

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

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

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**  
**Magistrado Ponente**

**SP10998-2015**  
**Radicación N° 38.685**  
**Aprobado acta N° 283**

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de agosto de dos mil quince (2015).

**MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Mediante sentencia del 18 de agosto de 2009, la Juez 10<sup>a</sup> Penal del Circuito Especializado de Bogotá declaró al señor **Jesús Hermes Bolaños Cruz** autor determinante penalmente responsable del delito de homicidio agravado. Le impuso 310 meses de prisión, 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la obligación de indemnizar los perjuicios causados y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

El fallo fue recurrido por el defensor y *ratificado* por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 18 de octubre de 2011.

La defensa técnica interpuso casación.

En auto del 16 de mayo de 2012 se admitió la demanda presentada.

Recibido (el pasado 9 de julio) el concepto del Procurador 2º Delegado para la Casación Penal, la Corte resuelve el fondo del asunto.

## **HECHOS**

Aproximadamente a las 8:30 de la noche del 23 de enero de 1999, cuando Oswaldo Rojas Salazar se encontraba frente a su residencia ubicada en la calle 72D número 3N-19 de Cali, se le acercó un hombre y le hizo varios disparos con arma de fuego, los cuales causaron su deceso el 11 de febrero siguiente.

La víctima se desempeñaba como presidente del Sindicato de Trabajadores de la Gobernación del Valle y ejercía similar cargo en el Consejo Administrativo de la Cooperativa de Servidores Públicos y Jubilados de Colombia, COOPSERP.

Días antes del suceso, el 4 de noviembre de 1998, Marcos Wilson Salazar Vera, en compañía de John Jairo Moreno Díaz, contactó a Rojas Salazar y le dijo que un hombre, apodado “*El Indio*”, lo contrató para que le quitara la vida, llevándolo a un lugar donde le señaló el carro de la persona a quien debería matar (el de Rojas Salazar), pero que al percatarse de que era un vecino de residencia, desistió y decidió buscarlo para darle aviso.

Informes policivos señalaron que el apelativo de “*El Indio*” correspondía a Diego Javier Bolaños Cruz, hermano de **Jesús Hermes**, pero testigos afirmaron que al último igualmente lo llamaban de esa forma. En la audiencia pública John Jairo Moreno Díaz afirmó que Diego Javier Bolaños Cruz era “*El Indio*”.

**Jesús Hermes** y la víctima estaban vinculados, como gerente y presidente, en el manejo de la Cooperativa y se habían presentado problemas entre ellos por el manejo de la entidad, especulándose que el occiso se encontraba en campaña para que fuera reelegido y que, de concretarse ello, buscaría la salida de aquel, al punto de haber designado un subgerente para quitarle poder al último y, causado el deceso, fueron despedidas personas de su entorno.

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Adelantada la correspondiente investigación, el 24

de julio de 2008 la Fiscalía precluyó la investigación en favor de John Jairo Moreno Díaz, Marco Wilson Salazar Vera, Uriel Urbano Rosas y Diego Javier Bolaños Cruz (los dos últimos por muerte) y acusó a **Jesús Hermes Bolaños Cruz** como coautor material impropio del delito de homicidio agravado, previsto en los artículos 103 y 104.7.10 del Código Penal.

La decisión fue apelada por el defensor, pero el 16 de diciembre siguiente se aceptó el desistimiento del recurso.

2. Luego fueron proferidos los fallos señalados.

## **LA DEMANDA Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

**Cargo primero.** *Causal tercera, nulidad* por falta de competencia del juez, pues en su fallo concluyó que el homicidio de Rojas Salazar no obedeció a su calidad de dirigente sindical ni por ser funcionario del departamento del Valle, razón que condujo a que se tipificara el delito en el artículo 104.10 del Código Penal, agravante que no se dedujo en la sentencia, de donde surge que el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Bogotá perdía la competencia para dictar ese proveído debiendo remitir el asunto a un juzgado del circuito común, pues no se estaba ante la prórroga de competencia del artículo 405 procesal.

Descartado ese factor objetivo de competencia, se excluía al juez especializado la posibilidad de proferir sentencia, imponiéndose aplicar el principio del juez natural, cuyo irrespeto comporta una falta al debido proceso, de tal forma que el juzgamiento y el fallo resultaron irregulares, imponiéndose, por tanto, declarar la nulidad desde la fase del juicio para que, en su lugar, se remita el asunto a los juzgados penales del circuito no especializados.

El Ministerio Público: El artículo 29 constitucional protege como principio el del juez natural que estructura una garantía inviolable como que es elemento integral del debido proceso, en tanto supone la preexistencia de órganos judiciales establecidos por la ley, lo cual comporta un derecho del ciudadano a conocer, desde el inicio de la actuación, quién es su juzgador.

El conocimiento del delito de homicidio agravado en términos del artículo 104.10 (ser la víctima miembro de una organización sindical) es asignado a los jueces del circuito especializados. Esta circunstancia fue descartada por el juez en su sentencia, tras concluir que el deceso no fue causado por su condición sindical, lo cual implicaba que la competencia debía variar al juez común, en tanto no surgía ninguno de los factores de prórroga de competencia del artículo 405 procesal.

