras palabras, cumplidos los presupuestos de la teoría de la imputación objetiva en orden a establecer que un resultado es atribuible a una conducta determinada, «*no está necesariamente satisfecho el aspecto subjetivo del delito*⁹¹»⁹², luego la consecuencia lesiva para el bien jurídico bien puede ser deducida, en el plano de lo subjetivo, en la modalidad dolosa o imprudente, según sea el caso.

La confusión de la opinión mayoritaria surge de entender que como el factor atinente a los conocimientos especiales del agente es «*criterio de imputación subjetiva*», lo cual es acertado, tal aspecto solo es relevante para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado, siendo este último elemento exclusivo de la conducta culposa, inferencia que no consulta la teoría de la imputación objetiva, según quedó visto.

Ahora, como la atribución jurídica del resultado no se discute en el asunto particular, cabe anotar que en punto de la imputación al tipo subjetivo, el pluricitado factor relacionado con los conocimientos especiales resulta especialmente relevante en orden a establecer si el agente se representó como altamente probable la realización del tipo objetivo, no obstante lo cual decidió actuar, valga decir frente al caso concreto, si el acusado FONTALVO MONTAÑO racionalmente estuvo en condiciones de considerar la probabilidad de que al accionar el revólver sobre la

⁹¹ «Consideran que la imputación sigue siendo “objetiva” en cuanto no se ocupa de los fenómenos del dolo y la culpa, Santiago Mir Puig, *Derecho...*, ed. cit. pág. 192; Claus Roxin, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit. pág. 250. Sobre lo “objetivo” de una teoría de la imputación objetiva, cfr. *Supra* III-3».

⁹² Yesid Reyes Alvarado, *Imputación Objetiva*, Tercera edición, 2005, p. 144.

humanidad de su novia, no empece haberlo «descargado», le causaría daño a su vida o integridad personal, a pesar de lo cual decidió continuar con la acción.

Por tanto, no resulta acertado, como se considera en la decisión mayoritaria, calificar de insuficientes las circunstancias que tuvieron en cuenta los jueces de instancia en orden a sostener la imputación al tipo subjetivo a título de dolo eventual, habida cuenta que además de estimar demostrado el conocimiento del procesado acerca del riesgo generado con la conducta de accionar el arma de fuego sobre la humanidad de la habitada, también arguyeron que éste estaba en condiciones de conocer la gran probabilidad de que se produjera el resultado lesivo, pues aun cuando igualmente reconocen que no hay evidencia de que FONTALVO MONTAÑO quisiera su realización, el hecho de que éste no observara el protocolo establecido para descargar el revólver de manera adecuada y segura, no obstante sus conocimientos especiales en el manejo de ese tipo de artefactos, evidenciaba la temeridad de su conducta y la inminencia de la concreción de la infracción penal, luego ante tal supuesto no es razonable concluir que al procesado debe reconocérsele «*la suposición racional de tener control sobre la fuente de riesgo*» y, por ende, que obró culposamente.

(iii) Una de las teorías que pretenden diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación es la llamada «*decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos*» formulada por Claus Roxin, según la cual «*quien incluye en*

*sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma lo disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque solo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo– en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo»⁹³, la cual ha sido criticada por un sector de la doctrina autorizada por las mismas objeciones que se formulan a las teorías del consentimiento, abandonadas por la legislación penal vernácula a partir del código de 2000, valga decir, porque se amplía arbitrariamente el concepto psíquico de «*decisión*», semejante al de «*voluntad*» de las tesis volitivas, aplicándolo a eventos en los que el agente «*no quiso*» determinado resultado⁹⁴; amén de las dificultades que plantea la constatación de un hecho interno del agente.*

Al margen de lo anterior, dicha teoría tampoco sustenta la conclusión de la Sala mayoritaria en el sentido de que como en el caso concreto el Tribunal reconoció que en la conducta del procesado no se advertía la intención de dar muerte a su compañera sentimental, pero además que su obrar obedeció a la creencia de haber accionado un arma de fuego no cargada, de ello se sigue que no se evidencia la decisión del mencionado de obrar en contra del bien jurídico, luego su conducta es imprudente.

⁹³ *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4th edition. Verlag C. H. Beck, München 2006, 12, no. m. 23.

⁹⁴ Gabriel Pérez Barberá, *El dolo eventual*, 2011, p. 339.

En efecto, a tal aserto caben las mismas objeciones que se han venido formulando a la decisión de la que se disiente, toda vez que afirmar que el acusado FONTALVO MONTAÑO «*no tuvo la intención directa de atentar contra el bien jurídico*» en manera alguna es argumento suficiente sostener la atribución del resultado muerte de Maryiris Johana Acosta Hernández en la modalidad de culpa consciente, pues dicho elemento, esto es, no querer la realización de la infracción penal que se advierte como probable, es también fundamento del dolo eventual.

