República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

AP3639-2019

Radicación N° 54.994

Aprobado Acta No. 217

Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por uno de los representantes de las víctimas contra la decisión de 7 de febrero de 2019, adoptada por la Sala Especial de Primera Instancia, mediante la cual declaró extinguida la acción penal y precluyó la investigación adelantada en contra de General (r) RODOLFO PALOMINO LÓPEZ y del Brigadier General (r) LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN, por el delito de calumnia.

ANTECEDENTES

Fácticos.

1. De la información consignada en el auto atacado se extracta que el 29 de agosto de 2013, con ocasión del "paro agrario", en la Plaza de Bolívar de esta capital y sus inmediaciones, durante una de las marchas se presentaron graves disturbios, motivo por el cual el General RODOLFO BAUTISTA PALOMINO LÓPEZ, Director General de la Policía Nacional, y el Brigadier General LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN, Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá –MEBOG-, con el fin de incentivar a la ciudadanía a denunciar, impartieron la orden de elaborar y publicar un cartel titulado "AYÚDENOS A IDENTIFICARLOS", el cual contenía fotografías de 48 personas que, al parecer, habían participado en tales desmanes.

Dicho anuncio fue elaborado por funcionarios de la seccional de inteligencia de la Policía Nacional SIJIN, con base en las imágenes de información ciudadana aportadas al correo *fuentesmebog@correo.policia.gov.co*, así como con fundamento en registros fílmicos de noticias, videos de los circuitos cerrados de establecimientos de comercio, de centros automáticos de policía CAD y puestos de monitoreo.

Dentro de las fotografías publicadas, en esa oportunidad, se encontraban los rostros de los aquí querellantes **Jorge Alejandro Ospina Cogua (n° 34)**, **María Angélica Arias García (n° 37)** y **Cristian Darío Arango Chacón (n° 38)**.

2. El 30 de agosto de 2013, el General PALOMINO rindió declaraciones a varios medios de comunicación, entre ellos, noticias RCN, diario El Tiempo y radio Santa Fe.

En dicha oportunidad, el uniformado anunció la publicación del citado cartel y solicitó la colaboración de la ciudadanía para identificar las personas que allí aparecían, dado que, según sus indicaciones, se trataba de los responsables de los desmanes contra la fuerza pública, quienes estarían llamados a responder por los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, daño en bien ajeno, perturbación y violencia contra servidor público.

3. La Fiscalía 313 de la Estructura de Apoyo de Bogotá, en atención a la información puesta en conocimiento por la Policía Nacional, inició la correspondiente investigación bajo radicado n° 110016100163020138015 9.

3.1. En esa indagación, el apoderado del querellante Ospina Cogua solicitó audiencia de control de garantías con el fin de requerir medidas de protección a favor de su representado, vistas las declaraciones del Director de la Policía.

3.2. El 2 de octubre de 2013, el Juzgado 72 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, acogió la solicitud de medidas de protección a favor de Ospina Cogua y ordenó que se eliminara la fotografía correspondiente del cartel, en razón de la afectación a los derechos

fundamentales al buen nombre y a la presunción de inocencia.

4. El 6 de septiembre de 2013, por estos hechos, Jorge Alejandro Ospina Cogua interpuso acción de tutela ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en contra del General RODOLFO PALOMINO. El amparo fue negado luego de considerar que la finalidad buscada con el cartel era legítima. La Corte Suprema de Justicia, en fallo de 17 de octubre de 2013, confirmó tal determinación.

5. A su vez, por estos hechos, Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García interpusieron acción de tutela en contra de la Policía Nacional, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que la negó mediante proveído de 12 de noviembre de 2013.

Ese pronunciamiento fue revisado por la Corte Constitucional que, a través de la T-358 de 10 de junio de 2014, confirmó la de primera instancia por tratarse de un hecho superado, pero reconoció que se encontraban frente a un daño consumado frente a los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre de los accionantes, de tal manera que dispuso su resarcimiento por parte de la entidad accionada, con la publicación de un aviso en el que se debía especificar que los aludidos accionantes carecían de antecedentes penales.

6. Adicionalmente, tanto de la actuación, como de las intervenciones en audiencia, se pudo establecer que el 3 de

octubre de 2013, el General MARTÍNEZ GUZMÁN rindió nuevas declaraciones a La W radio y a RCN, en las que realizó manifestaciones en contra de Ospina Cogua.

Procesales.

1. El 31 de marzo de 2014[1], Jorge Alejandro Ospina Cogua radicó querella por estos hechos.

2. El 1 de septiembre de 2014, la Fiscalía 11° de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia citó a las partes a diligencia de conciliación, según las previsiones de los artículos 522 y siguientes de la Ley 906 de 2004, que fracasó por inexistencia de ánimo conciliatorio entre las partes.

3. Previa solicitud en tal sentido, el 31 de octubre de 2018 culminó la audiencia de solicitud de preclusión ante la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia.

AUDIENCIA DE PRECLUSIÓN

En tres sesiones[2] de audiencia se presentaron las siguientes intervenciones:

---

[1] Se precisa que en el expediente allegado a la Corporación no obra copia de las querellas presentadas. En las intervenciones en audiencia se mencionó que la querella había sido presentada por Ospina Cogua el 12 de marzo de 2014, empero en el auto impugnado (fls. 3 y 9) se consignó, indistintamente, que la querella había sido radicada el 12 y el 31 de marzo de 2014.
[2] 16 de enero, 31 de octubre y 5 de diciembre de 2018.

1. El Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, con fundamento en 34 elementos materiales probatorios, solicitó la preclusión de la investigación a favor de PALOMINO LÓPEZ y MARTÍNEZ GUZMÁN por atipicidad subjetiva del hecho investigado, en los términos de la causal 4° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

Descartó la configuración de los delitos de injuria, prevaricato por acción y abuso de autoridad, por cuanto, respectivamente, los denunciados no realizaron comentarios deshonrosos genéricos, no se había adoptado ninguna resolución, dictamen o concepto manifiestamente contraria al ordenamiento y que el abuso de autoridad era un delito subsidiario, por lo que el análisis se limitaba al punible de calumnia.

En esencia, destacó que la orden de elaborar el cartel obedeció a: i) mandato presidencial en tal sentido y ii) el cumplimiento de deberes policiales, mientras que el contenido de aquél fue determinado por la información allegada a la Policía Nacional (correos electrónicos y videos).

De tal modo, los Generales actuaron con el convencimiento de que los rostros que aparecían en el cartel correspondían a quienes habían participado en los desmanes, por lo que la expresión por ellos utilizada carece de la voluntad de ocasionar daño a los quejosos, máxime si se tenía en cuenta que la única finalidad perseguida con el aviso era la colaboración de la comunidad en la identificación de los responsables de los graves hechos.

Descartó que la orden de la Corte Constitucional, para resarcir el daño causado, permitiera concluir que los hechos se adecuaban al delito investigado, pues, tal y como lo reconoció el Tribunal Superior, al negar el amparo, la tensión entre los derechos fundamentales de los querellantes y la tranquilidad de la sociedad se resolvió en favor de ésta, situación que fue confirmada por esta Corporación en fallo de tutela 69.786 de 17 de octubre de 2013, toda vez que lo único que se pretendía era la identificación de los responsables, como fin legítimo, y el acercamiento de los señalados con fines de aclaración de los sucesos ocurridos.

Enfatizó en que ninguna de las conductas atribuidas a los Generales denunciados era posible evidenciar un ánimo de deshonrar o una intención dañina hacía los querellantes y que algunos medios de comunicación eran los responsables de las manifestaciones que, a pesar de no haber sido realizadas por los denunciados, les eran atribuidas.

En materia de la medida de protección ordenada por el Juez 72 con función de Control de Garantías, acogió la manifestación de MARTÍNEZ GUZMÁN en el sentido de que el cartel no fue elaborado caprichosamente, sino con fundamento en la información recogida en los respectivos videos y correos electrónicos, por lo que resultaba "*extraño*" no poder "*mostrar a quienes causan daño al país*".

Precisó que la querella de Ospina Cogua fue presentada 6 meses y 12 días después de la ocurrencia de los hechos, por

lo que, al ser el delito de la calumnia de naturaleza querellable, se produjo la caducidad de la misma, en los términos del artículo 73 de la Ley 906 de 2004. No obstante, aclaró que "*las restantes se radicaron oportunamente*".

Finalmente, indicó que la Procuraduría General de la Nación se inhibió de iniciar investigación disciplinaria por estos hechos.

2. El apoderado de Ospina Cogua se opuso a la solicitud.

Consideró que las declaraciones rendidas el 30 de agosto de 2013 no dejaban duda sobre la intención de calumniar a su prohijado. Sin embargo, reconoció que éste sí había participado en las marchas, no así en los desmanes, ni perteneció al *cartel de los vándalos*.

Aseveró que los efectos nocivos de la publicación sólo cesaron el 2 de octubre de 2013 con la orden emitida por el Juez de Garantías, situación que impedía predicar la caducidad de la querella.

Expresó que el General MARTÍNEZ, inconforme con la precitada orden judicial, en medios televisivos, el 3 de octubre de 2013, se refirió a su representado como "delincuente", que quería pasar como "angelito", afirmaciones que evidencian el dolo con el que procedió.

Refirió que la jurisprudencia tiene establecido que publicar imágenes o datos de personas sin sustento legal o

probatorio generan afectación a la honra y buen nombre del interesado, máxime si en este caso la Policía "*no aportó la evidencia para sostener la participación en los desmanes*".

Informó que la Fiscalía no había desarrollado una investigación "*integral*" y que tampoco había procedido a practicar dos medios de prueba por él solicitados oportunamente.

3. La apoderada de Arias García y de Arango Chacón coadyuvó lo manifestado y precisó que judicialmente se había declarado la configuración de un daño consumado al buen nombre y que el 29 de abril de 2018, el Juzgado 34° Administrativo de Bogotá falló, en primera instancia, a favor de sus representados la acción de restablecimiento de derechos, en contra de la Policía Nacional, por los hechos aquí investigados, encontrándose en curso el recurso de apelación.

4. El Procurador 4° Delegado para la Investigación y el Juzgamiento coadyuvó la solicitud de la Fiscalía en cuanto a la atipicidad subjetiva, pero se opuso a la preclusión al estimar que la conducta podía adecuarse en otro tipo penal.

Lo anterior, por cuanto si bien el contenido del cartel no atribuyó en concreto la comisión de conductas punibles a los querellantes, los hechos *se podrían constituir* en el delito subsidiario de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

Consideró que la elaboración del afiche debió respetar el artículo 205 de la Ley 906 de 2004 y que no podía la Policía, sin coordinada intervención de la Fiscalía General de la Nación, preparar un cartel para identificar presuntos responsables.

5. Tanto las defensas técnicas como materiales coadyuvaron la solicitud de preclusión, en el entendido que el cartel y su publicación carecían de la intención de afectar derechos fundamentales de las víctimas, pues se perseguía el cumplimiento de una función policiva y la pronta identificación de los responsables de los hechos vandálicos.

Rechazaron haber empleado el término *vándalos*, el cual fue acuñado por los medios de comunicación, así como la existencia de enemistad con los denunciantes.

6. El 7 de febrero del año en curso se adelantó la audiencia de lectura de la decisión por medio de la cual la Sala Especial de Primera Instancia precluyó la investigación.

Leída y notificada la providencia en estrados, los representantes de víctimas interpusieron el recurso de apelación y solicitaron programar una fecha para proceder a la sustentación.

Efectuado un receso, con la finalidad de analizar la petición, la Sala procedió a señalar la nueva fecha para adelantar la diligencia.

7. Sustentada la apelación y finalizadas las intervenciones, la Sala concedió el recurso interpuesto por el apoderado de Ospina Cogua y declaró desierto, por falta de sustentación, el presentado por el representante de Arango Chacón y Arias García, sin inconformidad por parte del interesado.

DECISIÓN IMPUGNADA

1. La Sala Especial de Primera Instancia, después de afirmar su competencia en el caso en concreto, señaló que, demostrado el motivo de preclusión alegado, le corresponde al juez de conocimiento decretarla, incluso en aquellos casos en los que se alude a una causal, empero los elementos materiales probatorios acreditan una diferente (CSJ, SCP, rad. 34.919, 17 de noviembre de 2010).

2. Reiteró la jurisprudencia[3] en materia del delito de calumnia para insistir en que se trata de un ilícito de mera conducta, eminentemente doloso, que requiere para su configuración la falsa atribución de una conducta típica en condiciones debidamente claras, concretas, circunstanciadas y precisas, con mínimos de tipicidad que acrediten de forma seria y objetiva la manifestación calumniosa acompañada de un *animus difamandi*.

[3] Aludió a CSJ SCP Rad 12445, providencia de 14 de mayo de 1998 reiterada en Rad. 20921, 2 de marzo de 2005, Rad. 30644 16 de diciembre de 2008 y Rad 39239, 30 de abril de 2014; SP 10 jul 2013, Rad 38909; SCP, sentencia de 10 de agosto de 2016, Rad. 42706.

Así aseveró que si la conducta "*no reúne estos requisitos resulta inidónea para mancillar la integridad moral, por consiguiente, deviene atípica*".

3. Indicó que, a pesar de los términos de la solicitud, en cuanto al querellante Ospina Cogua, se había acreditado en las diligencias la causal primera del artículo 332 de la ley 906 de 2004 y por ello no podía iniciar la acción "*por haber caducado la querella al instante de su presentación*".

Lo anterior, toda vez que los hechos atribuidos a los indiciados ocurrieron el 30 de agosto de 2013 y Ospina Cogua presentó la querella, ante la Fiscalía, el 31 de marzo de 2014, es decir, transcurridos más de 6 meses, sin haber demostrado que, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente acreditados, no hubiere tenido conocimiento de la ocurrencia de los sucesos.

Para la primera instancia, la prueba del conocimiento que tenía el interesado de los hechos la constituyen el fallo de tutela de 13 de septiembre de 2013, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, y el acta de la audiencia preliminar de restablecimiento de derechos, de 2 de octubre de 2013, celebrada ante el Juzgado 72º de Control de Garantías de esta ciudad.

De manera expresa, la Sala Especial rechazó la argumentación del representante de víctimas, en el sentido que los hechos presuntamente calumniosos se iniciaron el 30 de agosto de 2013 y se extendieran hasta el 2 de octubre

de 2013, con ocasión de la medida de protección dictada por el Juzgado 72º de Control de Garantías de Bogotá, en la medida en que el delito de calumnia es de mera conducta y *se consuma instantáneamente* en el lugar y momento en el que se presenta la intervención calumniosa que, en este caso, ocurrió, sin dubitación, el 30 de agosto de 2013.

Tampoco acogió el argumento de la Fiscalía según el cual, el fenómeno de la caducidad no se había presentado, dado que las 3 querellas fueron acumuladas bajo la égida del artículo 72 de la Ley 906 de 2004, pues la lógica de la disposición es, justamente, la inversa, es decir, "*para extender la investigación hacia todos los autores y partícipes de la conducta penalmente reprochable, pero no para obviar la presentación de la querella o sustituir en sus intereses a los demás legitimados que libremente no quieran hacerlo*".

La pluralidad de querellantes legítimos no habilita a ninguno de ellos a inobservar los términos perentorios previstos en la normatividad procesal.

4. El *a quo* sostuvo que, a pesar de los términos de la solicitud sobre la atipicidad subjetiva por la ausencia de dolo en el actuar de los indiciados, era posible concluir que la conducta era "*atípica objetivamente, ya que ni con la pancarta ni con las entrevistas ofrecidas por ellos atribuyeron a los querellantes ningún delito de manera clara, concisa, circunstanciada y categórica, menos determinan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente lo ejecutaron*", como argumento central del auto atacado.

4.1. Para la Sala Especial se acreditó que el cartel publicado, el 30 de agosto de 2013, titulado "*ayúdenos a identificarlos*", no atribuía a los querellantes una conducta punible clara, concisa, circunstanciada y categórica, sino que se trató, por el contrario, de un llamado a la comunidad para que colaborara con la identificación de las personas que habían cometido hechos delictivos durante las marchas y protestas.

Insistió en que el cartel carecía de otras palabras o referencias que endilgaran a una(s) persona(s) en concreto la comisión de un delito en particular, mucho menos describe las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución de punibles.

4.2. Al analizar el contexto de difusión del cartel coligió que "*sólo de manera general y vaga se menciona la comisión de delitos atentatorios de la vida e integridad de las personas, y de bienes de ciudadanos, sin que, se reitera, se conozca información adicional que los particularice*", tal y como lo demuestran tanto las entrevistas[4] e interrogatorios rendidos en la investigación, como las noticias difundidas en medios de comunicación[5].

Dado que se desconocía la identidad de los responsables de los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2013, el contenido del cartel no podía imputar de forma

[4] Mayores Gaitán González y Correa Tobón, Capitán Fernández Peláez y Teniente Campo Leal.
[5] RCN Noticias, Caracol y Canal Capital, el 30 de agosto de 2013, y en EL Tiempo y El Espectador.

específica la comisión de conductas punibles a los aquí querellantes. Con esa orientación, precisó que, según la evidencia, "*fueron los medios de comunicación y no los indiciados los que calificaron el cartel como de los vándalos*".

Para la Sala fueron los querellantes quienes, con su interpretación del cartel, "*se sintieron aludidos*".

La atipicidad objetiva de la conducta resultaba entonces incontrovertible, en tanto el cartel no contiene, en sí mismo, ni en contexto, la imputación falsa de un delito en contra de los querellantes.

4.3. Descartó que el General PALOMINO, en las entrevistas por él rendidas con ocasión de la publicación del cartel, hubiera atribuido expresamente a los querellantes la comisión de un delito en concreto, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ejecución. En apoyo de su razonamiento transcribió lo afirmado por el uniformado a Noticias RCN, Caracol y Canal Capital.

Esas declaraciones no atribuyeron delito específico alguno a los querellantes y tenían por único propósito el recaudo de información ciudadana para la identificación de personas.

Para la Sala Especial resultaba obvio "*que no se atribuyó ninguna conducta punible a una persona en concreto, pues justamente lo que pretendía era identificar a quienes habían participado en los disturbios, y cometido eventualmente*

delitos. Si se desconocía quiénes eran sus autores y partícipes, es ilógico aceptar que tanto con el cartel como en las entrevistas estuviera endilgando específicamente a alguno de sus integrantes participación en algún injusto típico particularizado".