Por tanto, formalmente la irregularidad existió, pero no hay lugar a la nulidad en tanto no se causó daño a los derechos del acusado, porque las formas del proceso no

variaron ni se limitó el ejercicio de la defensa. Por el contrario, desde criterios objetivos y lógicos resulta mayor garantía para el procesado haber sido juzgado por un juez especializado, pues los requisitos, experiencia y conocimientos de este son más exigentes de los del juez común. Así, al no haberse quebrantado la garantía del juez natural, no hay lugar a la invalidación reclamada.

**Cargo segundo.** *Causal tercera, nulidad* por irregularidad sustancial cometida en la resolución acusatoria, con afectación del debido proceso y el derecho a la defensa, como consecuencia de las simultáneas imputaciones fácticas y jurídicas sobre la forma de participación en el delito (determinador, autor intelectual y coautor material impropio), que por resultar excluyentes infringieron el postulado lógico de no contradicción, exigible en la motivación de las providencias, que, así, se tornan anfibológicas, en contravía de lo exigido en la jurisprudencia sobre el deber de que los cargos sean claros, precisos, concretos, determinados y coherentes.

Tales presupuestos van ligados de la congruencia exigida entre los cargos y la sentencia y constituyen los objetos material y jurídico, con soporte en los cuales se ejerce la defensa.

En forma contradictoria a **Bolaños Cruz** se lo acusó por el delito de homicidio agravado, pero en la parte motiva se lo señaló indistintamente como autor intelectual y partícipe determinador, en tanto que en la resolutive se le

imputó coautoría material impropia, conceptos que son disímiles en la ley, la doctrina y la jurisprudencia, lo cual no puede solucionarse con el argumento de que todas ellas implican igual pena, porque lo importante es que sus elementos objetivos, subjetivos y estructura normativa son disímiles, de donde deriva que de una conducta única no es posible efectuar una triple y simultánea imputación fáctica y jurídica, constituyendo ambigüedad la indeterminación acusatoria respecto de la forma de intervención en el delito.

Se debe declarar nulo el trámite desde la resolución de acusación.

El Ministerio Público: La acusación rige la actuación procesal, como que ella fija las imputaciones fácticas, jurídicas y personales, luego debe ser precisa, clara, concreta, determinada y coherente, para que el acusado tenga plena claridad sobre los cargos por los que habrá de defenderse y ellos deben estar en consonancia con la sentencia. El desconocimiento de esa congruencia (en lo personal, fáctico y jurídico) vulnera la estructura del proceso y el derecho a la defensa, pues el sujeto pasivo de la acción penal resulta sorprendido cuando el fallo le hace imputaciones sobre las cuales no tuvo oportunidad de controvertir.

En el caso juzgado la acusación mezcló imputaciones fácticas y jurídicas de manera simultánea sobre la forma en que el procesado intervino en el delito, pues le atribuyó condiciones de determinador, autor intelectual y coautor

material impropio y en el fallo se lo condenó como autor determinador, categorías que resultan contradictorias y excluyentes, desde la propia definición legal de los artículos 29 y 30 penales.

Autor es quien realiza la conducta prevista en el tipo, ya directamente o utilizando a otro como instrumento (autor mediato); el concepto de autor intelectual es de legislaciones anteriores, pero se asimila al de determinador. La coautoría comporta la ejecución del delito por varias personas, en el entendido de un acuerdo común, división de trabajo e importancia de los aportes. El determinador es quien por cualquier medio incide en otro y le hace surgir la idea de cometer el delito.

Así, existe gran distancia conceptual y material entre la conducta realizada por el determinador y la ejecutada por el coautor material impropio, pues el primero no ejerce acto alguno para la configuración el tipo objetivo, solo incide en la voluntad del autor material, en tanto que el segundo realiza comportamientos que por su importancia resultan esenciales para concretar la conducta del tipo penal.

De tal manera que la acusación resulta confusa, ambigua y contradictoria, en cuanto en diferentes segmentos denomina al sindicado con conceptos antagónicos, pues en la parte motiva lo tilda de autor intelectual, luego de determinador y en la parte resolutive lo acusa como coautor material impropio, resultando aún más desconcertante que el a quo, en sentencia confirmada

integralmente por el Tribunal, lo condenara en condición de autor determinante, lo cual redundó en que el procesado no supo de qué defenderse.

El cargo, por tanto, está llamado a prosperar.

**Cargo tercero.** *Causal tercera, nulidad*, producto de irregularidades sustanciales por faltas al debido proceso en el deber de motivación de las sentencias, por resultar deficiente la plasmada en los dos fallos, referida a la imputación que se hizo al acusado como determinante del delito.

El deber de motivación está ligado a la necesidad de la prueba. Respecto de la forma de participación en la conducta punible, los jueces no pueden limitarse a enunciar la categoría escogida, sino que tienen la carga de analizar, valorar y motivar los contenidos materiales del elemento de juicio que ubica la conducta del acusado en los elementos que estructuran la forma de intervención criminal atribuida.

Las sentencias incurrieron en motivaciones deficientes o incompletas sobre la forma de participación imputada, determinación. En efecto, como indicios de responsabilidad fueron señalados: (i) móvil para delinquir, (ii) capacidad para delinquir, (iii) huellas materiales, (iv) mentira, (v) despido de sus cargos de trabajo de los amigos el occiso, y, (vi) prosperidad económica.