Por otra parte, de la acción de «*descargar*» el revólver tampoco es razonable inferir que aquel no dejó «*la realización de dicho peligro libre o ausente de cualquier control*», pues dicha tesis desconoce que el supranombrado no siguió los protocolos para tal efecto, los que debía conocer, especialmente debido a su condición de miembro de la Policía Nacional, luego racionalmente, se itera, no le era posible suponer, ni siquiera bajo el supuesto del error, cuya constatación carece de fundamento probatorio, que la conducta por él realizada de accionar el arma de fuego sobre su novia, no encerraba un riesgo concreto, serio e inmediato; es decir, en el caso particular no existió por parte del acusado voluntad de evitación ni confianza – racional– en la evitación del resultado lesivo como para excluir la conducta dolosa eventual y reafirmar la culpa consciente.

(iv) Finalmente, al margen de los motivos de política criminal que se esgriman, o de las funciones de la pena que

se arguyan, tales razones en manera alguna se ofrecen pertinentes para sustentar la atribución de una específica modalidad de conducta, valga decir, dolo eventual o culpa consciente, frente a un determinado resultado lesivo.

De ninguna manera los fines de prevención especial o general, positiva o negativa, retribución justa o cualquiera otro que se considere, tienen relación con la imputación al tipo subjetivo, por lo que resulta bastante exótico traer a colación un razonamiento de ese jaez para sostener que en el asunto de la especie, como las referidas funciones de la pena no aconsejan «*imponerle al acusado una sanción de semejante índole*», esto es, la que le fue aplicada en las instancias, de ello se sigue que la conducta por él realizada es imprudente –*culpa consciente*–.

En ese orden, lo «*absurdo*» no es mantener la decisión de las instancias que condenaron al inculcado FONTALVO MONTAÑO como autor del homicidio de Maryiris Johana Acosta Hernández, a título de dolo eventual, como se sostiene en la decisión mayoritaria, sino afirmar, como allí se hace, que por las razones citadas *ut supra* o porque «*no hay datos que respalden la idea de abusos por parte de miembros de la fuerza pública en el manejo cotidiano de las armas de fuego*», la conducta imputada al supranombrado es imprudente y no dolosa eventual.

3. Ahora, las razones por las cuales el suscrito considera que la conducta del procesado FONTALVO MONTAÑO

se realizó con dolo eventual y no con culpa consciente, son las siguientes:

Inicialmente resulta necesario traer a colación lo señalado por la Sala en torno a la discusión que se suscita entre la posibilidad de predicar dolo eventual y culpa con representación.

Cabe recordar entonces que la Sala, en punto de la discusión que surge para establecer la frontera entre dolo eventual y culpa con representación, ha señalado:

...la Corte considera necesario hacer algunas precisiones en relación con los contenidos del dolo, sus modalidades, la proximidad conceptual entre el dolo eventual y la culpa con representación (consciente), las teorías que se han expuesto para establecer sus diferencias, el marco jurídico en el sistema penal colombiano, la comprobación de los componentes internos del dolo y los hechos probados.

El dolo ha sido definido tradicionalmente como la simbiosis de un conocer y un querer, que se ubica en la vertiente interna del sujeto, en su universo mental. En materia penal se dice que actúa dolosamente quien sabe que su acción es objetivamente típica y quiere su realización.

De acuerdo con esta definición, alrededor de la cual existe importante consenso, el dolo se integra de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener

conocimiento o conciencia de los elementos objetivos del tipo penal respectivo. Y otro volitivo, que implica querer realizarlos.

Estos componentes no siempre presentan los mismos grados de intensidad ni de determinación. Ello ha dado lugar a que la doctrina dominante distinga, en atención a la fluctuación de estos aspectos, tres clases de dolo: El directo de primer grado, el directo de segundo grado y el eventual.

El dolo directo de primer grado se entiende actualizado cuando el sujeto quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, llamado también de consecuencias necesarias, cuando el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

En todos los eventos es necesario que concurren los dos elementos del dolo, el cognitivo y el volitivo, pero en relación con este último sus contenidos fluctúan, bien porque varía su sentido o porque su intensidad se va desdibujando, hasta encontrarse con las fronteras mismas de la culpa consciente o con representación, que se presenta cuando el sujeto ha previsto la realización del tipo objetivo como probable (aspecto cognitivo), pero confía en poder evitarlo.