Por lo anterior, insistió en que, ante la comprobada ausencia de imputaciones detalladas de la comisión de un delito a los querellantes en esas entrevistas y la postura de éstas, de ese cotejo lo que se evidencia es la valoración subjetiva de tales manifestaciones, pues lo dicho por el uniformado, desde una perspectiva objetiva, no significó una atribución concreta de delitos, ni las circunstancias puntuales en las que fueron cometidos.

4.4. Una vez comprobada la atipicidad objetiva de la conducta denunciada, el *a quo* estimó necesario advertir que tampoco se predicaba la tipicidad subjetiva, dado que la finalidad perseguida por los indiciados, con la publicación del afiche y las entrevistas rendidas, era el de convocar a la ciudadanía para identificar a los autores de los actos vandálicos.

4.5. Al ocuparse de las manifestaciones del Agente del Ministerio Público, la primera instancia rechazó el planteamiento de éste, en el sentido de que los hechos se adecuarían al delito de abuso de autoridad por actuar arbitrario e injusto, en la medida en que la conducta investigada "*alude a la supuesta imputación falsa de delitos hecha por los indiciados con la publicación del cartel que*

exhibió 48 fotografías, entre ellas las de los querellantes, y en las entrevistas ofrecidas en los medios de comunicación, de cuyo examen se ocupó en extenso y concluyó que no tipifican el delito de calumnia".

Ese comportamiento difiere *natural y jurídicamente* a la ilegalidad de la orden expedida por la Policía Nacional, sin haber informado previamente a la Fiscalía General de la nación, hechos que no son el objeto de esta investigación.

4.6. En punto de los reclamos del representante de la víctima sobre la no ratificación de la versión de Andrés Fernando Sepúlveda, conocido como "*el hacker*", según sus manifestaciones a medios de comunicación sobre su injerencia en la elaboración del cartel, y el establecimiento del servidor de origen de los correos remitidos a la Policía Judicial, la Sala Especial sostuvo que tales evidencias carecían de conexidad con el objeto de la investigación e idoneidad para enervar la causal de preclusión, más aún si se tenía en cuenta que los mismos tres querellantes reconocieron tanto su participación en las marchas, como el arribo de sus fotografías al correo de la Policía Nacional.

Así las cosas, el dicho de Sepúlveda devenía intrascendente, porque "*estaría llamado a atestiguar sobre su participación justamente en las marchas, pero no en la ejecución de las conductas punibles… la entrevista no tendría potencialidad para variar el sentido de la decisión, pues si eventualmente descartara la participación de los querellantes tanto en las marchas como en la comisión de delitos, estaría*

dirigida a desvirtuar su participación en los hechos y no a la falta de tipicidad objetiva de la conducta investigada".

Lo anterior, con insistencia y prevalencia de la autonomía de la Fiscalía en adelantar la investigación y recaudar los fundamentos probatorios de sus solicitudes, potestad que, en concreto, no significó desmedro para los derechos de los querellantes quienes tuvieron una activa participación, a través de sus apoderados.

4.7. Al analizar los planteamientos del representante de las víctimas en punto de tres pronunciamientos judiciales en el caso (2 de octubre de 2013 medida de protección; T – 358 de 2014; y restablecimiento del derecho de 29 de abril de 2018) rechazó que las mismas demuestren la responsabilidad penal de los indiciados, pues cada una de esas decisiones contaba "*con distinto objeto y diversa naturaleza, además, su ejercicio cursa a través de procedimientos disímiles, regidos por normas y principios propios, por lo tanto, lo resuelto en las primeras no tienen injerencia en la actuación penal ni a la inversa, en virtud de la autonomía e independencia que caracteriza a cada una de ellas*" .

Destacó que la sentencia T – 358 de 2014 que declaró el daño consumado, no era contradictoria con la preclusión y que tampoco tenía injerencia en la actuación penal, por cuanto "*la protección del derecho al patrimonio moral por medio de la tutela es de mayor cobertura que la dispensada*

por el derecho penal". En apoyo de tal consideración aludió a la sentencia T – 1193 de 2004.

Frente a la acción de reparación directa, en razón de la independencia y autonomía con la que fallan los funcionarios judiciales, estimó que no tiene la capacidad de acreditar la tipicidad de la conducta en razón de la diversidad jurídica y de objeto de tales procedimientos, pues lo que se pretende es la indemnización de un daño, con independencia de la responsabilidad penal del servidor público que pudo haberlo causado.

Por lo anterior, los pronunciamientos judiciales aportados por las víctimas carecían de la potencialidad para demostrar la tipicidad de la conducta investigada.

5. Aclaró que, por virtud de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2018, correspondía a esta Sala resolver el recurso de apelación en contra de decisiones interlocutorias de esta naturaleza.

RECURSO DE APELACIÓN

1. El apoderado de Ospina Cogua se mostró inconforme con la decisión de la Sala Especial de Primera Instancia y solicitó la revocatoria de la misma con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.1. El término de caducidad de la querella debe contabilizarse a partir del i) 6 de septiembre de 2013, fecha

en que su prohijado se enteró de los hechos e interpuso la acción de tutela o ii) 3 de octubre de 2013, fecha en las que el Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN entregó declaraciones a los medios de comunicación, y no desde el 30 de agosto de 2013, momento en el que se publicó el cartel por parte de la Policía.

Por lo anterior, en su criterio, la querella si se presentó dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de los hechos, pues entre agosto y octubre "*se presentó un delito de calumnia de carácter continuado*".

1.2. Rechazó la preclusión por atipicidad objetiva, por cuanto no fue la solicitada por la Fiscalía General de la Nación.

1.3. Estimó que el dolo estaba acreditado y que el *a quo había ignorado* en su valoración las declaraciones de MARTÍNEZ GUZMÁN, rendidas el 3 de octubre de 2013, a pesar de su trascendencia para evidenciar el dolo con el que obraron los Generales denunciados, dado que, a través de las expresiones "*delincuentes, vándalos, criminales*", entre otras, se afectó el buen nombre de los querellantes y se incrementó el riesgo de los señalados, tal y como lo demuestran los comentarios efectuados en redes sociales que leyó, en extenso y de manera literal, durante su intervención.

1.4. Indicó que la Fiscalía no había acogido sus solicitudes de labores de investigación y que por tal motivo no había sido posible escuchar al "*hacker*" Sepúlveda sobre

la existencia de un aparato organizado de poder al interior de la Policía Nacional.

1.5. Destacó que la investigación no acreditó la veracidad de los fundamentos para exhibir los rostros de los querellantes en el cartel y que la Policía Nacional había desconocido el fallo de tutela de esta corporación de 23 de agosto de 2012.

1.6. Afirmó que lo decidido por el Juez de Control de Garantías y la Corte Constitucional sí debe tener una incidencia en el proceso penal, motivo por el cual solicitó revocar la preclusión y devolver el expediente a la Fiscalía *con un mensaje de urgencia para que se investiguen otros delitos,* pues la Policía se abrogó funciones de la Fiscalía para investigar a su representado.

2. El apoderado de ARANGO CHACÓN y de ARIAS GARCÍA manifestó que se remitía a lo expuesto por quien lo antecedió en el uso de la palabra.

Intervención de los no recurrentes.

1. El Fiscal 11 Delegado ante esta Corporación, inicialmente, solicitó un receso para preparar su intervención, petición que fue rechazada y por tal motivo, efectuó, en esa oportunidad, las siguientes argumentaciones:

1.1. Declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de ARANGO CHACÓN y de ARIAS GARCÍA, por falta de sustentación.

1.2. Frente a la argumentación del representante de OSPINA COGUA indicó que era un grave error equiparar daño con tipicidad y que ese desacierto explicaba su insistencia en la vía penal, a pesar de tratarse de la *ultima ratio*.

Descartó que la caducidad de la querella pueda depender de la fecha de presentación de la acción de tutela (6.9.13), pues i) los hechos investigados acaecieron, sin hesitación, el 30 de agosto de 2013 y ii) si el querellante alegaba haberlos conocido hasta el 6 de septiembre, debía probar la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que no lo dejó conocer, lo cual no hizo y por ello no puede otorgarse credibilidad a esa manifestación, menos aun cuando participó en las marchas y los desmanes tuvieron una amplia difusión en los medios de comunicación, al igual que el mensaje de la Policía Nacional y el cartel elaborado.

Insistió en que es la Fiscalía General de la Nación la titular de la acción penal y corresponde a los Fiscales efectuar el proceso de adecuación típica, lo que en este caso implicaba analizar el punible de calumnia, empero no el de abuso de autoridad por actuar abusivo o ilegal, pues según el criterio jurisprudencial CSJ, SCP, 51049 de 31 de enero de 2018, se trata de un delito subsidiario en el que no incurre

el servidor público por el hecho de serlo o al descartar la tipicidad del punible contra la integridad moral.

Rechazó que las declaraciones de MARTÍNEZ GUZMÁN, de 3 de octubre de 2013 sean responsabilidad de PALOMINO LÓPEZ y que hayan sido exteriorizadas con ánimo de afectar el buen nombre de los querellantes, dado que el propósito perseguido era identificar a los responsables de los graves hechos registrados el 29 de agosto.

Lo anterior, con la debida insistencia en que esas puntuales manifestaciones sí resultaban típicas de modo objetivo o al menos era discutible, mas no subjetivamente.

Aclaró que la investigación permitió establecer que la denominación "cartel de vándalos" fue acuñada por los medios de comunicación y no por los Generales denunciados.

Enfatizó en que la prueba de la ausencia de dolo en el comportamiento era el objetivo y características del cartel publicado, es decir, obtener la colaboración de la ciudadanía para identificar a los responsables de los daños, pero no efectuar una sindicación puntual. Además, reiteró que la acción penal era independiente y autónoma de las decisiones adoptadas por el juez de tutela, razón por la cual tales consideraciones no implicaban automáticamente la tipicidad de la conducta.

A diferencia de lo afirmado por el recurrente, consideró desacertada la aseveración según la cual no se había

verificado la veracidad de la información al publicar el cartel, toda vez que lo que se pretendía era *una ayuda para identificarlos*, objetivo que excluye la verificación echada de menos por el representante de la víctima, máxime si se tienen en cuenta las declaraciones rendidas por los Mayores y Capitanes a cargo de la elaboración del cartel, dado que éstos señalaron que se basaron en los videos remitidos a la entidad.

Indicó que fracasaron dos diligencias de conciliación y que no era cierto que las víctimas hubieran planteado estrategias para llegar a un acuerdo en esa oportunidad.

Precisó que todos los comentarios en redes sociales, referidos por el recurrente, no figuraban dentro de los elementos materiales probatorios recopilados en la investigación, como tampoco eran responsabilidad de los Generales denunciados.

Manifestó que la Fiscalía si buscó y escuchó al *hacker Sepúlveda*, empero rápidamente advirtió que no tenía información sobre este asunto y que realizó exigencias irrazonables, circunstancias que, sumadas a la debida acreditación de las fuentes empleadas para elaborar el cartel, descartaban la trascendencia de su versión, menos aun cuando no merece credibilidad, según otras investigaciones adelantadas por la entidad.

Por último, en alusión a lo manifestado por el Agente del Ministerio Público durante la audiencia de solicitud de

preclusión, insistió en que la elaboración del cartel obedeció a las funciones legales de la Policía Nacional, en aplicación del artículo 208 del Código de Procedimiento Penal y no del 205, pues no actuaba como policía judicial y, por ello, no requería la intervención y coordinación con un Fiscal delegado.

Reclamó, entonces, confirmar la decisión adoptada, sin perjuicio de insistir en que la atipicidad subjetiva "*se impone*" en este asunto.

2. Por su parte, la Agente del Ministerio Público, a diferencia de lo solicitado en audiencia de diciembre 5 de 2018, peticionó que la preclusión de la investigación fuera confirmada, dado que con *absoluta claridad* el *a quo* había efectuado un análisis *simple* de los dos problemas jurídicos planteados.

2.1. La querella fue presentada por fuera de los seis meses contabilizados desde la ocurrencia del hecho jurídicamente relevante para la investigación, esto es, la elaboración, publicación y difusión del cartel el 30 de agosto de 2013.

Dado que el querellante conoció tales circunstancias fácticas el mismo día de su ocurrencia, tal y como procedió la Sala, bastaba con contabilizar 6 meses desde la indicada calenda para concluir la caducidad de la querella.

2.2. Ratificó que la conducta era objetivamente atípica y advirtió que el recurrente no había indicado qué elementos materiales probatorios desvirtuaban tal conclusión.

Reiteró que la elaboración del cartel obedeció a una orden del Presidente de la República y a la gravedad de los hechos verificados con ocasión de las marchas y protestas realizadas el 29 de agosto de 2013. Esos desmanes se encontraban suficientemente acreditados y exigían la acción de la Policía Nacional para identificar a los responsables, único propósito perseguido para poder investigar y conservar el orden público.

Manifestó que la primera instancia sí había analizado tanto las declaraciones de 3 octubre de 2013, del Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN, para concluir que se trató de una referencia a una situación general por hechos de real ocurrencia, como la existencia de un daño que verificado no conllevaba la relevancia penal del asunto.

Descartó que el "*hacker*" Sepúlveda tuviera una información relevante, pues lo que buscaba era "*seguir vigente*".

Por lo anterior, solicitó confirmar la decisión en razón a que "*no hay sustento para revocar*".

3. El defensor de confianza del General PALOMINO LÓPEZ solicitó i) declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de ARANGO CHACÓN y de

ARIAS GARCÍA, por falta de sustentación, y ii) confirmar la decisión.

Advirtió que el recurrente erróneamente entendía que las consecuencias del daño eran el criterio para determinar la caducidad de la querella, cuando los hechos investigados ocurrieron con certeza el 30 de agosto de 2013 y fueron conocidos por el querellante en esa oportunidad, pues no obra prueba en la actuación de una situación diversa.

Afirmó que los Generales no tenían la intención de calumniar a personas que no conocían, como es el caso de los tres querellantes, y que su labor se limitó a adoptar medidas para mantener el orden público e identificar a los responsables de los actos vandálicos, a tal punto que nunca se hizo alusión a alguien en particular, como tampoco atribución de un delito específico.

Insistió en la ausencia de dolo en la actuación de los Generales denunciados, pero también en que los documentos y comentarios mencionados por el recurrente no eran parte de la investigación y tampoco fueron identificados sus autores.

Así las cosas, dado que el recurso no desvirtúa los fundamentos del auto solicitó confirmarlo.

4. La defensora del Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN anunció que no repetiría lo ya afirmado, pero que resultaba desafortunado que el recurrente haya repetido su

intervención efectuada con posterioridad a la solicitud de la Fiscalía.

Aunque destacó que la primera instancia había estudiado los temas con imparcialidad, consideraba que se trataba de una atipicidad subjetiva, pues el cartel no atribuyó ningún delito a los querellantes y no se obró con dolo, en el entendido que los Generales i) no conocían a los tres denunciantes; ii) no querían afectar su imagen; y iii) buscaban colaboración en la identificación de los responsables de graves hechos y la preservación del orden público.

Reiteró que el *hacker Sepúlveda* no elaboró el cartel, no ingresó a las instalaciones de la Policía Metropolitana y *apareció en la vida pública* en enero de 2014, después de la ocurrencia de los hechos aquí investigados y cuando MARTÍNEZ GUZMÁN ya había sido trasladado de dirección.

Agregó que en la actuación de los Generales no se observaba la realización de ningún acto arbitrario o injusto y solicitó confirmar la determinación.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 235, numeral 6º de la Constitución Política, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la decisión impugnada, por cuanto le corresponde resolver "*los*

recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia".

Lo anterior bajo el claro entendido que la preclusión de la investigación, según el artículo 334 de la Ley 906 de 2004, comporta la cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal en contra de los imputados por esos hechos.

2. Corresponde a la Corporación determinar si la decisión adoptada por la Sala Especial de Primera Instancia debe ser revocada por las razones y planteamientos presentados por el recurrente, como criterio relevante en virtud del principio de limitación de la competencia en sede de segunda instancia.

Tal precisión deviene trascendente, en el caso en concreto, en la medida en que los recursos ordinarios, entendidos como mecanismos de control a la labor judicial, deben orientarse a evidenciar la existencia de errores o dislates en la determinación que se ataca, así como la necesidad de modificación y corrección.

Por tanto, resulta insuficiente, con ese propósito, exteriorizar una manifestación de inconformidad genérica y abstracta, pues la intervención del recurrente debe dirigirse hacía lo considerado a nivel fáctico, jurídico y probatorio por parte de la primera instancia.

Con esa orientación, la intervención del recurrente no debe consistir en la reiteración de su postura o planteamientos sin ningún tipo de articulación, relación y coherencia con los razonamientos plasmados en la decisión que ataca.

Dicho lo anterior, la Sala se ocupará de aquellas manifestaciones de inconformidad del apelante referidas al auto de preclusión adoptado y no a todas las manifestaciones sobre lo ocurrido durante la indagación y/o la audiencia de sustentación de la solicitud, salvo que guarden una relación con lo realmente consignado y analizado en el proveído impugnado.

2. Al desatar la alzada deberá la Corporación, en el marco de unas consideraciones generales sobre la caducidad, la naturaleza del punible y la preclusión de la investigación, establecer si, como lo propone recurrente, erró la primera instancia al considerar que:

i) La interposición de la querella tuvo lugar **después** de transcurridos los seis meses previstos por el ordenamiento procesal para el efecto;

ii) Los hechos investigados ocurrieron el 30 de agosto de 2013 o, si, por el contrario, se presentó *un delito continuado de calumnia,* entre esa fecha y el 3 de octubre de dicha anualidad;

iii) Las conductas desplegadas por RODOLFO PALOMINO LÓPEZ y LUIS MARTÍNEZ GUZMÁN son o no objetiva y subjetivamente típicas

iv) Las manifestaciones del Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN en los términos de la querella y de lo declarado por éste, en medios de comunicación, los primeros días de octubre de 2013, no debían ser objeto de análisis específico; y

v) La versión de Andrés Fernando Sepúlveda y las providencias judiciales presentadas por la representación de las víctimas carecían de la trascendencia para adoptar la decisión.