No se argumentó cómo tales construcciones indiciarias se relacionaban con la forma de participación escogida, la cual se quedó en simple enunciado. Los jueces no fijaron los contenidos materiales de esas pruebas ni establecieron sus alcances valorativos en orden a demostrar las conductas de provocación, suscitación, generación o creación de la idea y voluntad criminal que el procesado hubiese desplegado sobre su hermano, quien fue señalado como el sujeto determinado, para que este contratase a los sicarios.

Los jueces tampoco desarrollaron argumentos para demostrar la conducta material de la orden perentoria, del convenio, del consejo o de la coacción superable, como tampoco para verificar cómo y cuándo el sindicato exteriorizó actos para provocar, generar, suscitar, crear o incubar la idea criminal en su hermano. No obstante los seis indicios señalados, no hubo fundamentación para verificar que a partir de las diferencias existentes en el manejo de la cooperativa se establecía que el sindicato optó por determinar el homicidio.

Se impone anular lo actuado desde la sentencia del Tribunal.

El Ministerio Público: El principio de motivación, garantía del debido proceso y del derecho a la defensa, impone el deber de que las providencias judiciales deban fundamentarse con elementos fácticos, probatorios y jurídicos. En la sentencia de primera instancia se concluye

en la inexistencia de prueba directa, por lo cual debe acudir a la indiciaria.

Al análisis probatorio judicial, el Ministerio Público opone que los jueces debieron demostrar, y no lo hicieron, que el procesado realizó una conducta eficaz para haber persuadido a su hermano para que contratase a los sicarios. Las apreciaciones hechas son genéricas, sin contenido en ese aspecto, pues nada dicen sobre la forma en que el procesado instigó a su pariente, como tampoco se fundamenta probatoriamente el cuándo y el cómo se dio esa determinación, pues el simple vínculo consanguíneo y encuentros en la casa o en la cooperativa nada dicen al respecto, máxime si pueden obedecer a la normalidad de las relaciones sociales y familiares, precisamente por el parentesco.

A partir de los indicios contruidos se hicieron juicios de valor especulativos, sin soporte probatorio (conculcándose el postulado de motivación suficiente). Es cierto que existieron rencillas por el manejo de la cooperativa, pero desde ahí se especula para concluir que ello llevó al procesado a determinar a su hermano (tampoco se probó cómo se dio la instigación, si por orden, pago, promesas, favores) para que este se hiciera a los servicios de los sicarios (no se indicó la prueba que señala cómo se contrató a estos), pues nada acredita las demostradas desavenencias profesionales fuesen llevadas al terreno personal.

Por el contrario, Mariano Jaramillo dijo que, a pesar de ello, había cordialidad, lo cual reafirmó Gustavo Aparicio y un documento posterior suscrito por el propio occiso felicita el buen manejo dado por el acusado a la cooperativa, lo cual indicaría una distensión en esas rencillas. De tal forma que no solo no aparece demostrado el indicio, sino que tampoco se razonó cómo el mismo llevaba a probar que el sindicato determinara a su hermano a matar, lo cual evidencia la motivación deficiente.

Que, reelegida en la presidencia, la posterior víctima desplazaría al acusado de la gerencia, es tema simplemente especulativo, porque no hay prueba de que ello sucedería indefectiblemente, y que, producido el deceso, se presentaran relevos, habiendo salido varios conocidos del aquella, parece coincidir con el manejo propio de las entidades.

No hay evidencia (por ende, es especulativo) para afirmar que las diferencias entre **Bolaños** y Rojas dieron paso a que el primero acudiera a su hermano para eliminar a su opositor, siendo necesario demostrar cómo el determinador incidió en el instigado, relación que no se puede suponer sin hechos que demuestren de manera fehaciente ese acuerdo, lo que no sucede con los indicios señalados que resultan incompletos, porque en algunos no se probó el hecho indicador y en otros el indicado resulta especulativo y ajeno a la lógica y la experiencia.

Si hubo desavenencia por la administración de la cooperativa, pero posteriormente la víctima reconoció, por escrito, el buen manejo que el procesado estaba dando, es caprichoso y contradictorio suponer una rivalidad personal, pues si el asunto era tan crítico, no se encuentra razón para que el ofendido hubiese actuado de esa manera, pues por el contrario lo último es indicativo de que nunca existió enemistad personal, sin que el Tribunal ofreciera razones probatorias para desvirtuar ese aspecto.

Con el demandante, concluye que los jueces erraron en la forma como argumentaron sobre la responsabilidad del acusado, pues al señalarlo como determinador de su hermano, debieron fijar con precisión los contenidos de los indicios para acreditar que existió una conducta de mandato (u orden perentoria, convenio, consejo) de aquel sobre este para que contratara los sicarios que quitaron la vida a Oswaldo Rojas Salazar.

Se imputó la capacidad para delinquir de “*El Indio*” (el hermano del procesado) por sus relaciones con el narcotráfico, lo cual era de conocimiento del acusado, pues aquel había participado en dos previos intentos fallidos para matar a la víctima, en tanto en esos hechos siempre se observó un enlace del agresor con aquel.

Aún en el supuesto de encontrar probada esa capacidad, no se ofreció ninguna razón atendible para concluir que de ella se aprovechó el sindicato para que su hermano consiguiera los criminales, lo cual resulta

imaginativo pues no se observa nexo causal alguno, diferente al parentesco, porque el hallazgo, en poder de uno de los sicarios, de una tarjeta con el teléfono de la casa de los padres de los **Bolaños Cruz** nada dice sobre la responsabilidad de uno de ellos, pues los jueces no argumentaron probatoriamente sobre lo sucedido a partir de ese encuentro ni cómo ese asunto llevó a que el procesado hiciera nacer la idea delictiva en su pariente.