En estas específicas fronteras es que surge el problema jurídico que hoy ocupa la atención de la Sala: definir si el Tribunal acertó al ubicar la conducta del procesado dentro del marco del dolo eventual como modalidad del tipo subjetivo, o si esta decisión es equivocada, y la categoría llamada a regular el caso es la culpa consciente o con representación.

Las dificultades surgen de sus similitudes estructurales. Tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación o consciente, el sujeto no quiere el resultado típico. Y en ambos supuestos el autor prevé la posibilidad o probabilidad que se produzca el resultado delictivo. Por lo que la diferencia entre una y otra figura termina finalmente centrándose en la actitud que el sujeto agente asume frente a la representación de la probabilidad de realización de los elementos objetivos del tipo penal.

Muchos han sido los esfuerzos que la doctrina ha realizado con el fin de distinguir el dolo eventual de la culpa consciente o con representación, y variadas las teorías que se han expuesto con ese propósito, pero las más conocidas, o más sobresalientes, o las que sirven generalmente de faro o referente para la definición de este dilema, son dos: la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación.

La teoría de la voluntad o del consentimiento, hace énfasis en el contenido de la voluntad. Para esta teoría, la conducta es dolosa cuando el sujeto

consiente en la posibilidad del resultado típico, en el sentido de que lo aprueba. Y es culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá.

La teoría de la probabilidad o de la representación enfatiza en el componente cognitivo del dolo. Para esta teoría existe dolo eventual cuando el sujeto se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.

*Lo decisivo para esta teoría, en palabras de MIR PUIG, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Aunque las opiniones se dividen a la hora de determinar exactamente el grado de probabilidad que separa el dolo de la culpa, existe acuerdo en este sector en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una **gran probabilidad** de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste, reconocida por el autor, era muy lejana. **No importa la actitud interna del autor — de aprobación, desaprobación o indiferencia— frente al hipotético resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción**⁹⁵.*

⁹⁵ “MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, tercera edición, Barcelona, 1990, páginas 264.”

Si para la teoría del consentimiento —afirma RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS— el centro de gravedad lo ocupa la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase.

Como puede verse —continúa diciendo el autor [recién citado]— la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional, pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación del sujeto sin que importen sus causas (en palabras de LAGMAN, la representación de la probabilidad del resultado no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción)⁹⁶.

*Hasta el año 2001, la legislación colombiana se mantuvo fiel a los postulados de la teoría del consentimiento, como estructura dogmática que busca explicar la frontera entre el dolo eventual y la culpa con representación⁹⁷. Pero en la Ley 599 de 2000, tomó partido por la teoría de la representación, al definir el dolo eventual en los siguientes términos: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal **ha sido prevista***

⁹⁶ “RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. JB, Barcelona, 1999, páginas 67 y 68.”

⁹⁷ “El artículo 36 del Decreto 100 de 1980 definía el dolo de la siguiente manera: «La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando **la acepta previéndola como posible**»”

como probable y su no producción se deja librada al azar”. Sobre esta variación, dijo la Corte,

“(…) en lo atinente a la teoría del dolo eventual, el código de 1980 había acogido la llamada teoría estricta del consentimiento —emplea la expresión «la acepta, previéndola como posible»—, en el que existe un énfasis del factor volitivo cuando el autor acepta o aprueba la realización del tipo, porque cuenta con el acaecimiento del resultado.

*El código de 2000, en cambio, abandona esa afiliación teórica para adoptar la denominada teoría de la probabilidad, en la que lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente. Irrelevante la voluntad en esta concepción del dolo eventual... el sujeto está conforme con la realización del injusto típico, porque al representárselo como probable, nada hace por evitarlo*⁹⁸.

*Desde ahora es importante precisar que la representación en esta teoría (aspecto cognitivo) está referida a la probabilidad de producción de un resultado antijurídico, y no al resultado propiamente dicho, o como lo sostiene un sector de la doctrina, la representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es que el sujeto **prevea como probable la realización del tipo objetivo, y no***

⁹⁸ “C.S.J., Casación 20860, sentencia de 15 de septiembre de 2004.”

obstante ello decida actuar, con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro.

La norma penal vigente exige para la configuración de dolo eventual la confluencia de dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico, y (ii) que deje su no producción librada al azar.

En la doctrina existe consenso en cuanto a que la representación de la probabilidad de realización del tipo delictivo debe darse en el plano de lo concreto, es decir, frente a la situación de riesgo específica y no en lo abstracto. Y que la probabilidad de realización del peligro, o de producción del riesgo, debe ser igualmente seria e inmediata, por contraposición a lo infundado y remoto.

Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta indiferencia por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.