La caducidad de la querella

3. Por regla general los delitos deben ser investigados oficiosamente por el Estado. Sin embargo, el procesamiento de algunas conductas punibles, por decisión del Legislador, exige la presentación, en un lapso determinado, de una querella por parte del legitimado como condición necesaria para el inicio y desarrollo de la actuación, toda vez que corresponde a la víctima del ilícito manifestar su voluntad de que una investigación sea adelantada y proteger, de ese modo, los intereses de los que es titular para que, de ser el caso, resulte sancionada la ilícita afectación.

Ahora bien, no basta con la manifestación de tal voluntad, sino que la misma debe ser exteriorizada en el término perentorio que establece la ley.

De conformidad con el artículo 73 de la Ley 906 de 2004:

"Artículo 73. La querella debe presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la comisión del delito. No obstante, cuando el querellante legítimo por razones de fuerza mayor o caso fortuito acreditados no hubiere tenido conocimiento de su ocurrencia, el término se contará a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses".

La norma contempla dos hipótesis a saber:

La primera que no reviste dificultad alguna prevé una situación meramente objetiva, que consiste en verificar si la querella se presentó dentro de los seis meses siguientes a la comisión del delito.

La segunda implica que el interesado *no tuvo conocimiento de la ocurrencia del ilícito*, en razón de la existencia de una situación de *fuerza mayor o caso fortuito* que impidió el enteramiento oportuno, razón por la cual el término inicia *a partir del momento en que aquellos desaparezcan, sin que en este caso sea superior a seis (6) meses*.

Para los actuales fines, se destaca que esas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, que obstaculizaron el conocimiento oportuno, no solo deben ser alegadas sino debidamente acreditadas para poder así contabilizar el término de caducidad no desde la ocurrencia del hecho, sino a partir de la desaparición de aquellas, sin sobrepasar el término de un año.

La naturaleza del delito de calumnia

4. El delito de calumnia, tipificado en el artículo 221 del Código Penal, tiene dicho la Sala, es un punible de mera conducta que se consuma con la expresión de las imputaciones calumniosas divulgadas, por cualquier medio, contra el titular del bien jurídico de la integridad moral.

En efecto, esta Corporación tiene establecido que incurre en tal reato:

> *"(…) quien impute falsamente a una persona determinada o determinable una conducta típica, con el ánimo de causar daño a su integridad moral.*
>
> *Para la configuración de dicho tipo penal se requiere (i) la consciente y voluntaria atribución falsa de un hecho delictuoso, (ii) que la imputación se haga a una persona determinada o determinable, (iii) que el autor tenga conocimiento de la falsedad, y (iv) que la atribución del hecho delictuoso falso* ***sea clara, concreta y categórica, no surgida de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada*** *(CSJ SP, 6 Abr 2005, Rad 22099; CSJ AI, 30 Abr 2008, Rad 27268, entre otros)"*[6]. (Se destaca).

La consumación del delito tiene lugar cuando el autor del mismo, consciente de la falsedad de sus acusaciones y motivado por un ánimo específico, expresa, manifiesta y atribuye al sujeto pasivo la comisión de una conducta típica, sin que los efectos o consecuencias en el tiempo de tal imputación delictiva puedan tenerse como una ejecución permanente e indefinida que sólo cesa con la desaparición de esas eventuales secuelas dañinas, salvo que de manera

[6] CSJ, SCP, rad. 48434, AP2827-2018, 5 de julio de 2018.

efectiva y reiterada se reproduzca la falsa sindicación delictiva de manera clara, concreta y circunstanciada.

La conducta ilícita se consuma[7], entonces, de manera instantánea en el sitio, lugar y momento en que la expresión calumniosa se hace de dominio público, al margen de las consecuencias que ésta pueda tener en el tiempo.

Finalmente, para los actuales fines, se precisa que dicho tipo penal es de aquellos que, al tenor del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, requiere querella para la activación de la acción penal.

Preclusión de la investigación

5. De conformidad con el contenido del artículo 250 de la Constitución Política, corresponde a la Fiscalía General de la Nación adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, ámbito funcional que también comprende, en el marco de las regulaciones legales para el efecto, la decisión sobre la razonabilidad y viabilidad de formular acusación o solicitar la preclusión de la investigación.

Tal y como lo ha decantado pacíficamente la jurisprudencia de la Corporación[8], la preclusión de la investigación es una decisión que hace tránsito a cosa

[7] CSJ, SCP, rad 42706, 10 de agosto de 2016; Rad, 54096, AP4916-2018, 14 de noviembre de 2018; Rad, 49200, AP1705-2017, 16 de marzo de 2017; Rad. 42706, SP11143-2016, 10 de agosto de 2016.
[8] CSJ AP, enero 14 de 2014, Rad 40374.

juzgada material e implica la terminación de la actuación, a favor del investigado, sin necesidad de agotar todas las etapas previstas para el proceso, ante la comprobada existencia de una de las causales establecidas en la Ley.

Como se reseñó oportunamente, la preclusión de la investigación se solicitó con fundamento en el numeral 4 del artículo 332 del Código Procedimiento Penal, esto es la *atipicidad subjetiva del hecho investigado*, empero la decisión de primera instancia, si bien precluyó por esa causal, lo hizo por atipicidad objetiva y subjetiva de los comportamientos investigados, así como por la imposibilidad de iniciar la acción penal.

Esa determinación fue motivo de inconformidad por parte del recurrente.

La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible.

Sobre la mencionada causal de preclusión ha señalado esta Corporación que:

> *"(…) la atipicidad pregonada debe ser **absoluta**, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la **relativa,** esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de*

ejemplo). Si ello es así, esto es, si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido"[9].

Frente al inconformismo del apelante, preciso resulta recordar que, esta Sala tiene establecido que debidamente acreditada una causal de preclusión durante la audiencia, corresponde al juez de conocimiento decretarla, aun si, por error o por divergencia de criterios, la invocada en la solicitud no se corresponde con lo fehacientemente acreditado.

Lo anterior por elementales razones de economía procesal. En efecto,

"En tales condiciones, si la Fiscalía acredita en debida forma alguna de las causales previstas por el artículo 332 del Código de procedimiento Penal, corresponde al Juez de conocimiento decretar la preclusión. Ahora bien, la Sala tiene dicho que el yerro en la postulación de la causal específica no da al traste, por sí mismo, con la pretensión de quien solicita la preclusión de la investigación.

(…)

Aun cuando nada impide que el Juez de Conocimiento varíe la causal alegada, si advierte que la misma no se corresponde con los hechos, alegaciones y normas de soporte, no es posible que se reemplacen o agreguen tópicos que no hubiesen sido tratados y tampoco valorar elementos materiales probatorios a los que no se hizo mención en la audiencia"[10].

Por lo anterior, ninguna irregularidad se observa en lo decidido por la primera instancia, en tanto la decisión es respetuosa del marco fáctico, jurídico y probatorio delimitado por el Fiscal Delegado en su solicitud.

---

[9] CSJ AP, 27 de noviembre de 2013, Rad. 38458. Esta posición se reiteró en CSJ AP, 21 de mayo de 2014, Rad. 42570 y CSJ, Auto del 30 de julio de 2014, rad. 44042.
[10] CSJ, SCP, rad. 48204, AP5151-2016, 10 de agosto de 2016.

Caso concreto

6. Debidamente verificados los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía y la representación de las víctimas, lo primero que debe advertirse, para los actuales fines, es que, a pesar de su innegable trascendencia para determinar si las querellas fueron presentadas oportunamente, no se cuenta con una copia de las querellas presentadas por Jorge Alejandro Ospina Cogua, María Angélica Arias García y Cristian Darío Arango Chacón.

Esa situación que impide precisar con exactitud su fecha de presentación debe ser superada con recurso a los restantes medios allegados por partes e intervinientes.

6.1. Tratándose de la querella de Arias García y Arango Chacón puede afirmarse que fue presentada el 9 de septiembre de 2013, pues así se tuvo por acreditado en el numeral 1.1.1.7 de la sentencia T – 338 de 2014[11] al consignar que estos acudieron a una organización de Derechos Humanos y procedieron a denunciar lo ocurrido ante la Personería Distrital y la Fiscalía General de la Nación.

Por lo anterior, resulta viable afirmar que la querella fue presentada dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de los hechos.

[11] EMP n° 25.

6.2. De la información ofrecida por el Fiscal Delegado durante su intervención en la audiencia, no desmentida en la actuación por ningún medio, se desprende que Ospina Cogua interpuso la respectiva querella el 12 de marzo de 2014, esto es, seis meses y doce días después de ocurridos los hechos que la motivaron.

Por tal razón, acertó el *a quo* cuando concluyó que, frente a esa querella, en virtud del paso del tiempo, se concretó la caducidad de la misma y se imponía la preclusión por la causal primera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, ante la acreditada imposibilidad de dar inicio a la acción penal.

Sin embargo, como se detallará oportunamente, esa determinación, únicamente resulta válida frente a los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2013, atribuidos al General PALOMINO LÓPEZ, empero no así a las manifestaciones realizadas por el Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN, el 3 de octubre de 2013, pues entre esta fecha y el 12 de marzo de 2014 no trascurrieron más de seis meses.

6.3. Necesariamente, de cara al análisis de la caducidad de una de las querellas presentada y de la tipicidad objetiva de las declaraciones rendidas el 30 de agosto y el 3 de octubre de 2013, debe precisarse que en la presente actuación no se investigó un delito de calumnia, sino un concurso homogéneo de tal punible en el que en cada caso el titular del bien jurídico personalísimo de la integridad moral debía interponer oportunamente la querella y ser

sujeto pasivo de una falsa imputación de una conducta típica.

Lo expuesto en precedencia implica que en el caso de Arias García y Arango Chacón es posible adelantar el análisis de la tipicidad de las conductas investigadas, mientras que en el de Ospina Cogua se predica la caducidad de la querella frente a las declaraciones del 30 de agosto de 2013, empero resulta viable analizar la tipicidad objetiva y subjetiva de lo afirmado por el Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN el 3 de octubre de ese año.

7. Para la Sala no existe ninguna duda o discusión sobre la fecha de ocurrencia de los hechos investigados, esto es el 30 de agosto de 2013, la Policía Nacional publicó y difundió en diferentes los medios televisivos, entre ellos RCN, Caracol y Canal Capital, un cartel con más de 40 rostros, con el que pretendía identificar a los presuntos responsables de los graves actos vandálicos ocurridos el día inmediatamente anterior.

A esa conclusión se arriba con facilidad una vez verificados los elementos materiales probatorios[12], con especial referencia a las noticias publicadas en esa oportunidad.

Adicionalmente, en esa calenda, el General PALOMINO LÓPEZ, en su condición de Director Nacional de la Policía,

[12] EMP n° 13, alocución presidencial y n° 16 CD con información de medios de comunicación.

entregó a los medios unas declaraciones que, como con acierto indicó el *a quo*, pretendían movilizar a la ciudadanía para que ésta colaborara con la identificación de los autores de los desmanes.

Es por ello que acertó la Sala Especial cuando afirmó que el término de caducidad de la querella inició el 30 de agosto de 2013 y finalizó 6 meses después, sin que en ese periodo Ospina Cogua hubiera denunciado.

Verificada tal situación no resulta posible dar inicio a la acción penal.

No obstante lo anterior, el recurrente planteó, de manera simultánea que la caducidad de la acción debía contabilizarse a partir del 6 de septiembre o del 3 de octubre de 2013, aunque nunca discutió que el cartel, en el que aparecía el rostro de su representado, fue publicado el 30 de agosto de 2013.

7.1. Para el recurrente la caducidad de la querella debía contabilizarse a partir del 6 de septiembre de 2013, fecha en que su prohijado **se enteró de los hechos** e interpuso la acción de tutela[13].

Al analizar la validez de ese planteamiento se tiene que el recurrente acepta que los hechos ocurrieron el 30 de agosto de 2013, empero que su representado sólo se enteró

[13] EMP n° 27.

siete días después. Tal argumentación parecería encajar en el contenido del inciso segundo del artículo 73 de la Ley 906 de 2004 ya transcrito y analizado.

No obstante, una valoración detenida de tal aserto evidencia el desacierto de la postulación.

7.1.1. Tal y como lo destacó el Fiscal Delegado, en la actuación no obra prueba de una circunstancia constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito que le haya impedido a Ospina Cogua conocer los hechos el día de su ocurrencia, es decir, se trata de una alegación que carece de respaldo demostrativo y que por tal razón no puede ser acogida.

7.1.2. A una conclusión diferente, a la defendida por el recurrente, se llega al analizar el texto de la acción de tutela[14] presentada por Jorge Alejandro Ospina Cogua, el 6 de septiembre de 2013, ante el Tribunal Superior de Bogotá.

En primer lugar, el accionante, en esa oportunidad, absolutamente nada refirió a la imposibilidad de conocer oportunamente o a la ocurrencia de una situación de fuerza mayor o caso fortuito que evidenciara por qué no pudo conocer los hechos el día de su ocurrencia.

En segundo lugar, como se extracta, sin dubitación, de los hechos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, Ospina Cogua sí participó en las marchas del 29 de agosto de 2013, llegó a la Plaza de Bolívar,

[14] EMP n° 27.

interactuó, en al menos dos oportunidades y siempre según su relato, con miembros del ESMAD y la Policía Nacional, fue afectado con los gases y dio cuenta tanto del cartel, como de lo informado por el General RODOLFO PALOMINO el mismo 30 de agosto de 2013, informando que "*de manera inexplicable mi fotografía ha sido publicada allí por la Policía Nacional*".

Por último, los otros dos querellantes, quienes también admitieron haber participado en las marchas, empero no en los actos violentos, "*afirman que el día 30 de agosto en horas de la mañana conocieron la noticia de la publicación por diferentes medios de comunicación de un cartel llamado "los vándalos" llevándose así la sorpresa de (sic) sus rostros aparecían exhibidos en las fotografías correspondientes a los números 37 y 38*"[15], lo que resulta indicativo de que Ospina Cogua también conoció ese día los hechos.

Estas razones descartan la proposición del recurrente en cuanto al supuesto y no acreditado enteramiento tardío de la ocurrencia de los sucesos.

Igualmente, si resultara cierta la situación alegada, lo cual, se itera, no se acreditó, la querella, al haber sido presentada el 12 de marzo de 2014[16], también habría sido interpuesta una vez transcurridos los 6 meses, desde que desaparecieron las supuestas circunstancias de fuerza

[15] EMP n° 25. Corte Constitucional, Sentencia T – 358 de 2014, fl 3.
[16] Auto 7 de febrero de 2019, fl 9. A folio 3 de la misma decisión se afirma que la querella fue interpuesta el 31 de marzo de 2014. En su intervención, el Fiscal indicó que la querella se había presentado seis meses y doce días después de ocurrido el hecho. En los cuadernos puestos a disposición no obran las querellas interpuestas.

mayor y caso fortuito y pudo el querellante acudir a la acción de tutela en la que de manera inequívoca narró los hechos objeto de esta investigación.

7.1.3. En el caso en concreto, no resulta viable aplicar la excepción (seis meses adicionales) de la regla de los 6 meses para interponer la querella, toda vez que se acreditó probatoriamente que los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2013 i) fueron de dominio público; ii) contaron con la efectiva participación de Jorge Alejandro Ospina Cogua, María Angélica Arias García y Cristian Darío Arango Chacón; y iii) fueron divulgados en los diferentes medios de comunicación nacional en televisión, tales como RCN, Caracol y Canal Capital.

7.2. Como fecha inicial del cómputo de la caducidad, el recurrente también postuló el 3 de octubre de 2013, oportunidad en la que el Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN entregó declaraciones a los medios de comunicación.

El pronunciamiento en la materia exige realizar algunas precisiones, de manera precedente, en razón del contenido de la sustentación del recurso, en punto de la posible existencia de *un delito continuado de calumnia* y la omisión por parte de la primera instancia de valorar esas declaraciones y su alcance.

7.2.1. Si bien ya se ha establecido que el punible de calumnia es de ejecución instantánea y se consuma en la

oportunidad en el que las falsas sindicaciones delictivas son proferidas o manifestadas, el planteamiento del recurrente impone precisar si, en el caso en concreto, se verificó un delito continuado con los efectos que tal determinación tiene para la caducidad de la querella.

La Sala ha caracterizado los siguientes elementos para la existencia del delito continuado:

> "*i) pluralidad de comportamientos que realizan un mismo tipo penal; (ii) unidad de designio o lo que es igual, dolo unitario y global; y, (iii) vulnerabilidad gradual del bien jurídico, por lo que se excluyen aquellos de carácter personalísimo, como por ejemplo, la vida, la integridad o formación sexual, entre otros. (CSJ SP AP1938-2017, 23 mar. 2017, rad. 34282 A; CSJ SP9235-2014, 16 jul. 2014, rad. 41800; CSJ SP7135-2014, 5 jun. 2014, rad. 35113)*"[17].

Adicionalmente, como lo señaló el recurrente:

> "*La jurisprudencia de la Sala al referirse a esta figura -el delito continuado- la ha analizado, por lo general, bajo el prisma de los delitos contra el patrimonio económico; no obstante, como así se reconoce en la reciente decisión CSJ. AP, nov. 25 de 2015, rad. 46934, no se excluye su configuración frente a otras especies delictivas, como ocurre con el delito de prevaricato por acción, aunque se subraya que en tal caso se torna forzoso exponer las razones, a partir de sus elementos, que llevan a considerarlo así, so pena de recaer en defectos de motivación*"[18].

No obstante, varias razones descartan la existencia de *un delito continuado* de calumnia, en los términos de la sustentación que evidencian el confuso tratamiento de ciertos conceptos.

---

[17] CSJ, SCP, rad. 49315, SP1970-2018, 31 de mayo de 2018.
[18] CSJ, SCP, rad. 39464, SP2933-2016, 9 de marzo de 2016.

De un lado, la autoría de las declaraciones dadas a medios de comunicación el 30 de agosto y el 3 de octubre de 2013, por los Generales PALOMINO y MARTÍNEZ, respectivamente, se predica de cada uno de éstos en cuanto hace referencias a sus propias expresiones.