Que el acusado afirmara que las relaciones con su hermano no pasaban del simple saludo, para los jueces estructuró el indicio de mentira, pues por testimonio se supo que Diego Javier visitaba la cooperativa. Pero sucede que las relaciones entre familiares cercanos no pueden ser motivo de inculpación, pues el parentesco genera cercanía y la percepción que un hermano tenga de otro no constituye mentira, porque se trata de criterios personales. Los jueces no precisaron cómo a partir de las reuniones el sindicato proyectó en su hermano de manera razonable, clara y evidente que contratara los sicarios.

Respecto de los despidos de personal afín a la víctima, una vez esta falleció, lo cierto es que se estableció que en la cooperativa había dos grupos, liderados, en su orden, por el procesado y el posterior occiso, pero esas disputas siempre fueron en el plano laboral, lo cual muestra como lógico, según sucede en el mundo de las actividades empresariales, que cuando una persona desaparece se genere la salida de sus aliados, circunstancia que no puede ser achacada al sindicato como constitutiva de su responsabilidad, pues

nada se indicó probatoriamente respecto de que desde allí el sindicato se convirtió en determinador de su hermano para causar el deceso.

En relación con la prosperidad económica del acusado, debido a que con posterioridad al homicidio consolidó un importante capital económico (fue parlamentario y propietario de una flota de taxis), no existe referencia alguna para concluir que ello derivó de una actividad ilícita o de defraudar la cooperativa, de tal forma que tal circunstancia debe tenerse como fruto del trabajo, además de que tampoco se motivó sobre cómo desde ese hecho surgía que el sindicato determinó a su hermano a matar.

Así, en los indicios de los jueces estuvo ausente el principio de motivación, razón por la cual el cargo debe prosperar.

**Cuarto cargo.** *Causal primera, cuerpo segundo, violación indirecta* por indebida aplicación del artículo 30 del Código Penal y falta de aplicación del postulado del *in dubio pro reo*, como consecuencia de errores de hecho producto de un falso raciocinio, cometidos sobre las inferencias en la construcción de los indicios.

A partir del hecho indicador de las pugnas y diferencias entre el acusado y la víctima, que fue señalado como móvil para delinquir, se dedujo que el sindicato determinó a su hermano para causar la muerte.

Pero surge la duda por la inexistencia de plenitud probatoria respecto de la forma de participación atribuida, en tanto de aquellos inconvenientes no deriva certeza respecto de que el acusado hubiese determinado a su hermano para que contratara y pagara unos sicarios para matar a la víctima.

En esas condiciones, se impone la absolución.

El Ministerio Público: Los jueces incurrieron en errores de hecho por falso raciocinio en las inferencias aplicadas sobre los hechos indicadores, para verificar lo cual razona de modo similar al del cargo precedente.

Recomienda casar el fallo en los términos demandados, en tanto los indicios contruidos riñen con los postulados de la sana crítica en cuanto desde ellos no se demostró que el acusado determinara a su hermano para contratar los sicarios y causar la muerte.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

La Sala se ocupará de responder los cargos en el orden en que fueron propuestos, de tal manera que, ocupándose de los primeros, por nulidad, de prosperar alguno de ellos se haga inoficioso atender los restantes.

**De la nulidad por incompetencia del juez especializado**

1. En la resolución acusatoria del 24 de julio de 2008, al Fiscalía acusó a **Jesús Hermes Bolaños Cruz** como responsable de la conducta punible de homicidio, del artículo 103 del Código Penal, *“en concordancia con el artículo 104 numerales 7º y 10, por cuanto la víctima era un dirigente sindical”*.

Esa adecuación coincide con la fijación que de los hechos se hizo en la misma providencia en cuanto se afirmó que el occiso *“se desempeñaba como presidente del sindicato de trabajadores de la gobernación del Valle y como presidente del Consejo administrativo”* de la Cooperativa de Servidores Públicos y Jubilados de Colombia, COOPSERP.

Si bien en la decisión acusatoria no hubo desarrollo sobre esta premisa, lo cierto es que de su contenido y de la cita expresa del numeral 10º del artículo 104 penal vigente para cuando se profirió el pliego de cargos (julio del 2008) deriva que para el ente acusador fue claro que el deceso se causó *“en persona que sea o haya sido... dirigente sindical... en razón de ello”*, como que así lo manda la causal legal de agravación del homicidio.

2. El numeral 2º del artículo 5º transitorio de la Ley 600 del 2000, Código de Procedimiento Penal aplicable, determina que a los jueces penales del circuito especializados les compete conocer precisamente del delito

de homicidio agravado en los términos del numeral 10° del artículo 104.

En esas condiciones, como la resolución acusatoria debidamente ejecutoriada marca los lineamientos de conformidad con los cuales debe adelantarse el juicio, entre ellos el del juez competente, no admite discusión que el juzgamiento debía adelantarse por un juez especializado, como aquí ocurrió.

3. Terminado el debate público, al momento de valorar lo acaecido, el juzgador concluyó que las pruebas apuntaban a excluir la causal de agravación de que se trata, en tanto lo que mostraban los elementos de juicio era que el homicidio no fue causado en razón de la condición de dirigente sindical que ostentaba la víctima, sino por supuestas desavenencias en el manejo de la cooperativa COOPSERP de la que igualmente formaba parte.