Dejar al azar es optar por el acaso, jugársela por la casualidad, dejar que los cursos causales continúen su rumbo sin importar el desenlace, mantener una actitud de desinterés total por lo que pueda ocurrir o suceder, mostrar indiferencia por los posibles resultados de su conducta peligrosa, no actuar con

voluntad relevante de evitación frente al resultado probable, no asumir actitudes positivas o negativas para evitar o disminuir el riesgo de lesión que su comportamiento origina.

La voluntad de evitación y la confianza en la evitación son conceptos que tienen la virtualidad de excluir o reafirmar una u otra modalidad de imputación subjetiva, según concurran o no en el caso específico. El primero implica un actuar. El segundo, la convicción racional de que el resultado probable no se producirá. Si existe voluntad de evitación, se excluye el dolo eventual, pero no la culpa con representación. Si existe confianza en la evitación, y esta es racional, se reafirma la culpa con representación y se excluye el dolo eventual.

Las dificultades que suscita la comprobación directa de los componentes internos del dolo eventual (cognitivo y volitivo), han obligado a que su determinación deba hacerse a través de razonamientos inferenciales, con fundamento en hechos externos debidamente demostrados, y en constantes derivadas de la aplicación de reglas de la experiencia, como el mayor o menor grado de peligrosidad objetiva de la conducta, o mayor o menor contenido de peligro de la situación de riesgo, o la calidad objetiva del riesgo creado o advertido. (negrillas en el texto original y subrayas fuera del mismo. CSJ SP., 25 ago. 2010, rad. 32964)

Entonces, el criterio para determinar si se está ante un delito cometido con dolo eventual o con culpa con representación, conforme lo ha expresado la Sala a partir de la teoría de la representación, según viene de recordarse, es

el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor, así que si éste se representa una gran probabilidad de que se producirá y deja su no realización librada al azar, se estará ante lo primero y, si la posibilidad admitida es lejana y se confía, racionalmente, en su evitación, se estará ante lo último.

Es preciso agregar, que en la decisión mayoritaria se asegura que como el acusado estuvo convencido, así fuera erradamente, para el momento de los hechos, de que el arma estaba descargada, pues en su tambor solo estaba el cartucho percutido, de manera que el resultado se produjo porque no contó la munición o la expulsó con la varilla extractora que tiene el revólver, de estas afirmaciones se sigue que en el caso concreto se consolida del dolo eventual y no la culpa consciente, como en adelante se evidenciará.

Para el efecto, resulta oportuno recordar que los hechos relevantes debidamente demostrados fueron los siguientes:

1. El acusado, en el momento de los hechos, era patrullero de la Policía Nacional con sede en Barranquilla, de modo que había culminado completamente su proceso de capacitación, el que incluía el manejo de armas de fuego.

2. Para el desempeño de sus funciones se le había entregado un revólver con su respectiva munición.

3. Todas las partes de arma que se le entregó al inculpado estaban en buen estado de funcionamiento y conservación.

4. El *“Decálogo de seguridad con las armas de fuego”* de la Policía Nacional prevé en su numeral 3º: **“NUNCA apunte un arma cargada o descargada hacia objetivos a los cuales no piensa disparar”**.

5. Al medio día de la fecha de los hechos el acusado arribó a la residencia de su tía donde tenía su domicilio, a la cual había llegado con la víctima.

6. El enjuiciado ingresó a la vivienda y mientras caminaba hacia su interior hasta llegar a la cocina, descargó el arma sin utilizar la varilla extractora, ni contar los cartuchos extraídos o revisar el tambor de la misma.

7. Asumiendo que el arma estaba descargada, el inculpado apuntó y disparó a la víctima a corta distancia cuando ésta saludaba a la tía de aquel en la cocina.

De los hechos que se acaban de reseñar surge con claridad que el procesado, por su condición de patrullero de la Policía Nacional, tenía conocimiento sobre el manejo de

armas de fuego, entre otras cosas, de la manera como debían descargarse y usarse.

En esa medida, sabía que la forma correcta de despojar el arma de los cartuchos era accionando el seguro del cilindro, proceder a sacar el mismo y, acto seguido, empujar la varilla extractora para conseguir la expulsión de la munición alojada en el tambor.

Ese procedimiento no fue seguido rigurosamente por el acusado, pues prueba de ello es que en el cilindro quedó depositado un cartucho, de donde se sigue que se limitó a accionar el seguro del tambor y luego lo extrajo, después de lo cual sacó la munición volteando el arma.