De otro, se trata de comportamientos disímiles y autónomos, perfectamente diferenciables desde la perspectiva ontológica y jurídica que se consumaron con la expresión de las locuciones tildadas de calumniosas, cuando fueron divulgadas al público en general, entre las cuales no es posible predicar que están unidas entre sí, sino que, por el contrario, comportan manifestaciones personales y privadas diferentes que no fueron proferidas bajo la misma orientación temporal, modal y subjetiva.

Además, como se analizará en detalle más adelante, no existe el elemento subjetivo del delito investigado, es decir, en el caso en concreto, no es posible identificar la unidad de designio el dolo unitario y global.

Más importante aún, en los precisos términos de la jurisprudencia de esta Corporación[19], el bien jurídico de la integridad moral es de aquellos personalísimos, en los que sólo el titular del bien jurídico afectado puede dar inicio a la acción penal y renunciar a ésta. Lo anterior, por cuanto:

[19] CSJ, SCP, 25 de agosto de 2004, rad. 22045; Rad. 52336, AP1525-2018, 18 de abril de 2018.

> *"El derecho fundamental a la integridad moral es "inherente a la persona misma en tanto el hombre es el valor supremo de la Nación constituida como Estado. Su protección se funda en el respeto a la dignidad humana cualidad intangible del ser humano y por tanto no susceptible de ser desplazada por otros valores o principios", perspectiva desde la cual el honor y la honra, constituyen "el contenido fundamental de la integridad moral y son componente innato, absoluto, inmutable, irrenunciable, inalienable, indisponible y extra-patrimonial del derecho subjetivo privado, a ser respetado frente a las agresiones ilegítimas de los demás"[20]"[21].*

Al encontrarse excluido, por su carácter de bien jurídico personalísimo, sin posibilidad de *vulnerabilidad gradual* de éste, y en ausencia de los restantes elementos que estructuran el delito continuado, el planteamiento del recurrente debe desecharse.

7.2.2. La consecuencia de la anterior conclusión resulta doble: de una parte, los hechos ocurridos el 30 de agosto y el 3 de octubre de 2013 son autónomos e independientes, claramente atribuibles a autores diferentes; y tal circunstancia implica un tratamiento diferencial en materia de caducidad.

Tratándose de la publicación del cartel y las manifestaciones realizadas por el General PALOMINO LÓPEZ, el 30 de agosto de 2013, la decisión de precluir la investigación por imposibilidad de iniciar la acción penal,

[20] Cfr. CSJ AP, 14 jul. 1998. Rad. 10793 y CSJ AP, 18 dic. 2001. Rad. 17120.
[21] CSJ, SCP, rad. 42706, SP11143-2016, 10 de agosto de 2016.

una vez acreditada la presentación extemporánea de la querella, será objeto de confirmación.

Esa decisión no se puede extender a las declaraciones del General MARTÍNEZ GUZMÁN, calificadas por el afectado como calumniosas, proferidas el 3 de octubre de 2013, pues entre la fecha de su exteriorización pública y la presentación de la querella en marzo de 2014 no transcurrió el término de caducidad de seis meses, como se anunció.

8. Dilucidado lo anterior, con fundamento en lo acreditado durante la audiencia de solicitud de preclusión, procederá la Sala a analizar si, tal y como lo decidió la primera instancia, los dichos de PALOMINO LÓPEZ y MARTÍNEZ GUZMÁN resultan objetiva y subjetivamente atípicos y debe confirmarse la determinación con fundamento en la causal 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

8.1. Tal y como lo analizó la Sala Especial, de manera detallada y pormenorizada, las declaraciones emitidas por el General PALOMINO LÓPEZ son objetivamente atípicas.

Del análisis de lo manifestado en medios se colige que las declaraciones del indiciado estuvieron inspiradas tanto por la gravedad de los desmanes, como por un ánimo de colaboración que únicamente pretendía movilizar a la ciudadanía para identificar a los presuntos responsables de los actos vandálicos, esclarecer las condiciones de su eventual participación y sobretodo poder diferenciar los

ciudadanos que se movilizaban pacíficamente de aquellos que incurrieron en las posibles conductas criminales que enlistó a título de ejemplo, empero sin realizar ninguna sindicación falsa, concreta y especifica ni contra los tres querellantes, ni contra las restantes 45 personas que aparecían en el cartel.

El General PALOMINO dio cuenta de la elaboración de un cartel con fundamento en la información recopilada por la Policía Nacional y allegada por la ciudadanía, en la que se cuentan fotos y videos que permitieron la confección de esa herramienta con el objetivo de identificar responsables, mas no atribuir falsamente una conducta delictiva.

Sin reiterar lo afirmado por la primera instancia, la preclusión por atipicidad objetiva de la conducta del General PALOMINO LÓPEZ será confirmada.

8.2. La situación del Brigadier General MARTÍNEZ GUZMÁN no es similar y exige un análisis diferente y particularizado que explica la decisión que se adopta en esta oportunidad. Lo anterior, por cuanto lo afirmado por él el 3 de octubre de 2013 reviste las características objetivas del delito por el que fue denunciado y es esa conclusión la que viabiliza el estudio de la tipicidad subjetiva de cara a la decisión de preclusión por la causal invocada por la Fiscalía.

8.2.1. Una vez verificada la decisión atacada se concluye que, en efecto, como lo indicó el recurrente durante la sustentación, ni en la reseña fáctica, ni en las

consideraciones, la Sala Especial de Primera Instancia estudió el contenido y alcance de las declaraciones rendidas por el General MARTÍNEZ GUZMÁN, el 3 de octubre de 2013, a La W y a RCN[22].

8.2.2. Igualmente, en la solicitud de preclusión presentada por la Fiscalía, la mención a esas dos entrevistas fue enteramente secundaria, incompleta y sin mayor análisis concreto de la causal que soportaba su petición[23], pues centró su atención en la falta de intención dañina en la elaboración y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013 y lo declarado ese día.

Nótese que, en su intervención, el representante del órgano acusador, al referirse a lo dicho por MARTÍNEZ GUZMÁN, el 3 de octubre de 2013, afirmó lo siguiente:

"(…) Frente a los decidido por la judicatura, el General Martínez, al día siguiente, esto es el 3 de octubre de 2013, manifestó por varias cadenas radiales que la elaboración del cartel no fue caprichosa, dado que corresponde a fotografías tomadas en momentos en los que las personas atacaban a miembros de la policía, manifestando que estaba dispuesto a defender la comunidad y a combatir a los criminales buscando con ello la tranquilidad y la seguridad de la ciudadanía, calificando de – comillas - "desadaptados sociales" a los participantes en los hechos"[24].

[22] EMP 31 y 32.
[23] Audiencia 16 de enero de 2018, Cd, record 15:04. Hechos objeto de indagación
[24] Audiencia 16 de enero de 2018, Cd, record 16:56.

Sobre el tema analizado, al finalizar su argumentación, puntualizó:

"*ahora frente a la decisión del Juez de Control de garantías, con motivo de la solicitud de uno de los quejosos, de amparar sus derechos al buen nombre y a la honra, La W radio señaló, en noticia del día siguiente, 3 de octubre de 2013 que el general Martínez Guzmán respondió a esa orden judicial señalando que – comillas - "el cartel no se hizo caprichosamente. Se hizo con unas imágenes de bandidos, de criminales urbanos y* ***la foto se le tomó en la esquina de la plaza de Bolívar cuandoestaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo****. Yo pondré - agregó – la cara ante la justicia, porque lo que hago es defender a los ciudadanos de bien y atacar a los criminales". Al respecto hubo despliegue noticioso, en especial, de noticias RCN de esa fecha que puso en boca del mencionado oficial lo que sigue también – comillas - "yo simplemente busco la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos en este caso hubo una tutela que fue respondida y ganada por la Policía Metropolitana de Bogotá, de tal manera que acá ponemos la cara donde corresponda ya que tenemos argumentos para defender" y continua "si uno no puede demostrar a esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos (…)". Como puede verse, todo esto que se viene diciendo, también queda comprendido dentro de las argumentaciones precedentes, es decir, que de todas formas no existe prueba del dolo*"[25]. (Se destaca).

La presentación de la Fiscalía contrasta y no se corresponde exactamente con lo que revelan las dos evidencias presentadas por el mismo ente acusador. Para una mejor ilustración, en noticias RCN, el 3 de octubre de 2013, según el EMP aportado, el General MARTÍNEZ GUZMÁN declaró:

"*General Martínez: Si uno no puede mostrar esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad, que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos (…)*

[Periodista: así respondió el General Martínez por la decisión de un juez que ordena retirar los carteles de vándalos, reveló que quien busca quitarlos es la misma persona que ya había interpuesto una tutela]

[25] Audiencia 16 de enero de 2018, Cd, record 35:36.

General Martínez: es el mismo vándalo, desadaptado y aquí aprovecho porque es que el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales de estructuras urbanas y de criminales de estructuras históricas como las que aquí hay".

Mientras que, en su página de internet, La W le atribuyó la siguiente información:

"*El general Luis Eduardo Martínez, saliente comandante de la Policía de Bogotá, aseguró que comparecerá ante la justicia luego de que se interpusiera una tutela para retirar el cartel de los vándalos publicado por las autoridades.*

El recurso fue presentado por ***uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos*** *en el centro de la ciudad.*

Indicó que el cartel no se realizó por capricho de la Policía, sino para dar a conocer ***los reales responsables de los daños a la infraestructura*** *de Bogotá.*

"El cartel no se hizo caprichosamente, se hizo con base en unas imágenes de bandidos, de criminales urbanos y ***la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo****", señaló. "Este delincuente se quiere mostrar como un 'angelito' (...) Yo pondré la cara ante la justicia porque lo que hago es defender a los ciudadanos de bien y atacar a los criminales""*[26].

Esta Corporación reitera que, en los cuatro cuadernos puestos a disposición para resolver el recurso, no obra la querella interpuesta por Ospina Cogua, ni dentro de los 34 EMP facilitados por la Fiscalía General de la Nación, ni dentro de los documentos aportados por los representantes de las víctimas, situación cierta y ajena que impide definir con certeza si, efectivamente, en la denuncia presentada fueron incluidas esas precisas manifestaciones de MARTÍNEZ GUZMÁN como marco fáctico objeto investigación.

[26] EMP n° 31.

No obstante, el recurrente en la sustentación, afirmó reiteradamente que las declaraciones del General MARTÍNEZ, del 3 de octubre de 2013, sí fueron relatadas y hacían parte de la querella, al punto que fue una de las razones esgrimidas para peticionar que fuera esa la fecha a tener en cuenta para calcular la caducidad de la querella.

Así mismo, el Fiscal Delegado las mencionó y afirmó que no estructuraban la calumnia por ausencia de dolo del autor de las declaraciones, motivo por el cual, para esta Corporación, deben hacer parte del análisis y posterior pronunciamiento.

8.2.3. Definido lo anterior, se considera que las manifestaciones del General MARTÍNEZ GUZMÁN, expresadas el 3 de octubre de 2013, a través de dos medios de comunicación nacional, constituyen una referencia inequívoca al contenido y publicación del cartel el 30 de agosto de 2013, hecho jurídicamente relevante en la posible configuración del ilícito denunciado, y a lo decidido por un Juez de Control de Garantías, el 2 de octubre de 2013, es decir se trató de nuevas manifestaciones de la opinión que una decisión judicial le merecía en el contexto de los graves desmanes ocurridos en la Plaza de Bolívar de esta capital, durante las marchas relacionadas con el paro agrario, el 29 de agosto de 2013.

Tales expresiones, a diferencia de lo manifestado por PALOMINO LÓPEZ, sí configuran objetivamente el punible de calumnia, empero no reflejan una intención dañina de

atribuir falsamente conductas típicas concretas, específicas y circunstanciadas.

Lo anterior se afirma en el claro entendido que si bien las expresiones del General fueron genéricas y abstractas (*esos desadaptados sociales; el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales*), éste sí realizó imputaciones delictivas novedosas, concretas, particularizadas y especificables frente a quien descartó se tratara de un "angelito".

La jurisprudencia de esta Corporación, de tiempo atrás, tiene establecido que el uso de calificativos como "*delincuente, criminal o vándalo*", empleadas por el General, no estructuran el punible de calumnia mientras no se trate de sindicaciones delictivas falaces, claras, concretas y categóricas, no surgidas de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada, que fue lo que tuvo lugar en este caso. Ciertamente,

> *"El delito de calumnia, acorde con el artículo 221 del Código Penal, se tipifica cuando el agente atribuye falsamente a una persona determinada o determinable un comportamiento típico, con el ánimo de causar daño al patrimonio moral de aquella*[27]*.*
>
> *Frente a dicho ingrediente, ha dicho la Sala que "cuando se atribuye a una persona la realización de comportamientos en sí mismos delictivos o con connotación penal,* ***ello obliga a definir unos mínimos de tipicidad que adviertan seria y objetiva la manifestación calumniosa, pues, si de forma genérica se acusa a alguien de "ladrón" o similares, es evidente que allí ninguna imputación concreta y***

[27] CSJ, AP 7 de jul. 2010, Rad 29428.

verificable se efectúa, haciendo inane en sus efectos el hecho presumiblemente delictuoso"[28].

En este orden, para la materialidad del injusto se requiere: i) la consciente y voluntaria atribución falsa de un hecho delictuoso, ii) que la imputación se haga a una persona determinada o determinable, iii) que el autor tenga conocimiento de la falsedad y iv) ***que la atribución del hecho delictuoso falso sea clara, concreta y categórica****, no surgida de suposiciones de quien se siente aludido con una manifestación generalizada*[29]"[30]. (Se destaca).

Para la Sala refulge evidente que, si bien MARTÍNEZ GUZMÁN se refirió indirectamente a Ospina Cogua como "*delincuente, criminal o vándalo"*, esa manifestación genérica fue acompañada de las siguientes sindicaciones delictivas inequívocas, diáfanas y concretas, a saber: i) *uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos; ii) los reales responsables de los daños a la infraestructura; y iii) la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo*.

En el contexto de lo denunciado por Ospina Cogua y de lo acreditado en esta actuación, refulge claro que, al realizar esas manifestaciones, MARTÍNEZ GUZMÁN se refería indirectamente al querellado, pues fue él quien acudió ante el Juez Penal con función de control de garantías.

Indirectamente, el indiciado declaró que *ese joven* generó *daños a la infraestructura, agredió a miembros de la*

---

[28] CSJ, SP 10 jul 2013, Rad 38909.
[29] CSJ, AP 7 abr 2010, Rad 28516.
[30] CSJ, SCP, AP351-2017, Rad.47381, 25 de enero de 2017.

Policía Nacional y utilizó armas blancas al ejecutar ese comportamiento.

De esas afirmaciones se desprende que sí le fueron atribuidas por el uniformado al querellante, al menos, los punibles de daño en bien ajeno agravado (artículos 265 y 266.4 del Código Penal) y violencia contra servidor público (artículo 429 ejusdem), lo que se traduce en una sindicación de una conducta típica concreta, clara, verificable, determinable y vehemente, aspecto de la mayor trascendencia, para la tipicidad objetiva de la conducta, si se tiene en cuenta que, conforme a la prueba puesta a disposición no resultan veraces tales expresiones, en la medida en que no se aprecia al querellante ejecutando tales conductas, al punto que no fue judicializado, posteriormente, por tales hechos.

Con sus declaraciones, MARTÍNEZ GUZMÁN realizó un señalamiento criminal indirecto pero determinable a Ospina Cogua, mas no a los otros dos querellantes, de ser el responsable de al menos dos conducta típicas, concretas y no verificables, pues de su dicho resulta posible extractar la clase de punibles en los que éste habría incurrido con la posibilidad de particular fáctica y jurídicamente, así como espacial y temporalmente, el contexto caótico en el que efectivamente fueron agredidos miembros de la fuerza pública, ciudadanos, afectados inmuebles y locales comerciales, alterado el orden público, generado temor en la población, empero no por el querellante pues tales

situaciones a él atribuidas no fueron debidamente acreditadas.

En últimas, en total rigor, al establecerse las conductas típicas que MARTINEZ GUZMAN le atribuyó falsa e indirectamente, con sus declaraciones, a Ospina Cogua, es posible afirmar la tipicidad objetiva de su conducta y verificado tal presupuesto dogmático estudiar la existencia o no del tipo subjetivo de la calumnia.

8.2.4. Para que el tipo penal que define la calumnia tenga realización es imprescindible que, en la locución tildada como tal, exista el ánimo de ocasionar lesión y se reproche a una persona su autoría o participación en una conducta descrita penalmente, a sabiendas de su falsedad, como requisito que no se satisface en esta actuación.

En razón de la conclusión que viene de exponerse y vista la insistencia, como no recurrentes, del Fiscal Delegado y de la Agente del Ministerio Público en la atipicidad subjetiva de las conductas, así como la apreciación positiva de tal postulación por parte de la Sala Especial y del correlativo inconformismo del recurrente tratándose de las declaraciones de MARTINEZ GUZMAN, como planteamiento de la sustentación, es posible afirmar que no se observa la existencia de una actuar deliberado adoptado con la intención de agraviar la integridad moral del querellante, en el marco de una reacción espontánea a una decisión judicial.

Lo anterior resulta relevante en la medida en que las expresiones "*delincuente, criminal o vándalo*", si bien no comportan una sindicación delictiva concreta y específica, sí constituyen expresiones objetivamente idóneas y con potencialidad de lesionar la honra del sujeto pasivo y causarle daño al patrimonio moral de aquél, tal y como ocurre con los falsos señalamientos de haber incurrido en daño en bien ajeno y violencia contra servidor público.

Sin embargo, tales imputaciones que pudieron menoscabar la honra del afectado, para considerarse típicas, debían ser efectuadas con consciencia y voluntad, con el ánimo de causar daño a la integridad moral del destinatario de las mismas, es decir deben haberse expresado dolosamente, entendido éste con criterio avalorado en sede de tipicidad y valorado en la fase de culpabilidad.

Al analizar tal arista es posible entender la insistencia del delegado de la Fiscalía en solicitar y priorizar la atipicidad subjetiva de la conducta atribuida a MARTÍNEZ GUZMÁN.