En esas condiciones, objetivamente se tiene que la conducta quedó adecuada en el homicidio, con el agravante del artículo 104.7, pero como esta causal no se encuentra enlistada en el señalado artículo 5° transitorio procesal, surge que, de conformidad con la regla exceptiva de competencia del numeral 1° (b) del artículo 77 del Código de Procedimiento Penal, el asunto quedaba adjudicado, para su juzgamiento, en los juzgados del circuito comunes.

4. El demandante y el Ministerio Público consideran que, descartada la agravante, no había lugar a aplicar la

cláusula de prórroga de competencia del artículo 405 de la Ley 600 del 2000.

La norma determina que *“Si como consecuencia de la modificación de la adecuación típica de la conducta, el conocimiento del juzgamiento correspondiere a un juez de menor jerarquía, se considerará prorrogada la competencia”*. Nótese, entonces, que el instituto de que se trata supedita su aplicación a que se hubiere presentado una modificación en la adecuación típica de la conducta, lo cual remite al incidente de la variación de la calificación jurídica, previsto en el artículo 404, al que no se dio cabida en este caso.

Así, entonces, no había lugar a la prórroga del artículo 405, en tanto la variación de la adecuación típica no fue consecuencia del incidente del artículo 404, debiéndose dilucidar cuál es el trámite a seguir cuando el cambio de competencia obedece a que, en el momento de proferir el fallo, el estudio probatorio conduce al juzgador a la conclusión de que no se estructura la causal de agravación que, de conformidad con la adecuación hecha en la acusación, le asignó al competencia.

No parece que para el juez existiera la carga de haber valorado ese asunto en la audiencia preparatoria del artículo 401, en tanto lo que se le impone en la norma es que en ese acto constate si la competencia correspondería a una autoridad judicial de mayor jerarquía, lo cual era descartable pues ni al Tribunal Superior ni a la Corte correspondía conocer del homicidio.

En esas condiciones, una primera conclusión apunta a descartar la invalidación de lo actuado, cuando menos de la totalidad de la fase del juicio, como postula la defensa, en tanto era carga del juez especializado aprehender el conocimiento de esa fase, como que así se le imponía en términos de la adecuación típica realizada por la acusación y las normas reseñadas no lo obligaban a realizar una valoración probatoria antes del fallo como para declararse incompetente, pues no hubo incidente de variación ni había lugar a considerar si el caso correspondía a un juez de mayor jerarquía.

5. Como el cambio de competencia, del juez especializado al común, derivó exclusivamente de la valoración probatoria hecha al emitirse la sentencia de primera instancia, la cual comportó que se descartara la causal de calificación del homicidio que le asignaba el conocimiento, en tal supuesto debe entenderse prorrogada la competencia de aquel, en tanto de la lectura del artículo 405 de la Ley 600 del 2000 no deriva prohibición al respecto, pues la autorización allí decretada exige como requisito previo el agotamiento del incidente de variación, al que no se le dio cabida en este asunto.

6. Con el Ministerio Público, la Sala concluye que, aún en el supuesto de admitirse que el juez especializado cometió una irregularidad (que no la hubo, según acaba de explicarse), la misma resultaría inane, intrascendente, en tanto no habría afectado derecho alguno, y no puede pretenderse la nulidad por la nulidad misma.

En efecto, al igual que el juez del circuito común, el especializado está obligado a garantizar, y así se hizo en este asunto, las formas de un proceso como es debido, que para uno y otro están contenidas en el mismo estatuto de procedimiento (Ley 600 del 2000), de tal forma que al aplicar las mismas reglas, los dos funcionarios respetan en idénticas condiciones el derecho a la defensa, permiten el mismo aporte y controversia probatoria, tienen igual carga en la emisión de providencias, estas son pasibles de los mismos recursos y la apelación se surte ante idéntico superior funcional.

De tal manera que la parte defendida no sufrió afectación alguna en sus derechos por la circunstancia de que un juez especializado hubiese proferido la sentencia que objetivamente habría correspondido al no especializado.

7. De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha enseñado que no existe ninguna diferencia real, efectiva, entre el juez del circuito común y el especializado, esto es, que en esencia se trata de funcionarios ubicados en un nivel horizontal, en tanto las disimilitudes obedecen simplemente a una forma prevista por el legislador para la división administrativa de la carga laboral, pero, para acceder al cargo, los dos deben cumplir las mismas exigencias académicas y de experiencia y, como ya se vio, deben aplicar el mismo procedimiento y cuentan con idéntico superior funcional.