Al respecto es preciso anotar, que la varilla extractora de la que están provistos revólveres como el que portaba el encartado, garantiza la expulsión simultánea de todos y cada uno de los cartuchos, por cuanto opera a manera de émbolo que los empuja, sin que por tanto sea posible que tras accionarla alguno de ellos quede alojado en el cilindro, pues, de un lado, la prueba señaló que el arma del inculcado tenía todas sus partes en buen estado de funcionamiento y conservación, amén de que la forma y robustez de la varilla en mención hace imposible que a pesar de utilizarse continúe alguna munición en el interior del tambor, por lo que si se hubiera utilizado no habría lugar a que se extrajeran 5 de los 6 cartuchos, como a la postre sucedió.

De otra parte, la prueba también señala que el procesado disparó el arma contra la víctima, pues de ello da cuenta el relato ofrecido por MARÍA LOURDES MONTAÑO CORRALES, a partir del cual se sabe que ella se hallaba en la cocina frente a la estufa, recinto al que llegó la occisa y la saludó, manteniéndose MARÍA LOURDES de espaldas, tras lo cual la escuchó decir: “*Jeffrey, con eso no se juega*”, y acto seguido sobrevino el mortal disparo.

Cabe agregar que tal situación, esto es, que el acusado le disparó a la víctima, se corrobora igualmente con el hecho de que al hallar residuos de pólvora en el brazo derecho de la obitada, se concluyó que el disparo había sido realizado a corta distancia, así como por la localización de la herida, pues dada la estatura del acusado y de la occisa, y estar ambos en un mismo plano, ello permitió afirmar que el implicado levantó el arma y disparó, mientras que la víctima extendió su brazo y giró agachándose estando de frente a él, pues la expresión de alerta da lugar a sostener que lo estaba observando.

Para predicar que un delito se ha cometido con dolo eventual, en síntesis es necesario evidenciar que el autor se ha representado o conoce de la concreta probabilidad de la producción del resultado antijurídico en razón de su conducta y no obstante prosigue en ella con desprecio del bien jurídico puesto en peligro.

Así las cosas, frente al caso de la especie se tiene que las armas de fuego, por el peligro real que envuelven, en tanto están diseñadas para lesionar, exigen del cumplimiento riguroso de protocolos para garantizar su manejo seguro.

Del peligro que significan las armas de fuego y de los protocolos que se deben seguir para su manipulación segura, era pleno conocedor el procesado, como quiera que había culminado su instrucción para convertirse en patrullero de la Policía Nacional, a quien por tal motivo se le había entregado uno de esos artefactos para el cumplimiento de sus deberes.

Dentro de esos protocolos estaba el que se debe seguir para descargar el arma de fuego que se le entregó, el cual, como se dejó expuesto, exigía hacer uso de la varilla extractora con el fin de garantizar la total expulsión de los cartuchos, incluso contarlos y revisar que el cilindro estuviera vacío, previsiones que el acusado no atendió, en tanto que solo volteó el arma para sacarlos, pues de lo contrario no habría quedado uno de ellos alojado en el tambor, el cual a la postre le segó la vida de la víctima.

Ahora, amén de conocer el riesgo concreto que representan las armas de fuego y que las mismas no se descargan de la manera que lo hizo, optó por apuntar contra la víctima y accionar el gatillo, a pesar de que el

“Decálogo de seguridad con las armas de fuego” de la Policía Nacional establece que “**nunca**” se debe apuntar un arma hacia objetivos a los que no se pretende disparar.

En esa medida, como quiera que es claro que el inculpatado se representó o conocía la concreta y elevada probabilidad de la producción del resultado antijurídico derivado de su conducta y no obstante continuó en su ejecución, **es incontrovertible que dejó su no ocurrencia librada al azar**, por lo cual no llama a duda que el atentado contra la vida lo cometió con dolo eventual.

Por tanto, para que pudiera afirmarse con alguna expectativa de éxito que el homicidio que convoca la atención es culposo, como lo sostiene la decisión mayoritaria, era necesario que demostrara que la posibilidad del resultado era remota e igualmente cierta la confianza en poder evitarlo, aspectos que no fluyen de las pruebas conforme viene de analizarse.

Por el contrario, la extrema temeridad asumida por el procesado es la que aflora patente, en tanto que éste, sin consideración alguna frente a las circunstancias que patrocinó, las que lo ubicaron ante una situación que inexorablemente tenía la capacidad de producir el resultado, valga decir, dejar de lado, a pesar de saberlo, que debía descargar el arma de fuego de una precisa manera a la que no acudió, optó por accionar su revólver

con total indiferencia, aun mediando la advertencia desesperada de la víctima.