El recurrente insiste en su particular interpretación de hechos y evidencias, empero no desacreditó fáctica, probatoria, ni jurídicamente el pronunciamiento de la primera instancia que concluyó, con acierto y rigurosidad la inexistencia de una actuar voluntario, de un ánimo específico en afectar a los querellantes.

Ya precisados los términos exactos de las manifestaciones del General MARTÍNEZ GUZMÁN, con

fundamento en las evidencias[31] sobre la publicación del cartel y un fallo de tutela[32], es viable sostener que todo lo afirmado en tales declaraciones fue indudablemente motivado por la convicción errada y superable de que tales sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas, pues:

i) La elaboración del cartel no fue caprichosa, ni aleatoria;

ii) Existían imágenes e información concreta y específica, allegada a la Policía Nacional por terceros, que indudablemente ubicaba a Ospina Cogua, el día de los hechos en el lugar de los desmanes;

iii) El 29 de agosto de 2013, en el centro de Bogotá, sin hesitación alguna, se presentaron gravísimos hechos delincuenciales en contra del comercio, las estaciones de transporte, los edificios públicos y los agentes del orden;

iv) No existía conocimiento previo ni razón antecedente que permitiera explicar la existencia de una malquerencia o razón para afectar el buen nombre de los querellantes;

v) Los denunciantes habían reconocido que efectivamente participaron en las marchas, empero no en los actos violentos que generaron la necesaria reacción de la Policía Nacional;

vi) El cartel con fotografías invitaba a "ayúdenos a identificarlos" e involucraba a 48 personas más, lo que devela la ausencia de dolo;

---

[31] EMP 8, 11, 12, 14, 15, 16 y 17
[32] EMP 29 y 30. El 18 de septiembre de 2013, la Sala Penal del Tribunal Superior negó el amparo solicitado por OSPINA COGUA.

vii) La publicidad de las fotografías la anunció la Policía Nacional lo que demuestra no solamente su propósito, sino también el ánimo de estar obrando lícitamente;

viii) Se suma como razón de más todos los argumentos expuestos por el *a quo*, la Fiscalía y el Agente del Ministerio Público; y

xi) El contexto en el que los hechos y manifestaciones atribuidos a los Generales denunciados tuvieron ocurrencia.

Constituye un hecho notorio que el 29 de agosto de 2013, la Plaza de Bolívar de Bogotá, así como sus inmediaciones, se convirtió en un peligroso escenario en el que un grupo de encapuchados y desadaptados cometieron graves actos violentos y desproporcionados que causaron lesionados, cuídanos atemorizados, inmuebles afectados, fachadas destruidas, agentes del orden heridos, afectación de la movilidad, daños en bienes privados y públicos, así como las estaciones del transporte masivo.

Por ello cuando los Generales denunciados realizaron unas manifestaciones y dieron la orden de elaborar y publicar el cartel, perseguían el auténtico y real propósito de retomar el orden público, asegurar la convivencia pacífica, garantizar la seguridad de los ciudadanos e identificar, con la ayuda de la comunidad, los videos y la información, a los responsables de los desmanes, empero no afectar la integridad moral de personas que desconocían y con las que nunca habían tenido contacto, en los términos ya expuestos.

En el marco de lo analizado, resulta relevante señalar que los actos vandálicos sí se presentaron efectivamente y que los responsables de tales comportamientos sí existieron, así no hayan sido identificados o se haya podido incurrir en un error, como ocurrió en el caso de los tres querellantes.

Al respecto, debe señalarse cómo los Generales denunciados, los mayores y capitanes entrevistados refirieron que además de identificar a los responsables, el objetivo del cartel "*era que las personas se acercaran y manifestaran su grado de participación o dieran indicios para la identificación de las personas que habían realizado este tipo de desmanes*"[33].

Por lo anterior, la existencia de fotografías e información para la elaboración del cartel, la gravedad de los hechos y el cumplimiento de las funciones legales de la Policía Nacional son elementos que no pueden ser marginados en la valoración de las conductas denunciadas.

Aunque no fue planteado en esos términos y en su intervención de no recurrente el Fiscal Delegado se limitó a afirmar que lo dicho por MARTÍNEZ GUZMÁN, aunque podía ser objetivamente típico, como en efecto quedó evidenciado, no había sido manifestado con dolo, pues el propósito era identificar a los responsables, ahora sí resulta posible advertir la existencia de convencimiento personal, fundado, errado y vencible en el actuar del Brigadier General

[33] EMP n° 17.

MARTÍNEZ GUZMÁN que excluye el elemento estructural tanto del ilícito de calumnia, como de injuria consistentes, respectivamente, en obrar con consciencia de la falsedad en la atribución de un delito a otra persona o de una imputación difamatoria.

Para obrar como lo hizo el 3 de octubre de 2012, MARTÍNEZ GUZMÁN conoció:

i) Los graves desmanes ocurridos el 29 de agosto de 2013 en la Plaza de Bolívar de esta ciudad, como hecho notorio al cual ya se aludió;

ii) El correo electrónico enviado, el viernes 30 de agosto de 2013, por Fabián Gómez[34] a la Policía Nacional, en el que adjuntó siete fotografías que sirvieron de soporte para la publicada en el referido cartel en el n° 34[35];

iii) El reconocimiento expreso e inequívoco de Jorge Alejandro Ospina Cogua, Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García de haber participado en las marchas y haber hecho presencia en la Plaza de Bolívar; y

iv) Las fotografías que muestran a Ospina Cogua en el lugar de los enfrentamientos.

---

[34] EMP 28, fabian.gomez9@yahoo.com.co. "Habían (sic) varias personas, pero él que tenía jafas (sic) en la cabeza y pelo largo incitaba a los demás para que siguieran lanzando piedras a todos los policías que se encontraban allí es más este … prendió una hoguera como símbolo de protesta y tumbó las vallas del distrito. Este seños es un desadaptado , un peligro para la sociedad. Yo puedo identificar al mechudo, con él ya me he visto en varias ocasiones y tengo bastante información sobre él …hubo un mechudo de camisa negra con azul que tiró piedra a cuanto policía venía tenía una maleta negra en mi universidad lo he visto varias veces formando con los delincuentes que tiran piedras. Me van a dar recompensa por mi información? Fabián Gómez"

[35] Oficio n° S2013-1455818, 17 de septiembre de 2013, Así lo informó el General Martínez, en su condición de Comandante de la Policía Metropolitana a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Ospina Cogua.

Todo lo anterior, a pesar de no ser concluyente, sí constituía un presupuesto serio para realizar inferencias que, de manera ligera, realizó el General MARTÍNEZ quien, sin ahondar en más, hizo el señalamiento contra Ospina Cogua, como actuar que no fue doloso y que puede ser culposo.

Con fundamento en la información suministrada por sus subalternos y la recaudada por la institución (fotos, videos, correo, trámite de tutela), para el 3 de octubre de 2013, MARTÍNEZ GUZMÁN estaba convencido de que el promotor de la acción de tutela y de la medida de protección sí estaba involucrado en los desmanes y esa creencia, errónea como se pudo establecer **posteriormente**[36], tenía unos fundamentos que analizados en las condiciones temporales y espaciales, en las que se produjeron las declaraciones, resultan atendibles para excluir la intención de lesionar la integridad moral de los querellantes.

Lo anterior, desvirtúa el dolo de la conducta, en tanto el General no sabía, en ese momento, que i) la atribución de responsabilidad por cierto delitos y los calificativos difamatorios podían resultar falaces y ii) el actor de las acciones judiciales no era responsable de los actos que se investigaban, por lo que su honra podía ser afectada con ese tipo de señalamientos delictivos y deshonrosos.

---

[36] El 20 de mayo de 2014, el Fiscal 313 Delegado certificó que la investigación por los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2013 *se encontraban en etapa preliminar, en averiguación de responsables* y sin que los querellantes se encontraran vinculados formalmente a esas diligencias.

Lo dicho por MARTÍNEZ GUZMÁN, objetivamente valorado, no permite afirmar que lo expresado estuvo dirigido a dañar la honra de quien fue señalado como autor o partícipe de unos delitos por información cierta suministrada por Fabián Gómez al correo de la Policía Nacional *fuentesmebog@correo.policia.gov.co*.

De las evidencias recaudas y de lo alegado por la Fiscalía y el Ministerio público, como no recurrentes, se advierte que la conducta de MARTÍNEZ GUZMÁN estuvo determinada por una errónea y superable convicción que, a pesar de no haber sido alegada de manera expresa y específica, permite explicar la consideración de aquellos en cuanto a la ausencia de dolo.

Una debida y actualizada consulta sobre las fotos, videos, correos e información judicialmente ventilada, para octubre de 2013, permiten concluir condición culposa no dolosa de esa convicción que determinó las declaraciones, pues dada la experiencia del General le era posible superar el erróneo convencimiento al que se le indujo, esto es, sobreponerse a aquella falsa percepción de la realidad que sus subalternos y los medios de comunicación lo llevaron, de haber obrado con la diligencia y cuidado que le eran exigibles.

Luego, entonces, como se acreditó la ausencia de dolo por existencia de un error determinante y superable en el actuar del aquí indiciado, el cual elimina el elemento subjetivo dolo en su comportamiento se torna atípica la

conducta, pues en nuestra legislación penal no se prevé la conducta de injuria en modalidad culposa, por lo que la Sala confirmará la decisión impugnada por las razones aquí expuestas.

La configuración típica de la conducta no se agota con la sola existencia de imputaciones delictivas o deshonrosas, según se trate, con potencialidad para afectar el bien jurídico tutelado.

En el caso de la calumnia se exige, además de su existencia y carácter falaz, un mínimo e especificidad y concreción en el señalamiento y la verificación de un ingrediente subjetivo: el conocimiento de la condición mendaz de las sindicaciones delictivas, la conciencia de su naturaleza falsa y típica, así como la voluntad de exteriorizarlas con la intención inequívoca de agraviar al sujeto pasivo, de causarle daño; mientras que, tratándose de la injuria, adicional a la imputación deshonrosa se requiere un *animus injuriandi* acompañado de la conciencia de que lo imputado ostenta esa capacidad lesiva, para menguar o deteriorar la honra de la otra persona.

Tales elementos brillan por su ausencia en la presente actuación, como ha quedado expuesto en precedencia.

9. El representante de víctimas estimó que, a diferencia de lo decido por la primera instancia, lo ocurrido con la versión de Andrés Fernando Sepúlveda y las providencias

judiciales presentadas por la representación de las víctimas debían tener una *incidencia* en la solicitud de preclusión.

Al respecto, la Sala debe realizar dos precisiones iniciales, a saber: contrario a lo manifestado por el recurrente, la Fiscalía sí entrevistó a Sepúlveda, el 14 de marzo de 2014[37], y la sentencia T - 358 de 2014[38], aunque se ocupó de hechos similares, no hizo ninguna mención al señor Ospina Cogua, ni declaró un daño consumado en su contra.

9.1. Tal y como lo indicó el Fiscal Delegado, Andrés Fernando Sepúlveda sí fue entrevistado, empero nada quiso narrar sobre los hechos, a pesar de haber manifestado tanto su disposición, como contar "*con información contundente relacionada con la denuncia*".

El entrevistado se negó a narrar los hechos que supuestamente conocía con la alegación de la existencia de riesgo para él y su familia.

Desde una perspectiva formal, la Fiscalía agotó los medios a su alcance para practicar la entrevista y fue el testigo quien se negó a rendir la declaración, por razones ajenas a esa institución y mediando exigencias que, según manifestó el Fiscal en las audiencias, resultaban desproporcionadas y, sobretodo, ajenas a este trámite.

[37] EMP 23.
[38] EMP 25, accionantes Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García.

Tratándose de la óptica material, la Sala Especial consideró que tal entrevista resultaba intrascendente, pues según el testigo, en los términos difundidos en medios de comunicación y citados por el recurrente, tenía información de la existencia de una escritura criminal al interior de la Policía con la que había interactuado en agosto de 2013, con ocasión del paro agrario.

La Sala no puede desconocer esa evidencia y esa manifestación[39].

Sin embargo, de los términos de la solicitud de preclusión, las intervenciones en audiencia y los elementos materiales probatorios resulta fácil colegir que el objeto de la indagación preliminar adelantada en contra de los Generales PALOMINO y MARTÍNEZ, con ocasión de las querellas interpuestas por Jorge Alejandro Ospina Cogua, Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García, era determinar si los uniformados habían atribuido falsamente conductas típicas a los querellantes y no la existencia y participación de los uniformados en una organización criminal.

Por lo anterior, Sepúlveda nada aportaría sobre la configuración del delito contra la integridad moral, sino sobre otros temas manifiestamente ajenos a las circunstancias fácticas aquí investigadas.

[39] EMP n° 22. El Espectador, 31 de mayo de 2016.

9.2. Sin perjuicio de lo ya manifestado, en virtud de los principios constitucionales de independencia y autonomía judicial, ciertamente, cada Juez de la República está sometido al imperio de la Ley en sus decisiones y a lo que resulte acreditado en las diferentes actuaciones, sin que las decisiones administrativas, civiles o de tutela tengan automática e irreflexivamente una incidencia o eventual prejudicialidad en los asuntos penales, pues caso a caso le corresponde al operador judicial determinar el mérito que otras decisiones pueden tener en el asunto sometido a su consideración.

El recurrente fue insistente en que otros jueces ya reconocieron la existencia de un daño causado al buen nombre y a la presunción de inocencia de los tres querellantes.

Esta Sala, al igual que la primera instancia, nada tiene que objetar a ese planteamiento debidamente acreditado, pues en efecto el Juez de Control de Garantías[40] reconoció tal afectación y ordenó retirar la fotografía de Ospina Cogua y la Corte Constitucional reconoció la existencia de un daño consumado en el caso de Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García.

No obstante, esa medida de protección y ese fallo de tutela, así como la decisión en primera instancia de la acción de repetición, carecen de los alcances penales que el

[40] EMP n° 10.

recurrente les atribuye, pues como se afirmó, de manera precedente, no pueden confundirse ni equipararse la consumación del supuesto delito de calumnia o mejor, fácticamente, la manifestación pública de ciertas imputaciones con los efectos, daños y consecuencias que se derivan de tal comportamiento, como tampoco puede asimilarse automáticamente la existencia del daño al buen nombre con la materialidad del delito de calumnia y la responsabilidad penal del autor de tales expresiones, con conceptos tales como la falla del servicio o la vulneración a derechos fundamentales.

Si bien las manifestaciones de los Generales denunciados pudieron afectar garantías superiores y ocasionar un perjuicio que debe ser reparado, ello no implica, como lo entiende y reivindica erróneamente el recurrente, que los hechos analizados se adecuen típicamente a los delitos de calumnia o de injuria, por las razones expuestas anteriormente.

Estas precisiones adquieren mayor trascendencia al evocar ese carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, por virtud del cual otras instancias de control social y judicial son idóneas para resolver muchos de los conflictos generados en la vida en sociedad.

10. En ese orden de ideas, la Corporación confirmará el auto impugnado, por las razones expuestas en esta decisión, por cuanto las causales de preclusión invocadas fueron debidamente acreditadas en la actuación.

En el caso del General PALOMINO LÓPEZ se precluirá por i) atipicidad del hecho investigado frente al delito de calumnia por la denuncia presentada por María Angélica Arias García y Cristian Darío Arango Chacón; y ii) imposibilidad de dar inicio a la acción penal, en el caso de Ospina Cogua. Tratándose del Brigadier MARTINÉZ GUZMÁN la preclusión procede por atipicidad i) objetiva del delito de calumnia, en los casos de Arias García y Arango Chacón, y ii) subjetiva por el punible de injuria tratándose de Ospina Cogua, en los términos expuestos en precedencia.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto proferido el 7 de febrero de 2019 por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, en los términos aquí expuestos, mediante el cual precluyó la investigación adelantada en contra de General (r) RODOLFO PALOMINO LÓPEZ y del Brigadier General (r) LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN, por el delito de calumnia, por atipicidad de la conducta, así como también por el punible de injuria en el caso de éste, y por imposibilidad de iniciar la acción penal, en relación con la querella presentada por Ospina Cogua, por lo ocurrido el 30 de agosto de 2013.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO
PROVIDENCIA CSJ AP3639–2019
(27 de agosto de 2019, rad. 54994)

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, al no compartirla en su totalidad, salvo parcialmente el voto pues, a mi juicio, la providencia dictada por la Sala Especial de Primera de Instancia de esta Corporación, ha debido revocarse en lo que concierne a la preclusión con la que resultó favorecido **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN**.

Por razones prácticas, únicamente me ocuparé de la materia de disenso, como a continuación brevemente se expone, no sin antes explicitar algunos antecedentes de importancia para la resolución del caso concreto.

1. El sustrato fáctico jurídicamente relevante exhibió que, con ocasión de multitudinarias movilizaciones ciudadanas promovidas en solidaridad con un paro agrario nacional que para la época se adelantaba, el 29 de agosto de 2013, en la Plaza de Bolívar de esta capital, se presentaron graves disturbios que llevaron a la Policía Nacional, en cabeza de su Director, General RODOLFO BAUTISTA PALOMINO LÓPEZ y del Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** a elaborar y publicar un cartel con 48 fotografías de personas que, al parecer, habían participado activamente en los

desmanes, aviso que fuera reconocido públicamente como *«Cartel de los Vándalos»*.

2. Una de esas imágenes (la n.° 34) correspondió al rostro de JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA, joven que, a raíz de infructuosa acción de amparo constitucional precedente[41], acudió ante el Juzgado 72 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, en audiencia denominada *«corrección de actuaciones que afectan derechos fundamentales»* y dicha célula judicial, el 2 de octubre de igual anualidad, ordenó a la Policía Nacional retirar la publicación al declarar vulnerados los derechos fundamentales al buen nombre, honra y presunción de inocencia del solicitante.

3. Al día siguiente, de acuerdo con lo reseñado en la providencia de la que me aparto parcialmente, en el canal noticioso RCN, **MARTÍNEZ GUZMÁN** refirió:

> *General Martínez: Si uno no puede mostrar esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad, que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos (…)*
>
> *[Periodista: así respondió el General Martínez por la decisión de un juez que ordena retirar los carteles de vándalos, reveló que quien busca quitarlos es la misma persona que ya había interpuesto una tutela]*
>
> *General Martínez: es el mismo vándalo, desadaptado y aquí aprovecho porque es que el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales de estructuras urbanas y de criminales de estructuras históricas como las que aquí hay.*

[41] Conocida en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y, en sede de impugnación, por la Sala de Decisión Penal de Tutelas de esta Colegiatura (CSJ ST, 17 oct. 2013, rad. 69786).