En auto del 24 de septiembre de 2014 (CSJ, AP5733, rad. 44.414), reiterando criterios anteriores en el mismo sentido, la Corte explicó:

*“El derecho fundamental al debido proceso comprende que, quien sea sindicado de un delito, debe ser juzgado por un juez competente y conforme a un formal y material procedimiento, establecidos de acuerdo con la ley preexistente al acto imputado.*

*El primero de esos principios -juez natural-, como componente del núcleo esencial de la garantía del debido proceso, se traduce en el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad.*

*Derivación del principio de juez natural lo es el concepto de competencia, determinado como la atribución legal concreta de una cantidad de jurisdicción a cada uno de los órganos definidos por la Constitución para administrar justicia (artículo 116 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1 del Acto legislativo N° 03 de 2002).*

*De esta manera, puede concluirse que «[s]i la jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la competencia fija los límites dentro de los cuales se ejerce tal facultad, es decir que los jueces ejercen su jurisdicción en la medida de su competencia»<sup>1</sup>...*

*La atribución de jurisdicción por parte del legislador a los órganos encargados de administrar justicia, obedece básicamente a criterios de política criminal, fundados en el objetivo de racionalizar la distribución de la carga laboral.*

*En este orden de ideas ha entendido la jurisprudencia de esta Sala que no existe absolutamente ninguna diferencia sustancial ni*

---

<sup>1</sup> CSJ SP, 29 de feb. 2008, rad. 28987

*jerárquica entre un juez penal del circuito común y uno especializado:*

*“A más de lo expresado por los artículos 91 y 7 transitorio de la ley 600 de 2000, no existe diferencia sustancial, de fondo, entre el juez del circuito y el especializado. Ambos son ‘jueces penales del circuito’ y el agregado de ‘especializado’ al último, obedece exclusivamente a la circunstancia de que, como medida temporal, de los delitos que por regla general siempre conoce aquél, algunos fueron adjudicados a éste.*

*Los dos funcionarios deben cumplir los mismos requisitos para acceder al cargo; tienen los mismos derechos y obligaciones; están compelidos a respetar el debido proceso, el derecho a la defensa y demás garantías fundamentales y tienen el mismo superior funcional, el Tribunal Superior”<sup>2</sup>.*

*Se significa con ello que existe identidad jerárquica y simetría desde el punto de vista de la competencia funcional entre los jueces penales del circuito ordinarios y los especializados, lo que implica que sus diferencias se concretan en una mera opción político criminal del legislador, sin incidencia alguna, en este caso, sobre los presupuestos de preexistencia tanto para el funcionario judicial, como para la índole delictiva del hecho juzgado como criminal<sup>3</sup>”.*

El cargo no prospera.

### **De la nulidad de la resolución de acusación**

La Corte casará la sentencia demandada y decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la providencia que decretó el cierre de la investigación. Las razones, que en lo esencial comparten las del demandante y las del Ministerio Público, son las que siguen:

---

<sup>2</sup> CSJ AP, 10 de agosto 2005, rad. 23871

<sup>3</sup> CSJ SP, 14 de marzo 2012, rad. 31745

1. La acusación, que en el sistema procesal de la Ley 600 del 2000, es una providencia judicial (se la denomina resolución de acusación) y, por ello, admite los recursos ordinarios, es el acto mediante el cual la Fiscalía señala los lineamientos mediante los cuales habrá de desarrollarse el juicio y proferirse la sentencia que le ponga fin. Así, el ente acusador, que en las fases previas hace las veces de juez y desde la ejecutoria de su decisión entra a cumplir como parte que tiene la carga de la prueba del delito y la responsabilidad del procesado, en su resolución precisa los hechos por los cuales deben versar el juicio y el fallo, de tal manera que estos se pronunciarán por esa situación fáctica y no otra.

Lo último determina el principio de congruencia, en virtud del cual debe existir consonancia, identidad sobre los hechos, su denominación jurídica y el sujeto pasivo de la acción penal (imputación fáctica, jurídica y personal), entre los señalados en la resolución de acusación y aquellos por los cuales se emita la sentencia.

De allí que la acusación deba cumplir con exigencias de forma y fondo, imponiéndosele al acusador la carga de señalar con claridad, coherencia, precisión, sin ambigüedades, los cargos que hace al sindicado, porque ello, a su vez, permite que este, con su abogado, establezcan la estrategia defensiva, en la certeza de que habrán de controvertir esas imputaciones, no otras y que el juez se pronunciará exclusivamente por ellas, sin que sea

vable que se los sorprenda con hechos no contenidos en la providencia acusatoria.

2. Como toda providencia judicial, la acusación debe cumplir con el deber de motivación, el cual comporta, entre otros aspectos, la valoración jurídica de las pruebas allegadas en que han de soportarse los cargos, lo cual es apenas obvio a efectos de que la parte defendida (y las demás) pueda entablar la controversia al conocer el mérito persuasivo que la Fiscalía otorga a los medios de convicción. Esta carga debe cumplirse en relación con los elementos que conforman la conducta punible, esto es, que hay deber de motivación probatoria sobre los aspectos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, forma de participación (autor, coautor, determinador, cómplice, interviniente), causales de mayor punibilidad.

3. La motivación es anfibológica (que admite más de un sentido, de una interpretación) y, por ende, lesiva del derecho a la defensa, cuando presenta indeterminación en el tipo objetivo (la tipificación exige individualizar con claridad la modalidad delictual imputada), el tipo subjetivo (se impone precisar si la conducta punible fue dolosa, culposa o preterintencional), la forma de intervención en la conducta punible (al acusado no le debe quedar duda sobre si lo acusan como autor, coautor, determinador, cómplice o interviniente).

4. En el caso estudiado, la resolución acusatoria dio por probado que, en un atentado fallido realizado contra el

posterior occiso, los ejecutores materiales (quienes desistieron de la acción) fueron contratados por alias “*El Indio*”. El fiscal agregó que “*En autos aparece que el sujeto conocido como INDIO, según informe policivo, era el señor DIEGO DE JESUS BOLAÑOS CRUZ, hermano de JESUS HERMES, pero también aparece que el procesado antes citado es conocido como EL INDIO, tal como lo denota el testigo LUIS ERNESTO ISAZA QUIROGA*”.