Ahora, no se puede afirmar, ni remotamente, que el procesado desconocía el riesgo extremo que se generaba por no seguir los procedimientos para manipular armas de fuego, pues lo que revela la prueba, como ya se dijo, es que había culminado satisfactoriamente su instrucción en la Policía Nacional y por ello se lo había habilitado como patrullero.

Esta potísima razón ineludiblemente lo ubica en una posición en la cual *“actu[ó] pese a conocer el peligro inherente a su acción”*, conforme lo reseña la doctrina más reconocida, la que su vez es admitida pacíficamente por la Sala (CSJ SP., 25 ago. 2010, rad. 32964).

No puede pasarse por alto que el acusado había recibido y superado la capacitación necesaria para ejercer el cargo público de patrullero, formación profesional respecto de la cual el Estado debe asegurarse que sea plena en razón de la función constitucional y legal conferida a ese tipo de servidores, valga decir, mantener el orden público aún con el uso de la fuerza mediando, si es del caso, la utilización de armas de fuego, a las cuales tienen acceso natural como parte de su dotación, lo cual implica que la instrucción sobre su conservación y uso deba ser inicialmente exhaustiva y completa, sino que además requiere que sea permanente en orden a preservar la idoneidad en su empleo.

Tal circunstancia, por tanto, impide relativizar el conocimiento sobre el manejo de las armas de fuego frente a los miembros de la fuerza pública, reitérese, en razón de la función constitucional y legal que tienen asignada.

En el caso particular, pese a la clara situación generada por el procesado, valga decir, hacer un uso inadecuado del arma de fuego que se le entregó por el Estado para el ejercicio de sus funciones como miembro de la fuerza pública, a pesar de conocer la manera correcta de manipularla, condujo a una situación que lo llevó a representarse la realización del injusto típico en razón de su instrucción y a pesar de ello, nada hizo por evitarlo, pues, por el contrario, con extrema indiferencia por el bien jurídico que con ello ponía en riesgo, optó por continuar en el empeño de accionar el revólver contra la víctima.

Bueno es entonces señalar, frente a situaciones como la que convoca la atención, que como lo ha sostenido la Sala (CSJ SP., 25 ago. 2010, rad. 32964), la *“representación debe recaer, no sobre el resultado delictivo, sino sobre la conducta capaz de producirlo, pues lo que se sanciona es el que sujeto prevea como probable la realización del tipo objetivo y no obstante ello decida actuar con total menosprecio de los bienes jurídicos puestos en peligro”*.

De otra parte, conviene precisar que la solución propuesta para este asunto, en modo alguno da lugar a concluir que los miembros de la fuerza pública no puedan

incurrir en conductas culposas o imprudentes cuando manejan armas de fuego, sino que frente al tema que concita la atención, resulta inadmisibile que con total desprecio de los procedimientos sobre la manipulación adecuada de ellas, en este caso se accionara contra la víctima, en razón de la inminente probabilidad de que se produjera el resultado lesivo a la integridad o la vida, dado el hecho incontrastable de que ese tipo de artefactos están diseñados para lesionar, eventos en lo que se está ante una conducta cometida con dolo eventual.

En esas condiciones, una conducta culposa queda descartada, si se tiene en cuenta que para arribar a una conclusión de ese jaez, sería necesario que en el caso de la especie los hechos reflejaran que a pesar de que el procesado previó el resultado como posible, confió en poder evitarlo; sin embargo, las circunstancias conocidas ponen de presente todo lo contrario, pues lo cierto es que previó el resultado como probable y lo dejó librado al azar, de lo que da cuenta que en medio del total desprecio por el manejo adecuado de su arma de dotación, aun así, la dirigió contra la víctima, lo que de suyo ya era peligroso, y no bastándole esto, la accionó a pesar del angustioso ruego de la occisa de que no lo hiciera.

Ahora, no es posible afirmar que la reacción posterior del procesado, de tratar de auxiliar a la víctima, destruya la

conclusión que se viene de señalar, pues lo relevante es que al apuntar directamente su arma de fuego contra la occisa, a sabiendas que no había utilizado el mecanismo para descargarla correctamente, lleva a afirmar que dejó la no producción del resultado librada al alea, al azar.

El Código Penal —artículo 21— expresa que la conducta será dolosa cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como «*probable*», así que a propósito de esto, la teoría de las probabilidades enseña que la frecuencia de un acontecimiento dependerá de las condiciones en que se realice el evento (CSJ SP, 26 oct. 2011, rad. 36357).