A su vez, la página de internet[42] del medio periodístico *«La W»*, le atribuyó la siguiente información:

> *El **general Luis Eduardo Martínez, saliente comandante de la Policía de Bogotá**, aseguró que comparecerá ante la justicia luego de que se interpusiera una tutela para retirar el cartel de los vándalos publicado por las autoridades.*
>
> *El recurso fue presentado por uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos en el centro de la ciudad.*
>
> *Indicó que el cartel no se realizó por capricho de la Policía, sino para dar a conocer los reales **responsables de los daños** a la infraestructura de Bogotá.*
>
> *"El cartel no se hizo caprichosamente, se hizo con base en unas imágenes de bandidos, de criminales urbanos y la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo", señaló. "**Este delincuente se quiere mostrar como un 'angelito'** (...) Yo pondré la cara ante la justicia porque lo que hago es defender a los ciudadanos de bien y atacar a los criminales"* [negrilla original del texto].

4. Al descender al asunto de la especie, coincido con la Sala Mayoritaria en que esas expresiones de **MARTÍNEZ GUZMÁN**, efectuadas ante medios de comunicación nacional, y en las que falsamente imputó a JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA, por lo menos, los punibles de daño en bien ajeno agravado y violencia contra servidor público, objetivamente configuran el punible de calumnia por el que se le investigó, razón para acogerme a las consideraciones que se hicieran, en punto de tipicidad objetiva de la conducta.

---

[42] Página web *https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/general-martinez-asegura-que-cartel-de-los-vandalos-de-bogota-no-se-hizo-por-capricho/20131003/nota/1987874.aspx*

5. Con todo, no comparto la respuesta ofrecida por la Corte en lo correspondiente al tipo subjetivo de la ilicitud en mención que, en mi sentir, también se acreditó, al decir que *«todo lo afirmado en tales declaraciones fue indudablemente motivado por la convicción errada y superable de que tales sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas genéricas eran ciertas»*.

No se discuten los gravísimos sucesos del 29 de agosto de 2013 en el centro de la capital de la República, que indudablemente deben ser de conocimiento de las autoridades en el ámbito penal, al haberse ejecutado actos delincuenciales en contra del comercio, de las estaciones de transporte público, de las edificaciones gubernamentales y de los agentes del orden que procuraban su control.

Tampoco, que JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA hiciera parte de las movilizaciones en solidaridad con el paro agrario y popular, hecho que, incluso, es aceptado por éste en todas las salidas procesales que ha tenido ante diversos despachos judiciales.

Sin embargo, una cosa es que se hubiera utilizado información suministrada por sus subalternos y recaudada por la institución para *«ayudar a la identificación»* de ciertas personas, al parecer involucradas en los desórdenes, o como se dice en el auto de la Corte: *«además de identificar a los responsables, el objetivo del cartel "era que las personas se acercaran y manifestaran su grado de participación o dieran indicios para la identificación de las personas que habían*

realizado este tipo de desmanes"» situación acaecida entre el 29 y el 30 de agosto de 2013, y otra es que, habiendo transcurrido más de un mes de aquellos hechos (3 de octubre siguiente), se diga que el Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** obró con un *«convencimiento personal, fundado, errado y vencible»* que descarta el dolo y sólo entiende sus expresiones como *«inferencias ligeras»* en el marco de un actuar *«culposo»*.

6. El conocimiento de la condición mendaz de la sindicación delictiva, la conciencia de su naturaleza falsa y típica, así como la voluntad de exteriorizarla con la intención inequívoca de agraviar a JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA, refulge evidente en la medida que:

(i) Contó con aquel lapso temporal para que, en coordinación con la Fiscalía General de la Nación, se identificaran e individualizaran a los actores vandálicos, razón para considerar que a su alcance estuvo la posibilidad de actualizar el precario conocimiento que para el mes de agosto poseía.

(ii) Así, la *«creencia errónea»* de que se habla en la providencia (en el sentido de que el promotor de la medida de protección estaba involucrado en los desmanes), si bien puede acuñarse válidamente en un primer momento, esto es, al elaborar y publicar el pluricitado cartel en agosto de 2013, ella se desvanece hacia octubre del mismo año, cuando ya el investigado **MARTÍNEZ GUZMÁN** tenía una amplia noción del

individualizado OSPINA COGUA, a quien reconoció, además, como el autor de una acción de amparo precedente.

(iii) Es la propia Policía Nacional quien, en respuesta a la acción de tutela que posteriormente revisara la Corte Constitucional (CC T–358–2014), en punto de la publicación del *«Cartel de los Vándalos»* y las fotos de las personas en él impresas, así informó:

> *Ahora, que quienes aparecieron en el cartel hayan sido o no intervinientes en los hechos, fue lo que quiso establecer la Policía Nacional con la publicación del cartel en el cual, contrario a lo que afirman los accionantes, no se atribuyó responsabilidad a alguno de los fotografiados, pues en el mencionado documento lo que se solicitaba era que la comunidad ayudara a la identificación de esas personas por cu[a]nto la policía no sabía a quién correspondía cada una de las fotos. Por eso en el cartel se incluyeron las expresiones "AY[Ú]DENOS A IDENTIFICARLOS". La pretensión era que qui[e]n viera publicada su fotografía o qui[e]n reconociera a alguna persona cuyo retrato allí figuraba, indicara la identidad o solicitara la exclusión del cartel. Muchos concurrieron y así lo pidieron a la Policía, la cual asintió sin ningún inconveniente como se muestra en la serie de carteles que se anexa a [e]ste escrito en la cu[a]l a medida que las personas solicitaron su exclusión, su foto fue retirada.*

(iv) Entonces, si **MARTÍNEZ GUZMÁN** conoció de una acción constitucional anterior de JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA en la que reclamó ante el Tribunal Superior de Bogotá la salvaguarda de sus prerrogativas esenciales, pues así se desprende de sus intervenciones en los medios de comunicación, y si para el 3 de octubre de 2013 ya existía el pronunciamiento de un juez con función de control de garantías, también constitucional por excelencia, en la que se protegieron sus derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y a la presunción de inocencia, ciertamente sabía que la atribución de responsabilidad en algunos delitos y demás calificativos deshonrosos y difamatorios, no era el

resultado de una simple equivocación, como así lo hace ver la providencia mayoritaria.

(v) No puede explicarse el proceder del Brigadier General (R) en el ámbito del mero comportamiento culposo, habida cuenta que, en nuestro criterio, obró con absoluta consciencia de la falsedad en la atribución de delitos a OSPINA COGUA y con la firme intención de lesionar la integridad moral de éste, máxime cuando mediaba una decisión judicial que ordenaba el retiro del cartel.

Por contera, si no era dable para la Policía hacer uso de este, para el solo propósito de *«ayudar a identificar a los vándalos»*, mucho menos podía el indiciado imputar la comisión de conductas punibles al actor y querellante, pues, a esa altura, la expresión ya podía ser tildada de falaz, y con la potencialidad de causar daño al buen nombre, como quiera que, sin existir una investigación previa donde se corroborara que OSPINA COGUA hacía parte del grupo de jóvenes que presuntamente protagonizó actos delictivos el 29 de agosto de 2013 en la Plaza de Bolívar de Bogotá, así se le señaló, obligándolo a padecer el escarnio de ser rotulado como delincuente, sin existir material probatorio que respaldara tan delicada afirmación.

(vi) Diciente de la consciencia de la falsedad, se torna el hecho que el procesado anticipara *«poner la cara ante la justicia»*, vale decir, conocía de su accionar ilícito, sólo que trato de justificarse bajo la falacia argumentativa de *«defender a los ciudadanos de bien y atacar a los criminales»*

pues, so pretexto de «*atacar la criminalidad*» se rebajó al mismo nivel.

(vii) Aunque en el auto del cual discrepo, la Corte menciona que ***posteriormente*** [negrilla original del texto] se logró establecer que la creencia del procesado pudo ser errónea, no se requería arribar hasta el año 2014[43] para llegar a la conclusión de que JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA no estaba formalmente vinculado a proceso penal alguno, habida cuenta que, para el mes de septiembre de 2013, la Policía Nacional ya era conocedor de esa circunstancia, al punto que ello fue objeto de mención en la acción de tutela que aquél invocara contra la institución castrense:

> *[El] Asesor de la Dirección Nacional de Fiscalías solicitó se declarara improcedente la acción de tutela en lo que a esa entidad se refiere porque frente al derecho de petición elevado el pasado 9 de septiembre, le hizo saber al demandante que en su contra no se adelantaba investigación alguna y respecto a los presuntos atropellos de parte del Escuadrón Móvil Antidisturbios de la Policía Nacional "ESMAD", corrió traslado de su escrito al Director Seccional de Fiscalías de Bogotá, para que allí se imparta el trámite respectivo.*

(viii) En ese entendido, considero que la calumnia en el caso de la especie, se abría paso desde el tipo subjetivo, en la medida que **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** conocía de la falsedad de la imputación y quiso manifestarla. Dicho de otra manera, a sabiendas de la presunción de inocencia de la que gozaba OSPINA COGUA, no tuvo reparo alguno en hacer una acusación en su contra, lo cual se deduce al ponderar los

---

[43] En mayo de esa anualidad, la fiscalía certificó que la investigación por los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2013 *se encontraba en etapa preliminar, en averiguación de responsables* y sin que el querellante se encontrara vinculado formalmente a las diligencias.

relatados antecedentes y que motivaron al agente a realizar las expresiones, las circunstancias en que ellas se produjeron y la información suficiente con que contaba para el momento en que las divulgó, lo que determina el propósito calumnioso perseguido al efectuar la imputación.

7. Por otra parte, recuérdese que el *buen nombre* es uno de los bienes jurídicos más importantes que integran el patrimonio moral de una persona. En este orden de ideas, el ámbito de protección de este derecho, en materia de imputación de conductas delictivas, está ligado a la veracidad y certeza de la información, toda vez que la transmisión de afirmaciones falsas, además de compeler a la persona concernida a afrontar las consecuencias penales de la sindicación, afecta la buena imagen que un individuo ha construido en sociedad, precisamente por el efecto multiplicador del mensaje, mayor aún si quien lo emite es el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá.

Sobre este específico tópico, no debe pasar inadvertido que, con base en lo disciplinado en los artículos 218 de la Carta Política y 1 y 5 de la Ley 62 de 1993[44], a la fuerza policial le corresponde el *«mantenimiento de las condiciones*

[44] Ley 62 de 1993. Artículo 1: Finalidad. *La Policía Nacional, como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*
La actividad de la Policía está destinada a proteger los derechos fundamentales tal como está contenido en la Constitución Política y en pactos, tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia. La actividad policial está regida por la Constitución Política, la ley y los derechos humanos.

necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz»; por tanto, flaco favor se hace a la Policía Nacional, el que sea uno de sus altos miembros quien se encargue de transgredir ese mandato superior.

Tampoco puede olvidarse que las autoridades e instituciones de la República han sido creadas para amparar a todas las personas residentes en Colombia, en todas sus garantías y libertades, así como para asegurar el cumplimiento de los deberes tanto del Estado como de los particulares, por ende, la vulneración de las normas por parte de los servidores públicos genera, en materia penal, un mayor grado de reproche, pues son ellos, y en especial quienes están destinados a la protección de los derechos fundamentales, los primeros llamados en respetar el orden legal y constitucional vigentes.

Por lo mismo, para el suscrito resulta bastante preocupante, por decir lo menos, el dicho del Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** en sus alocuciones del 3 de octubre de 2013, en las que no solo efectuó imputaciones falsas a una persona, sino que entró en abierta rebeldía contra una decisión judicial, respecto de la cual respondió: *«Si uno no puede mostrar esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad, que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos»*.

Esas expresiones, divulgadas por el emisor de que se habla, hacen que las palabras se tornen en demasía graves y constituyan un acto de incitación a la violencia (entre otras variables, por: la conducta e intención del orador, peligro probable e inminente de que la audiencia se vea realmente incitada a un acto proscrito, el contexto de la expresión, la posición del emisor y su autoridad o influencia sobre la audiencia, alcance y magnitud de la expresión –incluyendo su naturaleza pública, la audiencia y los medios de difusión–, naturaleza pública de la expresión, los medios y la intensidad o magnitud de la expresión en términos de su frecuencia o volumen, etc.), rayando en lo que la doctrina constitucional y de esta Corte han abordado a partir de los denominados discursos prohibidos (una aproximación al tema puede verse en CSJ SP112–2019, 30 en. 2019, rad. 48388).

No puede decirse carente de dolo el obrar imputable al Brigadier General Martínez Guzmán, cuando de manera abierta se apartó de su misión institucional de proteger y respetar al ciudadano Ospina Cogua, respecto de quien el juez de control de garantías emitió decisión judicial para garantizar sus derechos entonces mancillados con las destempladas expresiones del Brigadier General y la publicación fotográfica cargada de ignominia, con la que el integrante de la Policía Nacional renegó del fin primordial de esa institución, siendo que con ese reprobable proceder para nada garantizaba los derechos y garantías públicas, ni tampoco la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Ello *per se*, bien pudo igualmente ameritar investigación penal por la conducta punible de fraude a resolución judicial, o cuando menos, un pronunciamiento o mención de la Corte en dicho sentido, atendido el principio de responsabilidad jurídica de los servidores públicos, conforme al cual aparte de responder por infringir la constitución y la ley también lo serán por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6, Constitución Política de Colombia), en la que palmariamente se aprecia incurso el referido implicado.

Una y otro se echan de menos en el encuadernamiento, restando sólo dejar sentada mi posición insular frente a esa temática.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar parcialmente de la respetable decisión mayoritaria.

Fecha ut supra.

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA PROVIDENCIA AP3639-2019

Con el acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, me permito manifestar salvamento parcial de voto, en los términos que siguen:

No tengo reparo frente a la determinación adoptada respecto al General **RODOLFO PALOMINO LÓPEZ**, pero si en relación con el Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN**, respecto del cual se ha debido revocar la decisión de preclusión de la investigación para continuarla en orden al esclarecimiento de los hechos.

El punto nodal de disenso consiste en que considero que, en el presente evento, se configuró el tipo subjetivo del delito de calumnia y existen elementos probatorios que configuran el dolo.

Para demostrar lo anterior, se abordará un marco teórico que girará en torno a los siguientes temas: ***(i)*** los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra; ***(ii)*** la protección constitucional de estos bienes y su relación con el tipo penal citado; y, ***(iii)*** el deber de acatar los fallos judiciales en un Estado Social de Derecho.

1. Los derechos al buen nombre y a la honra

El honor, desde antaño, ha sido objeto de protección penal frente a falsas imputaciones de hechos delictuosos[45], dada la grave afectación a la integridad moral.

Sobre el particular, FRANCESCO CARRARA sostuvo que:

> *«[…] el sentimiento de dignidad humana es el cometido primario de la idea de honor, y ese sentimiento es la aspiración de toda alma, por poco noble que esta sea, y que no depende de ninguna consideración de bienes exteriores, sino exclusivamente del amor a nosotros, sin necesidad de aplausos ajenos ni miras ulteriores»*[46].

Desde ese punto de vista, se ha entendido que alberga dos tipos de emoción -subjetivo y objetivo-: ***(i)*** el que surge de la propia conciencia, de las virtudes, méritos y valor moral; y, ***(ii)*** el representado por la estimación de los demás frente a las cualidades morales y el valor social.

Lo anterior da lugar a diferentes fundamentos sobre la naturaleza de la incriminación, según el tipo de agravio.

El primero, indica que el delito que atenta contra el honor –injuria; calumnia- solo podrá ser el *«dolor moral»*, ocasionado a las víctimas, heridas en el sentimiento de la propia dignidad, derivándose de esto que para la

---

[45] CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, parte Especial. 3era edición, 1943. Página 568.
[46] CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Página 1703, citado en: RAMÍREZ VELANDIA, Carolina. Comentarios a los Códigos Penal y de Procedimiento Pena. Delitos contra la integridad moral y el honor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.

configuración de tales ilícitos es imperioso el daño efectivo –resultado-. En el segundo, la reputación puede ser realmente perjudicada, aunque no sea necesaria su destrucción, correspondiendo a una infracción de peligro.

Entre las modalidades de la ofensa a tal bien jurídico –honor-, tradicionalmente se encuentran la injuria -que prevé varias especies -deshonra, descrédito, ultraje, difamación-; y, la calumnia –imputación de un hecho jurídicamente falso-[47].

De igual manera, es evidente que, en una u otra postura, es común la lesión y puesta en peligro de un bien jurídico inmaterial, a partir de la cual han surgido diferentes tendencias según la denominación que se le otorgue al mismo.

Así, la tradición española identifica este último con la palabra *«honor»*[48] y la colombiana acuña la expresión *«honra»*,

---

[47] SOLER, SEBASTIÁN. Derecho Penal Argentino. Editorial, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1978. Página 250.

[48] *Artículo 18: 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3.Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

de acuerdo con el sentido que los textos constitucionales asuman frente a tal derecho fundamental[49].

Esta es la razón para que sea la doctrina y la jurisprudencia las que se hayan encargado de desarrollar progresivamente, a través del tiempo y el contexto histórico de cada sociedad, ese concepto[50].

Cada país elabora una noción en atención a los criterios legislativos y sociales particulares, pero guardando la estricta observancia al núcleo o contenido esencial del derecho citado. Por lo que solo es posible contar con leves diferencias o distinciones que miran a la especificación de su contenido.

El artículo 15 de nuestra Constitución Política establece que: *«todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar»*. Por su parte, el canon 21 dispone: *«se garantiza el derecho a la honra»*.