A partir de ese acto y de otro similar en donde a uno de los agresores se le encontró un papel con un número telefónico que resultó ser el de la casa de los padres del procesado, el acusador dedujo que “*El Indio*” era el responsable no solo de haber contratado los sicarios de esos dos atentados, sino también de aquel origen de la investigación, pero aclaró que

*“... por el momento hay que indicar que la persona que contrató... responde al alias de INDIO, pero de otra también está establecido que con ese sobrenombre se identifican tanto DIEGO DE JESUS BOLAÑOS CRUZ (fallecido), como su hermano JESUS HERMES”.*

A renglón seguido concluyó, primero, en la intención de “*El Indio*” de dar muerte a Oswaldo Rojas y, segundo, en que no existían elementos de juicio para dilucidar si “*El Indio*” era Diego de Jesús Bolaños Cruz, ya fallecido, o su hermano, el procesado **Jesús Hermes Bolaños Cruz**, porque ambos respondían a ese apelativo.

No obstante ello, a partir de los inconvenientes existentes entre la víctima y el procesado por el manejo de

la cooperativa COOPSERP, infirió que de esos dos antecedentes surgía que el atentado final, consumado, fue ordenado por “El Indio”, *“quedando por el momento pendiente de determinar si este INDIO fue JESUS HERMES o DIEGO BOLAÑOS CRUZ (hermanos), pero lo que sí está probado es que la persona que tenía problemas con OSWALDO ROJAS era JESUS HERMES no DIEGO BOLAÑOS, de ahí que tenía interés en su muerte”*.

Tras esas elucubraciones, la fiscalía concluyó que el acusado *“en forma personal o a través de su hermano, utilizaron a los señores... para que dieran muerte al señor OSWALDO ROJAS, pero como de una u otra forma ello no fue posible, se valieron de otras personas para que actuaran de esa forma y finalmente JESUS HERMES logró dichos propósitos, de ahí que es el autor intelectual de dicho homicidio”*, para rematar diciendo que el procesado tuvo participación en el hecho *“pues personalmente o a través del hermano dio la orden de finiquitar la vida del señor OSWALDO ROJAS”*.

5. De la anterior reseña deriva total indeterminación en la imputación fáctica, pues, de una parte, si bien, en gracia a discusión, podría concluirse que se especifican las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el hermano del acusado habría determinado la comisión de dos atentados fallidos, no sucede lo propio con el tercer evento, el consumado que dio origen a esta investigación, como que simplemente se anuncia que, a partir de los eventos pasados, de una u otra manera se infería que el acusado

intervino en el homicidio, señalamiento en extremo anfibológico como que al destinatario de los cargos jamás le fue indicado el cómo, cuándo, dónde, por qué habría intervenido para llevar a cabo el hecho, además de que lo supuestamente probado sería la participación del hermano, no la del procesado.

De otra parte, el modo de participación resulta igualmente indeterminado, en lo que a los hechos se refiere, como que ante las dudas sobre la identidad de “*El Indio*”, esto es, si se trataba del procesado o de su hermano, el acusador no tuvo inconveniente en formular el cargo, pues el procesado debía responder bien porque directamente contrató a los sicarios, bien porque convenció a su hermano para que lo hiciera.

La lesión al derecho a la defensa es manifiesta, en tanto no es lo mismo controvertir probatoria y jurídicamente haber contratado directamente a los sicarios (supuesto que comportaría que el acusado fue el determinador), que haber delegado en su hermano esa carga (evento que equivaldría a que el procesado fue el determinador del determinador).

6. En lo que respecta a la imputación jurídica el asunto se muestra aún más grave. En principio, en sus consideraciones el delegado de la Fiscalía aludió a que **Jesús Hermes Bolaños Cruz** “*es el autor intelectual*” del homicidio. Más adelante anunció que lo acusaría “*en calidad de determinador*”. Finalmente, en la parte resolutive

plasmó que la acusación era a “*título de coautor material impropio*”.

En verdad que la Sala, en una lejana decisión (21 de agosto de 2003, radicado 18.829), advirtió que en Colombia el autor intelectual es el determinador, con la salvedad de que el primer término ya no se usa, en tanto el segundo entró a reemplazarlo.

Ello no obsta para exigir de quien acusa precisión en los conceptos jurídicos utilizados, como que desde estatutos penales antiguos no existe la denominación de autor intelectual.

A voces de los artículos 29 y 30 del Código Penal, “*coautores*” son quienes “*mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte*”, y “*determinador*” es quien “*determina a otro a realizar la conducta antijurídica*”.

La doctrina de la Corte ha deslindado, de tiempo atrás, los conceptos de coautor propio y coautor impropio, en el entendido de que varios intervinientes realizan la conducta punible, pero en el primer evento, coautoría propia, todos realizan actos de igual índole o naturaleza, y en el segundo, impropia, el hecho se desarrolla por el grupo, cuyos miembros se integran mediante aportes que cumplen con el plan concebido en división de trabajo, de tal forma que el resultado se imputa al grupo (a todos sus integrantes), así individualmente cada acción no recorra los elementos del

tipo (confrontar, por todas, CSJ SP, 24 jul. 2013, rad. 33.507).