En esa medida, no llama a dudas, frente al caso que concita la atención, que si se repitiera el evento conforme las precisas circunstancias presentadas y vista la manera como el procesado descargó su arma de fuego, la probabilidad de que el resultado se produjera era inminente, pues al respecto baste recordar que el primer respondiente, el policial EDWIN PALLARES ORTIZ, quien también había sido armerillo, al ser interrogado acerca de si al descargar el tambor alguna vez se le había quedado munición adentro, expresó que “*a veces ocurre que la munición no es nueva, o sea, lleva cierto tiempo y la pólvora tiende a expandirse un poco... [y] ... por el polvo, por lo*

sudado que el arma está, por lo mojado que pueda estar, se traba, por eso el revólver tiene una manija, una varilla”.

Así las cosas, a la extrema irresponsabilidad del acusado en el manejo de su revólver de dotación, se añade un ingrediente que incrementó la temeridad de su comportamiento, pues no bastándole con omitir los procedimientos establecidos, apuntarle indebidamente a la víctima y accionar efectivamente el revólver; dejó librada al azar la probabilidad de que a dicho artefacto se le podían quedar cartuchos en el tambor, dado que no había empleado el procedimiento adecuado para el descargue del mismo.

Lo que viene de reseñarse pone en evidencia que el manejo del arma de fuego por parte del inculcado no envolvía una situación de riesgo en abstracto sino en concreto, pero además ella era fundada e inmediata, lo que da lugar a alejar una vez más la hipótesis de que se esté ante una conducta punible culposa, en donde ese riesgo debe ser infundado y remoto (CSJ SP., 25 ago. 2010, rad. 32964).

Con todo comedimiento,

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
Magistrado

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA
SP17436-2015 (Rad.: 45008)**

Con el habitual respeto por la decisión mayoritaria, salvo parcialmente mi voto porque, si bien los juzgadores de primera y segunda instancias –según lo dejó consignado la Corte- de manera errónea entremezclaron elementos de la culpa y del dolo eventual cuando, por ejemplo, adujeron que el procesado actuó en *forma descuidada, juguetona o de retozo*⁹⁹, soy del criterio que no había lugar a casar oficiosamente la providencia de segunda instancia, toda vez que JEFFREY JOSÉ FONTALVO MONTAÑO actuó con dolo eventual.

Tradicionalmente el dolo tiene dos componentes, el cognitivo y el volitivo. En la teoría de la imputación objetiva –no desconocida por la jurisprudencia de esta Corporación y la que se hizo mención en el fallo del que me aparto- el segundo no resulta absolutamente necesario para la conceptualización del dolo eventual.

El conocimiento del resultado y el conocimiento de las consecuencias que éste genera son cruciales para determinar si existió o no dolo eventual.

Desde la teoría de la imputación objetiva, es claro que una conducta delictiva solo le puede ser atribuida a una persona

⁹⁹ Página 29.

cuando ésta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción de un resultado.

La persona, entendida como una construcción social, es sujeto de imputación a partir de las expectativas y las defraudaciones. Para tales efectos, se debe tener claro cuáles son sus deberes generales y concretos y cuáles sus roles, pues, en razón de estos, adquiere la posición de garante. Si defrauda esos roles, procede el juicio de imputación.

Bajo este norte, para el injusto penal resulta relevante la relación existente entre “expectativas-defraudaciones”, en cuanto el hombre, entendido como un ser social, está llamado a desarrollar ciertos cometidos y, en ese orden, de cada uno se espera que cumpla con ese papel que le corresponde. De modo que si actúa conforme a aquél, esto es, como se espera, colma las expectativas, empero, si ejerce su función en forma imperfecta, las defrauda.

El delito, entonces, se traduce en un comportamiento que defrauda las expectativas.

Al amparo de esta postura, se visualizan dos vertientes para efectos de la imputación: *(i)* la creación de un riesgo desaprobado –compete constatar si la conducta desplegada por el hombre crea o no un riesgo para el bien jurídico- y *(ii)* la producción de un resultado, tras la gestación de un riesgo no permitido. Solo habrá imputación del resultado si éste es producto de la conducta humana que creó un riesgo no permitido.

El juicio de imputación se hace desde la delimitación del ámbito de competencia del sujeto. Por ende, solo se responde por aquellas conductas que surjan del ámbito de su responsabilidad y que se desprenden de su posición de garante. De manera que antes de examinar si la conducta era evitable o cognoscible, debe verificarse si *el sujeto tenía posición de garante*.