Existe una relación sustancial entre el buen nombre y el derecho a la honra, los cuales hacen parte de los derechos de la personalidad, que no son otra cosa que aquellos

[49] DÍAZ CORTÉS, DILIA MARIOLA. Delitos contra la integridad Moral. Manual de Derecho Penal, Coord. CARLOS MANUEL CASTRO CUENCA, Tomo I, segunda edición. Bogotá, Colombia. 2018. Página 359.
[50] A manera de ejemplo, la Constitución Política de Chile, artículo 19 estipula: *«La Constitución asegura a todas las personas: N° 4: El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia»*. La Carta Política del Ecuador dispone: *«[…] 8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona»*.

inherentes al individuo como especie humana, cuyas características son su carácter extra patrimonial, innatos a la condición humana y, por tanto, están inmersos en su esencia.

El primero, se refiere a la idea que la gente tiene sobre una persona[51]; el segundo[52], significa respeto y buena opinión tanto de las cualidades morales y éticas, como de la dignidad de un ser humano.

Ambos conceptos tienen vínculo con la dignidad humana. Esta última gira en torno ***(i)*** al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y, ***(ii)*** a la facultad de exigir de los demás un trato acorde con su condición. En esencia, es un derecho fundamental, de eficacia directa, *«cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado»*. (CC T-291-2016).

Recuérdese que el artículo 1° de la Carta Política establece que Colombia *«es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general»*, de lo cual se deriva la naturaleza del ordenamiento constitucional.

Lo anterior impone al Estado una doble obligación: la garantía y el respeto de los derechos dignificantes de los miembros de la sociedad en cuanto seres humanos[53].

---

[51] Buen nombre.
[52] Honra.
[53] *Ibíd.*

Desde esta perspectiva, de manera sistemática, conforme lo estipulado en los artículos 1° y 2° del Pacto de San José se Costa Rica, el Estado tiene una carga específica respecto de la dignidad humana y el honor.

Esta última, se cumple mediante la consagración de estos como derechos fundamentales, tal como se observa en los artículos ya citados de la Carta Política -15 y 21-, así como en los cánones 2 y 42:

> *Artículo 2°: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*
> *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, **honra**, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares[54].*
>
> *Artículo 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla.*
>
> *[…] La **honra**, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables[55].*

De igual modo, de la obligación internacional citada se deriva el establecimiento de mecanismos o instrumentos internos a través de los cuales se garantice no solo la vigencia de esos derechos sino su protección y la trasgresión dolosa

[54] Subrayado fuera del texto.
[55] Subrayado fuera del texto.

de estos, lo que se puede hacer a través de la acción de tutela, y de prohibiciones penales, tal como pasa a verse.

La Corte Constitucional, en C-489-2002, auscultó estos bienes –honra y buen nombre-, que hacen parte de la integridad y patrimonio moral de la especie humana, ratificando la condición de derechos inherentes a esta:

> ***El buen nombre*** *ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo*[56]*.*
>
> *[****La honra****] aunque en gran medida asimilable al buen nombre, tiene sus propios perfiles y que la Corte en sentencia definió como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan*[57]*.*

De lo anterior se desprende la relación que tienen ambos bienes jurídicos con la dignidad humana, aspecto de relevancia para que sean considerados como derechos fundamentales, merecedores de protección, al estar en conexión sustancial directa, lo cual se deriva de su inserción en la Carta Política:

> *Tratándose de la honra, la relación con la dignidad humana es estrecha, en la medida en que involucra tanto la consideración de la persona (en su valor propio), como la valoración de las conductas más íntimas (no cubiertas por la intimidad personal y familiar). El*

[56] Subraya fuera del texto.
[57] Subraya fuera del texto.

> *buen nombre, por su parte, también tiene una cercana relación con la dignidad humana, en la medida en que, al referirse a la reputación, protege a la persona contra ataques que restrinjan exclusivamente la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo*. (Corte Constitucional, Sentencia C-442-2011).

La **honra** y el **buen nombre**, al hacer parte de la dignidad humana, tienen la función de proteger su realización en atención a que son atributos inherentes a la persona que contribuyen a prefigurar su singularidad e identidad.

Derivase de lo anterior que tales bienes morales deben ser protegidos con la finalidad de evitar que se quebrante el valor intrínseco de los individuos, no solo frente a la sociedad sino respecto de la propia imagen que tienen los individuos, aspecto que conlleva a la apropiada consideración y valoración de las personas, por parte de las autoridades públicas y particulares.

La Corte Constitucional ha señalado que el núcleo esencial del derecho a la honra debe mirarse con doble connotación -interna y externa-: ***(i)*** a partir de la estimación que cada ser humano hace de sí mismo; y, ***(ii)*** desde el reconocimiento que los demás realizan de la dignidad de cada persona. (CC C-489-2002).

La importancia de estos factores radica en que, para determinar vulnerado el derecho a la honra, deben apreciarse de manera conjunta, aspecto de lo cual deriva la demanda de protección para el Estado a partir de la consideración de la dignidad de la persona humana.

Esta última parte de su consagración en instrumentos internacionales de los que se deriva una obligación estatal, que habilita, junto a las normas internas constitucionales, la implementación de medidas en el ordenamiento jurídico interno para prevenir y sancionar su vulneración.

Ello se observa en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando establece:

> *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su* ***honra*** *y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques*[58]*.*

A nivel regional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, consagraron igual tutela, en los canones 17 y 11, respectivamente:

> *1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
>
> *2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*
>
> *[…]*
>
> *1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
>
> *2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*
>
> *3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

[58] Subrayado fuera del texto.

Precisamente, en la última normatividad, se evidencia la relevancia del derecho a la honra cuando impone en el artículo 14, numerales 1 y 2, que:

[…]

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

[…]

2. […] en ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en se hubiera incurrido.

Frente a estos conceptos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH- ha avalado su protección:

Por último, el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona[59]*.*

La CIDH, además, ha determinado lineamientos para tipificar los delitos que atentan contra la honra, en los que se deben ponderar los siguientes aspectos: ***(i)*** la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de las expresiones deshonrosas; ***(ii)*** el dolo con el que se actuó; ***(iii)*** las características del daño injustamente causado; ***(iv)*** la

[59] Caso TRISTÁN DONOSO contra Panamá. Párr. 57. Fallo de fondo de 27 de enero de 2009.

absoluta necesidad de utilizar, de manera excepcional, medidas penales; y, ***(vi)*** la consideración de que la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.

Estos parámetros fueron expuestos en el Caso KIMEL contra Argentina[60]:

> *La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.*
>
> *[…]*

Por ello, ha reiterado que *«es legítimo que quien se sienta afectado en su honor recurra a los mecanismos judiciales que el Estado disponga para su protección»* (caso *RICARDO CANESE vs. Paraguay*, párr. 101[61]), remitiéndose a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para distinguir que dentro de las restricciones a la libertad de expresión es preciso establecer si la persona es particular o cumple funciones públicas:

> *La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, se debe distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando haga referencia a una persona pública como, por ejemplo, un político. Al respecto, la Corte Europea ha manifestado que:*

---

[60] *Caso EDUARDO KIMEL contra Argentina. Párr. 78. CIDH. Fallo de fondo de 2 de mayo de 2008.*
[61] Caso RICARDO CANESE vs. Paraguay. Fallo de fondo de 31 de agosto de 2004.

> *Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art. 10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aun cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.*

Es decir, tratándose de funcionarios estatales, de personas que ejercen funciones públicas y de políticos, «*[…] se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada.*» (Caso RICARDO CANESE contra Paraguay, párr. 103).

De lo anterior es evidente que la tutela del honor, la honra y el buen nombre –bienes jurídicos que conforman la noción de integridad moral en Colombia, como se verá- , en caso de transgresión, se materializa en la adecuación como conducta punible en el Código Penal, aspecto que opera como uno de los mecanismos de protección, además del amparo directo.

2. La protección constitucional de la honra y el buen nombre y su relación con el tipo penal de calumnia

El mandato del bloque de constitucionalidad –y La Carta Política-, contenido en el artículo 93 de la Carta

Política[62], impone una protección efectiva a la honra y al buen nombre, por su condición de ser derechos constitucionalmente garantizados, que va más allá de la acción de tutela, pues de las normas citadas se deriva la obligación para el Estado de implementar mecanismos pertinentes con la finalidad de prevenir atentados y castigar la vulneración de tales bienes jurídicos.

Por ello, dada la importancia de estas categorías, el legislador tipificó como delito los comportamientos que atenten contra los mismos, en ejercicio del *ius puniendi*, como última *ratio* pues se considera grave su lesión, en atención a que ataca bienes inmateriales inherentes a la condición humana.

El ordenamiento jurídico consagra en el título V del Código Penal, el bien jurídico de la integridad moral y en concreto en los artículos 220 y 221 los delitos de injuria y calumnia, referidos a las imputaciones deshonrosas y a la falsa imputación de una conducta típica, respectivamente.

Claramente se observa que el objetivo perseguido al tipificar estos comportamientos es proteger el derecho fundamental a la honra[63] dada su relevancia constitucional, preceptos que persiguen una finalidad legítima dentro de la potestad configuradora del Congreso de la República, a

---

[62] *Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.
[…].
[63] Que incluye el honor y el buen nombre.

partir de la cual decidió tomar como medida la consagración de estos tipos penales. (C-442-2011).

En esa dirección, el legislador estimó que, en atención al bien jurídico tutelado, en los ilícitos que atentan en contra de la integridad moral, el ejercicio de la acción penal se condiciona a la querella que presente el afectado, conforme se desprende de los artículos 31 y 35 del Código de Procedimiento Penal.

Según tradición de esta Sala, la integridad moral como bien jurídicamente protegido es un concepto conformado por la dignidad y el honor, en cuyo desarrollo ha tomado elementos teóricos de la doctrina española, como se vio atrás. Este último tiene un aspecto objetivo y subjetivo. El primero, corresponde a la autoevaluación o aprecio que tiene una persona por su propia dignidad; el segundo, corresponde a la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto[64]. (CSJ AP3976-2014, rad. 36876).

En el caso de la calumnia, conforme al desarrollo de esta Corporación, para que tenga realización es imprescindible que se manifieste la intención dañina. (CSJ AP-6575-2015, rad. 55601).

---

[64] Según esta Corporación: «*El honor puede asumirse en sentido subjetivo u honor propiamente dicho y el objetivo o la honra. El primero es concebido como el señalamiento de la propia dignidad y decoro, el conjunto de valores morales que cada uno se atribuye y, el segundo, como la opinión o el concepto que nuestros semejantes tienen de cada uno de nosotros, el buen nombre o la fama derivados del modo de ser y actuar de cada cual, en sociedad, conocida como la honra».* (CSJ AP3976-2014, rad. 36876).

En cuanto al tipo subjetivo, en esa línea, la jurisprudencia determina que «*el agente debe formular la imputación con conocimiento y voluntad, es decir, sabiendo de la inexistencia del delito o de la inocencia del sujeto pasivo, y queriendo libremente hacer la acusación.*» (CSJ SP AP 3976-2014, auto, jul. 17 2014, rad. 36876).

Debe destacarse que la obligación de respetar el buen nombre y honra de las personas no solo rige para los particulares sino frente a las autoridades públicas, obligación consonante con uno de los fines del Estado pues, de acuerdo con el artículo 2° de la Carta Política, están «*instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*», objetos esenciales de un Estado Social de Derecho.

3. El Estado Social de Derecho frente a la protección de la honra y el buen nombre

La idea elemental del Estado de Derecho se identifica con el esquema de organización estatal a través del cual todos los integrantes de la sociedad –particulares y funcionarios públicos- están sometidos al imperio de la ley por lo que toda actuación debe estar acorde a la norma y procedimientos respectivos, bajo la egida del absoluto respeto a los derechos.

Técnicamente se le puede definir como:

> *Un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal*[65].

La Corte Constitucional ha considerado, de acuerdo con la Carta Política, que el concepto de Estado de Derecho hace alusión a la actividad de este, la cual debe estar regida por las normas jurídicas, es decir, circunscrita al derecho, en la que la norma jurídica fundamental es la Carta Política, aspecto que tiene como consecuencia el que toda la función estatal debe realizarse dentro del marco de esta última -Estado constitucional de derecho-. (CC SU747-1998).

Ahora, con el nuevo diseño constitucional a partir de 1991, que agregó la acepción social, la función pública debe tender a preservar y garantizar a los miembros de la sociedad las condiciones de vida dignas[66]. (CC SU747-1998).

---

[65] Naciones Unidad. Concepto del Secretario de la Organización de las Naciones Unidad. http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616. Consultada: 29 de agosto de 2019.

[66] Para la Corte Constitucional, «*la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todas las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales*». (CC SU747-1998).

En esa línea, el Estado colombiano es definido como democrático en atención ciertos caracteres, que se derivan del régimen político, que impone, en últimas, la protección y defensa de los derechos fundamentales.

> *[…] por un lado, que los titulares del Poder Público ejercerán esa calidad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, la cual se expresa a través de las elecciones; de otro lado, en lo que ha dado en llamarse democracia participativa, que los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a la concurrencia a elecciones para seleccionar sus representantes, sino que también pueden controlar la labor que ellos realizan e intervenir directamente en la toma de decisiones, a través de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta; y, finalmente, y de acuerdo con la reformulación del concepto de democracia, que la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minoría ni los derechos fundamentales de los individuos.* (CC SU747-1998).

Se concluye que el cumplimiento de las decisiones judiciales, hace parte del principio de gobernanza, además de ser una garantía para la existencia y funcionamiento del Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho.

Los siguientes mandatos respaldan tal tesis:

> *Artículo 4°: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*
> ***Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades[67].***

> *Artículo 29: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante*

[67] Subrayado fuera del texto.

juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 6°: Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. ***Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones[68]****.*

Artículo 113: Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.
Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.
Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Artículo 124: La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Artículo 229: Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

En consecuencia, la obligación del cumplimiento de las providencias judiciales integra un componente objetivo que se armoniza con los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

El primero se refiere a la *«la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de*

[68] Subrayado fuera del texto.

justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes» (T-283-2013); y, el segundo, es el *«conjunto de garantías que buscan asegurar a quien ha acudido al proceso, una recta y cumplida administración de justicia y la debida fundamentación de las resoluciones judiciales»* con apego a los procedimientos legales. (T-458-94).

Lo anterior, en tanto:

> *La interpretación sistemática de los anteriores preceptos conlleva la correlación entre (i) la facultad de acudir, en igualdad de condiciones, ante la judicatura para poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado, con el fin de obtener la protección de sus derechos sustanciales, con sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con observancia de garantías; y; (ii) el derecho que tiene a que se ejecute las sentencias proferidas a su favor que han decido lo pertinente.* (CC C-426 de 2002).

Así lo estipuló la Corte Constitucional, al determinar que el deber de cumplimiento de las providencias judiciales, como componente del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso ofende el Estado de Derecho:

> *La ejecución de las sentencias es una de las más importantes garantías de la existencia y funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho (CP art. 1) que se traduce en la final sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. El incumplimiento de esta garantía por parte de*

> *uno de los órganos del poder público constituye un grave atentado al Estado de Derecho.*
>
> *El sistema jurídico tiene previstos diversos mecanismos (CP arts. 86 a 89) para impedir su autodestrucción. Uno de ellos es el derecho fundamental al cumplimiento de las sentencias comprendido en el núcleo esencial del derecho a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas consagrado en el artículo 29 de la Constitución (CP. Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 29 y 86).*[69] (T-554 de 1992, reiterado en SU034-2018).

Recuérdese que existe una obligación general de obediencia al derecho, frente a la cual también la Carta Política establece la posibilidad de disentir, facultad derivada del artículo 1° de la misma, respecto al contenido de una disposición normativa, bien sea mediante la manifestación de la inconformidad o a través del incumplimiento de unas con la finalidad de conseguir que otras se cumplan. (CC T-571-2008).

Ahora bien, tratándose de decisiones judiciales en el contexto colombiano, su desobediencia o desacato constituye una infracción penal, tal como se señala en el artículo 453 del Código Penal: «*El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa de policía […]*».

Obsérvese que, en caso de desacuerdo con lo ordenado por las autoridades judiciales, la ley procedimental estipula

[69] Sentencia T-554 de 1992, M.P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Subrayado del texto.

los recursos y acciones para oponerse a las providencias, en el evento en que no se compartan los fundamentos jurídicos y de hecho, de lo que se deriva que, caprichosamente, no se puede dejar de cumplir las órdenes de los jueces.

Y ello es así por cuanto el desacato a las providencias judiciales desestabiliza el sistema jurídico, razón por la que debe ser sancionada con severidad, lo cual incluye, no solo la posibilidad de la acción constitucional de tutela, sino con la configuración normativa como delito de tal acción.

Es evidente que incumplir un fallo en un Estado Social de Derecho implica: ***(i)*** afectación a la persona misma, pues pone en entredicho el derecho fundamental de acceder materialmente a la administración de justicia; ***(ii)*** socava el principio democrático y valores insertos en los mandatos superiores; y, ***(iii)*** constituye una infracción penal.

LUIGI FERRAJOLI aseguró que tal modelo de constitucionalismo corresponde a un modelo con tendencia garantista, caracterizada por una *«normatividad constitucional fuerte, que implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de*

lesión o en las obligaciones de prestación que son sus correspondientes garantías»[70].

Pues la acepción *«garantismo»* para el citado, es sinónimo de Estado constitucional de derecho, a partir de la idea de *«un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes, en garantía de los derechos, incluso, los de la persona, en su totalidad»*[71]. Ello implica el deber de acatar y cumplir fallos judiciales, máxime cuando en estos se protegen derechos fundamentales.

La Corte Constitucional, incluso, considera el desacato judicial como un retroceso a las conquistas del constituyente de 1991:

[…]

> *A no dudarlo, un signo inequívoco de decadencia institucional y de debilitamiento de la democracia es la pérdida de respeto y acatamiento a las determinaciones de los jueces, encargados de definir el Derecho y de suministrar a la sociedad, con arreglo a la Constitución y a las leyes, las fórmulas pacíficas de solución de los conflictos que surgen en su seno.* (CC T-1686-00).

En consecuencia, el cumplimiento de sentencias judiciales constituye un elemento integrante del debido proceso y del acceso a la administración de justicia, por

---

[70] *Cfr.* FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los Derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editorial Trotta. Página. 28 y 29.
[71] *Ibíd.*

cuanto implica correlativamente que el derecho protegido por el Juez se cumpla con exactitud y oportunidad por particulares y servidores del Estado.