Igual ha decantado que el determinador es quien por cualquier medio incide en otro y hace surgir (genera, suscita, crea, infunde) en éste (autor determinado) la decisión de realizar la conducta punible, la idea y la voluntad criminales, es decir, su conducta se limita a hacer nacer en otro la voluntad de delinquir (confrontar, por todas, sentencia del 13 de abril de 2009, radicado 30.125).

Así, surge que en forma simultánea y, por ende, totalmente contradictoria, la Fiscalía acusó al procesado de ser coautor material impropio y determinador del homicidio, esto es, que hizo nacer en los autores materiales la idea de cometer el homicidio (sin realizar actos de ejecución), pero, a la vez, en compañía de otras personas realizó la acción de matar. Las dos conductas, por lo opuestas jurídicamente, no pudieron ser realizadas por el agente activo en un mismo contexto.

La contradicción se agrava aún más, cuando en el campo de la determinación la Fiscalía no tuvo reparo en referir que formulaba el cargo porque, o bien el acusado habría determinado directamente a los ejecutores materiales, o bien lo habría hecho sobre un tercero (su hermano), quien a su vez habría determinado a los sicarios.

7. Los problemas para que el abogado del procesado pudiera elaborar su estrategia de defensa a partir de los

cargos de la acusación fueron múltiples, pues no pudo conocer con precisión si debía controvertir que el acusado fue quien, sin realizar actos de ejecución, hizo nacer en otro la idea de matar, o si en compañía de otros ejecutó las acciones materiales homicidas, y, en el primer evento, si esa inducción la realizó sobre los ejecutores materiales o sobre un tercero para que este contratase los sicarios.

A la par, esos problemas tuvieron incidencia directa respecto del principio de congruencia, en tanto para acatar el mismo los jueces no podían escoger por cuál de estos múltiples comportamientos habrían de fallar. Tanto es así que, a partir de que en el juicio un testigo especificó que el apelativo de “*El Indio*” correspondía al hermano del acusado, no a éste, no tuvieron reparos en optar por afirmar que el procesado determinó a su hermano, sin ofrecer razones probatorias y jurídicas sobre por qué descartaron las otras alternativas señaladas por el acusador.

Además, el juez de primera instancia, ratificado por el Tribunal, llegó al absurdo de dictar sentencia de condena contra el procesado como “*autor determinador*”, conceptos que, como acaba de verse, resultan totalmente antagónicos.

La Corte ha precisado que cuando se acusa por autoría y, por vía de ejemplo, se condena por determinación, en estricto sentido ello no comporta nulidad, en tanto punitivamente no hay perjuicio para la situación del sujeto pasivo de la acción penal, pero, como acaba de

verse, lo acaecido en el caso analizado es diferente debido a las múltiples irregularidades cometidas.

8. El pliego de cargos, entonces, resultó lesivo de las formas propias de un proceso como es debido (en cuanto su falta de coherencia no permitió respetar el principio de congruencia), pero también del derecho a la defensa, como que el procesado y su defensor no tuvieron certeza respecto de por qué precisos hechos y categorías de intervención en el delito debían defenderse.

Ello comporta que lo actuado a partir de esa providencia se encuentre viciado de nulidad, imponiéndose retrotraer el procedimiento para que se restablezca con respeto irrestricto de las garantías señaladas.

La Sala considera oportuno realizar las siguientes precisiones para que sean tenidas en cuenta por los juzgadores:

(I) En sede del juzgamiento se practicaron algunos medios probatorios, que en el sistema procesal de la Ley 600 del 2000 conservan vigencia, a pesar de la invalidación.

(II) Resulta necesario que el fiscal considere el planteamiento expuesto por los jueces respecto de que no es aplicable la causal de agravación del artículo 104.10 del Código Penal, en atención a que el homicidio no se habría causado como consecuencia de la condición de sindicalista de la víctima, lo cual generaría un cambio de competencia,

en tanto, descartada esa circunstancia, el conocimiento correspondería a los jueces del circuito comunes, no a los especializados.

(III) El delegado de la Fiscalía podría aprovechar la instancia en que queda la investigación para que, en aras de evitar inconvenientes futuros, valore a espacio aspectos relacionados con el deber de motivación de las providencias judiciales, lo cual resulta de especial cuidado cuando de la acusación se trata, en aras de permitir el adecuado ejercicio del derecho a la defensa y el respeto al principio de congruencia.

Por tanto, si bien resulta válido acreditar tipicidad y responsabilidad con prueba indiciaria, se impone la carga de exponer fundamentación suficiente respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudo producirse la determinación, esto es, no basta con elaborar indicios respecto de supuestas rencillas entre víctima y acusado y sobre que el hermano del último intervino en dos atentados fallidos, sino que igual surge el deber de verificar probatoriamente que en el último hecho, el consumado e investigado, igual intervino ese pariente y cómo fue determinado por el sindicado, o si este determinó directamente a los ejecutores materiales.

Consecuente con lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad e la ley,

## **RESUELVE**

1. **Casar** la sentencia del 18 de octubre de 2011, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la condena proferida en contra de **Jesús Hermes Bolaños Cruz** como responsable del delito de homicidio agravado.

2. Como consecuencia, **declarar la nulidad** de todo lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de acusación proferida el contra de **Bolaños Cruz** el 24 de julio de 2008. Las pruebas practicadas conservan plena validez.

Contra esta determinación no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase.

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**  
Presidente

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**  
Secretaria