Ahora bien, para demarcar esa esfera de competencia al que corresponde su protección se debe examinar la posición de garantía del sujeto, ya sea por su rol institucional o por el riesgo creado. Y, para concretar este componente, es forzoso analizar a) el riesgo permitido, atendiendo que hay situaciones que constituyen riesgo de daño, pero que son admitidas por la sociedad, por la comunidad –por ejemplo, las competencias automovilísticas o el avión-. No obstante, esos riesgos tienen límites que no se pueden sobrepasar. De manera que si el individuo los supera, el mal causado se le ha de imputar; b) el principio de confianza, que implica que el hombre debe actuar conforme a los comportamientos que le corresponden, acorde a lo que le compete dentro de esa relación “expecativas-defraudaciones”; c) acciones a propio riesgo, que tiene íntima relación con la autopuesta en peligro de la víctima, esto es, no habrá lugar a imputarle a ésta hecho dañoso cuando faltó a los deberes de autoprotección, y d) prohibición de regreso, que si dentro del riesgo permitido se facilita a otro cometer conductas dolosas o culposas.

Una vez demostrada la existencia del riesgo creado, es preciso comprobar que por razón del mismo se produjo el resultado final.

En esta ocasión se constata que no existía un riesgo permitido. Es más, se muestra socialmente desaprobado que el procesado, patrullero de la Policía Nacional, apunte con un arma de fuego a una persona indefensa (su novia), a casi 10 centímetros de su oído, que no ha desplegado conducta alguna que permita inferir que cometerá una conducta punible y accione el gatillo atentando contra su humanidad.

El policial, por tener bajo su dominio un elemento peligroso –arma de fuego-, estaba obligado a ejecutar todas las medidas de seguridad a su alcance para mantener ese riesgo dentro de los límites permitidos. No hacerlo, conduce a imputarle responsabilidad penal.

Para la mayoría de la Sala, el proceder de **FONTALVO MONTAÑO** se adecua en la categoría de la culpa con representación y no a la del dolo eventual.

Al respecto, debo admitir que distinguir entre esas dos formas en que se manifiesta el hecho punible no ha sido tarea fácil para la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto la línea divisoria es bastante delgada, pero no invisible.

A la luz de nuestro ordenamiento penal, ambas formas de responsabilidad parten de una estructura común, esto es, que el autor: *(i)* no desea el resultado y *(ii)* reconoce la posibilidad de que este último se produzca. Sin embargo, esa proximidad se fractura en cuanto en la primera el sujeto confía en que el resultado no se produzca, pero en el eventual se deja librada al azar la producción o no del resultado (artículo 22 de la Ley 599 de 2000).

Entre las varias teorías formuladas por la doctrina para superar la dificultad, está (i) la *del consenso o consentimiento*, conforme a la cual el elemento distintivo es la aprobación interior de la realización del resultado, esto es, que al autor consiente en la posibilidad del resultado; (ii) la de la *probabilidad*, en virtud de la cual se verifica la representación que el autor se haya hecho del resultado advertido, por ende, habrá dolo eventual «*cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado*»¹⁰⁰ y culpa con representación o consciente si la posibilidad del resultado «*reconocida por el autor era muy lejana*»¹⁰¹.

Difícil es ahondar en la esfera íntima del sujeto, no obstante, para efectos de determinar ante qué modalidad de responsabilidad estamos, es preciso adelantar una juiciosa valoración de los elementos probatorios llevados al juicio, en cuanto permiten analizar los sucesos previos (actos preparatorios) y posteriores a la ocurrencia del hecho.

Según el fallo del cual discrepo, el procesado no tuvo la intención de atentar contra el bien jurídico de la vida y tampoco dejó la producción del resultado librada al azar, puesto que había descargado el revólver, aunque admite que sin seguir el procedimiento protocolario, y de manera equivocada consideró tal proceder suficiente para no generar daño alguno.

Tal afirmación, en mi parecer, es desacertada porque pasa por alto un aspecto fundamental: la cláusula de exigibilidad.

¹⁰⁰ Cfr. MIR PUIG Santiago, 1990, *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, p. 264.

¹⁰¹ *Id.*

Al procesado se le imponía obrar de forma distinta, le correspondía adoptar mayores precauciones que otra persona, justamente por su calidad policial. No hacerlo, esto es: *(i)* no descargar el revólver siguiendo los parámetros institucionales debidos y perfectamente conocidos por su condición de patrullero, *(ii)* apuntar con el arma a tan corta distancia y *(iii)* accionar el gatillo, pone en evidencia que dejó la producción del resultado al azar.

En sentido opuesto a lo sostenido por la Sala mayoritaria, los conocimientos especiales del autor se muestran significativos para atribuir el dolo eventual. No contar siquiera los cartuchos que había extraído previamente del arma (revólver) –operación que resulta ser simple, pues tan solo son seis- permite colegir no que se representó un riesgo y confió en poder evitarlo sino en que se representó el resulta como probable, pero no le importó, o se conformó con su posible producción.

Fecha ut supra.

EYDER PATIÑO CABRERA