Por el contrario, cuando hay desacato a las mismas, los ciudadanos quedan expuestos al capricho y los bienes jurídicos fundamentales desprotegidos. En consecuencia, al desobedecer una decisión judicial, se configura inefectividad de la justicia, pues el orden constitucional no puede subsistir sin la garantía del acatamiento a los fallos judiciales. (CC T-1686-00; y, T-329 1994, entre otras).

4. Sobre las razones del disenso y por las que se salva el voto

Decantado el anterior marco teórico, me permito, entonces, exponer lo que, en mi criterio, debió ser una solución adecuada al problema jurídico que afrontó esta Corporación.

Para ello, es menester ubicar en contexto el asunto, tal como fueron consignados en la providencia mayoritaria:

> ***1.*** *De la información consignada en el auto atacado se extracta que el 29 de agosto de 2013, con ocasión del "paro agrario", en la Plaza de Bolívar de esta capital y sus inmediaciones, durante una de las marchas se presentaron graves disturbios, motivo por el cual el General RODOLFO BAUTISTA PALOMINO LÓPEZ, Director General de la Policía Nacional, y el Brigadier General LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN, Comandante de la Policía Metropolitana de*

Bogotá –MEBOG-, con el fin de incentivar a la ciudadanía a denunciar, impartieron la orden de elaborar y publicar un cartel titulado "AYÚDENOS A IDENTIFICARLOS", el cual contenía fotografías de 48 personas que, al parecer, habían participado en tales desmanes.

Dicho anuncio fue elaborado por funcionarios de la seccional de inteligencia de la Policía Nacional SIJIN, con base en las imágenes de información ciudadana aportadas al correo fuentesmebog@correo.policia.gov.co, así como con fundamento en registros fílmicos de noticias, videos de los circuitos cerrados de establecimientos de comercio, de centros automáticos de policía CAD y puestos de monitoreo.

Dentro de las fotografías publicadas, en esa oportunidad, se encontraban los rostros de los aquí querellantes ***Jorge Alejandro Ospina Cogua (n° 34)***, ***María Angélica Arias García (n° 37)*** *y* ***Cristian Darío Arango Chacón (n° 38)***[72].

2. *El 30 de agosto de 2013, el General PALOMINO rindió declaraciones a varios medios de comunicación, entre ellos, noticias RCN, diario El Tiempo y radio Santa Fe.*

En dicha oportunidad, el uniformado anunció la publicación del citado cartel y solicitó la colaboración de la ciudadanía para identificar las personas que allí aparecían, dado que, según sus indicaciones, se trataba de los responsables de los desmanes contra la fuerza pública, quienes estarían llamados a responder por los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, daño en bien ajeno, perturbación y violencia contra servidor público.

3. *La Fiscalía 313 de la Estructura de Apoyo de Bogotá, en atención a la información puesta en conocimiento por la Policía Nacional, inició la correspondiente investigación bajo radicado n° 110016100163020138015 9.*

3.1. *En esa indagación, el apoderado del querellante Ospina Cogua solicitó audiencia de control de garantías con el fin de requerir medidas de protección a favor de su representado, vistas las declaraciones del Director de la Policía.*

3.2. *El 2 de octubre de 2013, el Juzgado 72 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, acogió la solicitud de medidas de protección a favor de Ospina Cogua y ordenó que se eliminara la fotografía correspondiente del cartel, en razón de la afectación a los derechos fundamentales al buen nombre y a la presunción de inocencia.*

4. *El 6 de septiembre de 2013, por estos hechos, Jorge Alejandro Ospina Cogua interpuso acción de tutela ante la Sala Penal del*

[72] Subrayado del texto.

Tribunal Superior de Bogotá en contra del General RODOLFO PALOMINO. El amparo fue negado luego de considerar que la finalidad buscada con el cartel era legítima. La Corte Suprema de Justicia, en fallo de 17 de octubre de 2013, confirmó tal determinación.

***5.** A su vez, por estos hechos, Cristian Darío Arango Chacón y María Angélica Arias García interpusieron acción de tutela en contra de la Policía Nacional, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que la negó mediante proveído de 12 de noviembre de 2013.*

Ese pronunciamiento fue revisado por la Corte Constitucional que, a través de la T-358 de 10 de junio de 2014, confirmó la de primera instancia por tratarse de un hecho superado, pero reconoció que se encontraban frente a un daño consumado frente a los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre de los accionantes, de tal manera que dispuso su resarcimiento por parte de la entidad accionada, con la publicación de un aviso en el que se debía especificar que los aludidos accionantes carecían de antecedentes penales.

***6.** Adicionalmente, tanto de la actuación, como de las intervenciones en audiencia, se pudo establecer que el 3 de octubre de 2013, el General MARTÍNEZ GUZMÁN rindió nuevas declaraciones a La W radio y a RCN, en las que realizó manifestaciones en contra de Ospina Cogua.*

De igual manera, es relevante tener presente las manifestaciones del indiciado que supuestamente lesionaron la honra y el buen nombre del querellante:

[…]

Para una mejor ilustración, en noticias RCN, el 3 de octubre de 2013, según el EMP aportado, el General MARTÍNEZ GUZMÁN declaró:

"General Martínez: Si uno no puede mostrar esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad, que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos (…)
[Periodista: así respondió el General Martínez por la decisión de un juez que ordena retirar los carteles de vándalos, reveló que quien busca quitarlos es la misma persona que ya había interpuesto una tutela]

General Martínez: es el mismo vándalo, desadaptado y aquí aprovecho porque es que el cartel no se hizo caprichosamente, el cartel se hace de acuerdo con unas imágenes de bandidos, de delincuentes de criminales de estructuras urbanas y de criminales de estructuras históricas como las que aquí hay".

Mientras que, en su página de internet, La W le atribuyó la siguiente información:

"El general Luis Eduardo Martínez, saliente comandante de la Policía de Bogotá, aseguró que comparecerá ante la justicia luego de que se interpusiera una tutela para retirar el cartel de los vándalos publicado por las autoridades.
El recurso fue presentado por ***uno de los jóvenes que participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos*** *en el centro de la ciudad.*
Indicó que el cartel no se realizó por capricho de la Policía, sino para dar a conocer ***los reales responsables de los daños a la infraestructura*** *de Bogotá.*
"El cartel no se hizo caprichosamente, se hizo con base en unas imágenes de bandidos, de criminales urbanos y ***la foto se le tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo****", señaló. "Este delincuente se quiere mostrar como un 'angelito' (...) Yo pondré la cara ante la justicia porque lo que hago es defender a los ciudadanos de bien y atacar a los criminales"".*[73]

Descendiendo al asunto que concita la atención de este salvamento, lo expuesto en precedencia, frente a los hechos materia de investigación y los presupuestos conceptuales anteriores, sustenta mi posición, al apartarme de la mayoría, puesto que, reconocido como está, que el Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN**, en sus declaraciones de 3 de octubre de 2013, obró en forma adversa al ordenamiento jurídico, es decir, su conducta se encuadró dentro de la descripción legal del delito de calumnia, la estructuración de la **tipicidad subjetiva** también se infiere en el grado de conocimiento necesario para no precluir la investigación, y,

[73] Se citó: *«EMP n° 31».*

en su lugar, continuar con la actividad procesal en procura de obtener elementos de convicción que conduzcan, inexorablemente, a tomar una decisión, en uno u otro sentido, más allá de toda duda, como pasa a verse:

En el folio 52 del proveído mayoritario se adujo: *«Tales expresiones [*refiriéndose a las del 3 de octubre de 2013 vertidas por **MARTÍNEZ GUZMÁN***] a diferencia de lo manifestado por PALOMINO LÓPEZ, sí configuran objetivamente el punible de calumnia, empero no reflejan una intención dañina de atribuir falsamente conductas típicas concretas, específicas y circunstanciadas».*

Lo anterior por cuanto, para la Sala mayoritaria, era evidente que, si bien **MARTÍNEZ GUZMÁN** se refirió indirectamente a JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA como *«delincuente, criminal o vándalo»*, esa manifestación genérica fue acompañada de las siguientes *«sindicaciones delictivas, inequívocas, diáfanas y concretas: i) uno de los jóvenes participó en las manifestaciones que dejaron daños cuantiosos; ii) los reales responsables de los daños a la infraestructura; y, iii) la foto se la tomó en la esquina de la Plaza de Bolívar, cuando estaba atacando a los miembros de la Policía y utilizando armas para hacerlo».*

De esa manera, se concluyó que lo denunciado por OSPINA COGUA y de lo acreditado en la actuación refulgía claro que *«al realizar esas manifestaciones, MARTÍNEZ GUZMÁN, se*

refería indirectamente al querellado, pues fue él quien acudió ante el Juez Penal con función de control de garantías».

Es decir, el indiciado manifestó que «*ese joven* –refiriéndose a OSPINA COGUA- *generó daños a la infraestructura, agredió a miembros de la Policía Nacional y utilizó armas blancas al ejecutar ese comportamiento»,* desprendiéndose de estas expresiones la atribución de dos punibles:

(i) daño en bien ajeno agravado -artículos 265 y 266.4 del Código Penal-; y, ***(ii)*** violencia contra servidor público –canon 429 *ibidem*-, afirmaciones inveraces en la medida en que no se aprecia que el querellante ejecutó esas conductas y, menos, que haya sido judicializado por las mismas, con posterioridad, aspecto que denota la ligereza y voluntariedad del investigado en lesionar la honra de OSPINA COGUA.

Luego, la Sala mayoritaria, estimó, que para que se configure el dolo se requiere que el autor de las expresiones actúe con la intención de ocasionar lesión a sabiendas de la falsedad de la aseveración, situación que no se predica en este evento, en atención a que la Sala mayoritaria no observó la existencia de un actuar deliberado adoptado con la intención de agraviar la integridad moral del querellante, *«en el marco de una reacción espontánea a una decisión judicial»*, premisa de la cual me aparto.

Pues bien, de los elementos materiales de prueba, se colige la **intencionalidad** del Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** de reafirmar, ante la opinión pública, que el cartel del 30 de agosto anterior tenía sustento y qué, a pesar de la intervención de las autoridades judiciales, él estaba dispuesto a continuar con su postura en relación con la posible intervención de OSPINA COGUA en los desmanes del Paro Nacional Agrario, lo cual hizo a través de medios de comunicación, que replicaron la información, precisamente, luego de haberse ordenado por un juez competente la eliminación de la fotografía del cartel, en razón a la afectación a los derechos fundamentales al buen nombre y a la presunción de inocencia.

Obsérvese que, dada la dignidad del indiciado para la época de los hechos, pues ejercía como Comandante de la Policía Metropolitana del país, sabía de la potencialidad, con sus manifestaciones, de lesionar la honra de OSPINA COGUA y causarle daño a su patrimonio moral, las cuales se realizaron con conciencia y voluntad, dado el contexto de los hechos, máxime cuando apenas se iniciaban las indagaciones respectivas, pues, al hacer los señalamientos citados, se evidencia el actuar voluntario del investigado con ánimo de afectar al querellante.

Con esa actitud, en mi apreciación, no sólo persiste intencionalmente en la afectación de los derechos morales

del citado, quien pidió las medidas de protección ante el Juez de Control de Garantías, sino que, además, desatendió en la misma forma –con conocimiento de ilicitud y voluntad de realización- la orden emitida en favor de **OSPINA COGUA**, lo cual en modo alguno descarta la ausencia de dolo sino que, por el contrario, lo configura, no sólo en relación con el delito de calumnia, sino también con el de fraude a decisión judicial, que, si bien no fue objeto de denuncia, corresponde al ente acusador investigarlo al ser el titular de la acción penal.

Esa intención se infiere de las mismas palabras de **MARTÍNEZ GUZMÁN** puesto que, sin ningún respeto por la decisión del funcionario judicial, emitida el 2 de octubre anterior, afirmó: «*Si uno no puede mostrar a esos desadaptados sociales que le causan tanto problema a la ciudad, que le causan tanto problema al país, que generan tanta inseguridad para los ciudadanos, pues entonces apague y vámonos*», sin dubitación, se refería a la determinación que resguardó al joven beneficiado con la medida de protección, es decir, su voluntad se encaminó no sólo a reiterar las afirmaciones constitutivas de la calumnia, sino que, además, desconoció la providencia judicial.

Lo anterior máxime cuando el quejoso acudió a un Juez de la República para protección de su buen nombre y honra, mancillado por un señalamiento infundado, con vulneración, incluso, a su legítimo derecho a la presunción de inocencia,

bienes fundamentales amparados dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, en los términos analizados.

Es decir, a pesar de la autoridad policial que representaba, y en detrimento de la colaboración armónica entre las ramas del poder público, optó por realizar una sindicación delictiva concreta en los términos referidos, vulnerando sus deberes funcionales y el principio de imparcialidad, exponiendo ante la opinión pública a JORGE ALEJANDRO OSPINA COGUA, atribuyéndole una responsabilidad penal en actos vandálicos en los que no participó, aspecto que en la misma providencia mayoritaria se reconoce.

Por ello, la *«convicción errada y superable»* de que esas sindicaciones delictivas e imputaciones deshonrosas eran ciertas, basado en la evidencia tales como *«la elaboración del cartel no caprichosa»*, «*la ubicación de OSPINA COGUA el día de los hechos en el lugar de los desmanes»*, *«los graves hechos delincuenciales en contra del comercio»*, «*las estaciones de transporte, los edificios públicos y los agentes del orden»*, entre otros, no son razón suficiente para configurar el error construido, nunca alegado por la Fiscalía.

Contrario a esto último, los medios de convicción allegados, enseñan que el indicado obró con conciencia de la falsedad de la atribución de los delitos al querellante por cuanto sabía que eran las autoridades judiciales las que debían encontrar a los responsables de estos y, además,

conocía la protección constitucional del buen nombre de OSPINA COGUA ordenada por un juez de la República, cuyo fundamento se deriva de la misma Carta Política.

Lo anterior por cuanto la honra, el buen nombre y la presunción de inocencia de un ciudadano **no se pueden mancillar bajo ningún pretexto**, pues la preservación del principio democrático incluye el respeto a los derechos fundamentales protegidos en el ordenamiento constitucional.

Por ello, el desconocimiento y **desacato a lo decidido por un juez** debe ser indagado con rigurosidad, puesto que el Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN**, como superior de los servidores que le suministraron la información, tenía acceso directo a la documentación en referencia, y, dada su formación profesional, sabía que con su comportamiento socababa uno de los pilares del Estado Social de Derecho, circunstancia que descarta el error aducido.

En ese aspecto, vale la pena recordar que la actuación que adelantó la Fiscalía, con ocasión de las querellas, estaba en *«indagación»*, por lo tanto, no se había restringido el marco fáctico ni la connotación jurídica que aquel pueda tener.

Recuérdese que, presentada una noticia criminal, quien tiene el deber de investigar y hacer la adecuación típica es el

organismo de persecución penal, luego no puede circunscribir la labor instructiva, únicamente a los punibles denunciados.

En el presente caso, el ente acusador limitó la investigación a la querella, a pesar de avizorarse la posible incursión en otras conductas delictivas que debían ser investigadas oficiosamente, por lo que, los funcionarios judiciales de conocimiento, no pueden avalar esa actitud adversa a los reales valores de la administración de justicia, al favorecer con preclusión a personas que, al parecer, infringieron la ley penal.

Adicionalmente, cuando se afirmó que *«[…] no se observa la existencia de un actuar deliberado adoptado con la intención de agraviar la integridad moral del querellante, en el marco de una reacción espontánea a una decisión judicial»,* se está desconociendo lo que indican las evidencias aportadas y es que el implicado, enterado de la medida de protección, con conocimiento de causa y una prohibición directa, salió a los medios de comunicación a repetir las manifestaciones calumniosas en contra de OSPINA COGUA, con lo cual no sólo renovó la afrenta contra el particular, sino que, además, desatendió una orden judicial.

La determinación mayoritaria reconoce que expresiones como *«delincuente, criminal o vándalo»* pudieron vulnerar la honra del destinatario de ellas, pero que se hicieron sin

consciencia de ilicitud y voluntad de realización, es decir, sin ánimo de afectar el bien jurídicamente tutelado.

Ello sería aceptable únicamente frente al episodio generado con la publicación del cartel denominado *«AYÚDENOS A ENCONTRARLOS»*, hecho anterior a la determinación judicial, pues las posteriores manifestaciones en forma alguna se justifican como una reacción espontánea, en razón a la importancia del cargo público que ostentaba **MARTÍNEZ GUZMÁN** para la data de los hechos, pues su posición oficial sólo podía conducirlo a acatar las decisiones judiciales y si estaba inconforme con ellas, impugnarlas por los medios legalmente establecidos.

Es que, dada las condiciones temporales y espaciales en las que se produjeron las declaraciones, estas constituyen el contexto para afirmar que, en atención a la incipiente investigación, no había por qué atribuir responsabilidad por delitos a alguien particular, en quien estaba vigente una medida cautelar de protección, aspecto que le indicaba que OSPINA COGUA no era el responsable penal de los actos que se indagaban, máxime la ausencia de una sentencia en su contra.

Nótese que ni siquiera se le vinculó a alguna investigación penal, pues se aportó como evidencia que la actuación penal iniciada con motivo de los hechos del 29 de agosto de 2013 se encuentra en averiguación de responsable,

en la Fiscalía 313 Delegada. En esas condiciones, no está demostrado la exclusión del dolo aducida.

De ahí que, en consideración del suscrito, no existe en este evento error determinante, pues, el indiciado como Director de la Policía Metropolitana, no podía anticipar juicios de valor sobre responsabilidad penal que le corresponden a otras autoridades.

La aseveración dirigida a advertir que el indiciado actuó por presión de los medios de comunicación es inadmisible para aceptar que comportó de esa manera pues la misma no es un aval para dirigirse a la opinión nacional con los señalamientos delictivos aludidos en contra del querellante y, mucho menos, para desacatar lo decidido por un juez constitucional.

En suma, para el suscrito, la conducta de calumnia desplegada por el Brigadier General **LUIS EDUARDO MARTÍNEZ GUZMÁN** es típica objetiva y subjetivamente, razón por la cual no está probada la causal de preclusión invocada.

Son estos razonamientos los que me llevan a discrepar de la respetable decisión mayoritaria.

Fecha ut supra.

EYDER PATIÑO CABRERA