



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

**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**

Magistrada Ponente

**SP510-2023**

**Radicado 55250**

**CUI: 11001600015220160942001**

**Aprobado Acta n°. 229**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

### **OBJETO DE DECISIÓN**

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, contra la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018, por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual, de un lado, confirmó la condena dictada en primera instancia por tentativa de homicidio agravado y, de otro lado, absolvió al procesado por tráfico, fabricación y porte de armas de fuego.

## I. HECHOS

1. Aproximadamente desde las siete de la noche de 7 de diciembre de 2016 hasta las cuatro de la madrugada del día siguiente, **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** consumió licor con varios amigos y parientes, en el andén de su vivienda, ubicada en el barrio Marco Fidel Suárez de la ciudad de Bogotá. Mientras tanto, tres niñas familiares de los adultos jugaban en la acera de enfrente.

2. Minutos antes de las cuatro de la madrugada, como era su costumbre cuando se embriagaba, **HERNÁNDEZ ALCARAZ** le pidió a la compañera permanente que le entregara su revólver y disparó seis cartuchos seguidos, en dirección al lugar en el que jugaban las menores de edad. Uno de los proyectiles impactó el cuerpo de S.A.G.G., de 11 años e hija de uno de los amigos que departía con quien accionó el arma. El proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo. La atención médica oportuna evitó la muerte de la víctima.

3. Las lesiones causadas dieron lugar a una incapacidad médico legal de 40 días, así como a una deformidad física de carácter permanente.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

4. El 3 de octubre de 2017, la Fiscalía imputó a **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** los delitos de tentativa de

homicidio agravado (artículos 103 y 104, números 3<sup>1</sup> y 7<sup>2</sup> del Código Penal) y tráfico, fabricación o porte de armas de fuego (artículo 365 *ibidem*). Con posterioridad, lo acusó por las mismas conductas punibles, salvo la agravante del homicidio derivada del artículo 104.3 del Código Penal, la cual fue suprimida.

5. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 2 de marzo de 2018. El juicio oral se instaló el 2 de abril del mismo año y culminó el 26 de septiembre de 2018, fecha en la cual se llevó a cabo la lectura de fallo. El Juzgado condenó al procesado por los delitos objeto de acusación y le impuso 210 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Así mismo, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

6. Apelada la decisión por la defensa, a través de Sentencia de 18 de diciembre de 2018, el Tribunal de Bogotá confirmó la condena por la tentativa de homicidio agravado. Sin embargo, revocó el fallo respecto del delito de *tráfico, fabricación o porte de armas de fuego*. Consideró que la ausencia de permiso para el porte del arma de fuego había sido demostrada mediante una prueba de referencia inadmisibles, razón por la cual, procedía la absolución por esta conducta. En consecuencia, redosificó la pena a 200 meses de prisión. Contra esta sentencia, la defensa del

---

<sup>1</sup> “3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo I del Título XIII, del libro segundo de este código”.

<sup>2</sup> “7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación”.

acusado interpuso y sustentó, oportunamente, el recurso extraordinario de casación.

7. Presentado el proyecto de fallo por el Magistrado de la Sala de Casación a quien inicialmente, por reparto, correspondió la sustanciación del asunto, la ponencia no obtuvo la mayoría de los votos necesarios para su aprobación. En consecuencia, el expediente fue asignado a la suscrita Magistrada que ahora funge como Ponente del caso.

### III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

8. El demandante propone tres cargos contra la sentencia, todos por “*desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba, sobre las cuales se ha fundado la sentencia*”.

9. **Primer cargo. Falso raciocinio.** La defensa sostiene que el día de los hechos no se practicó al procesado la “*prueba de absorción atómica*”, para determinar si había disparado, o no, el arma de fuego. Argumenta que el Juzgado no le dio relevancia a lo anterior y tampoco el Tribunal. Resalta que el fallo de segundo grado se limitó a confirmar la condena, al considerar que no existe tarifa legal y que, por ende, con cualquier medio de convicción es posible demostrar la responsabilidad del procesado.

10. **Segundo cargo. Falso raciocinio.** El demandante plantea que mientras la víctima aseveró que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** le disparó y que lo hizo a corta distancia, el padre de aquella declaró que el procesado

accionó el arma hacia donde estaban las niñas jugando, pero no exactamente que le haya disparado a su hija, además de dar a entender que la distancia entre víctima y victimario era entre 4 y 6 metros. De igual manera, destaca que la niña testificó que el revólver utilizado por el acusado era negro, en tanto que el progenitor de aquella refirió que era “*blanquito*”.

11. Del mismo modo, el defensor argumenta que el Tribunal cambió la declaración de la víctima, pues esta afirmó que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** le disparó “*de frente*” y, en contraste, la segunda instancia aseveró que la menor de edad estaba “*al frente*” de su agresor cuando recibió el impacto, lo cual sería compatible con la posición del procesado en la puerta de su vivienda.

12. **Tercer cargo. Falso raciocinio.** Por último, el demandante sostiene que las instancias apreciaron de forma desequilibrada la prueba. Señala que otorgaron plena credibilidad a los testigos de cargo, en particular, a la víctima y su padre, y, en cambio, desestimaron injustificadamente la versión de los declarantes de la defensa. Sostiene que estos estuvieron presentes la madrugada de los hechos, observaron el momento en el que dos personas recorrían el sector en una motocicleta y accionaron el arma de fuego contra la víctima. Indica que, sin embargo, el Juzgado vinculó equivocadamente a los testigos de la defensa como parientes del procesado, con el fin de negarles credibilidad y considerar que solo querían favorecerlo.

13. Con base en los anteriores argumentos, el apoderado del acusado solicita a la Corte «*casar la demanda conforme principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo*».

#### IV. SUSTENTACIÓN E INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTE

14. El **recurrente** reiteró esencialmente los argumentos presentados en la demanda de casación.

15. **La Fiscalía** sostuvo que la valoración probatoria fue adecuada y desestimó la trascendencia de las supuestas contradicciones de los testigos. En este sentido, señaló que tanto la víctima como su padre se refirieron a un arma de fuego e hicieron alusión a la cercanía entre ésta y el agresor. De igual manera, precisó que los testimonios de descargo sí fueron valorados, solo que en un sentido distinto al pretendido por el demandante.

16. De otro lado, indicó que los testimonios de la madre y de la tía de la víctima no fueron tomados como soporte de la condena, precisamente porque se advirtió que no reúnen los presupuestos, sobre conocimiento personal, previstos en el artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Además, explicó que la víctima nunca aseveró que el procesado le disparó “*de frente*”. Así, afirma que carece de sentido lo expuesto por el censor, sobre la ubicación de los orificios de entrada y de salida del proyectil del arma de fuego.

17. El **Procurador Delegado** se refirió a los testigos de cargo (la víctima y su padre) y subrayó que coinciden al señalar al procesado como la persona que realizó el disparo que causó las lesiones a la víctima. También el Ministerio Público hizo

mención a las buenas relaciones que existían entre **HERNÁNDEZ ALCARAZ** y los deponentes antes de que ocurrieran los hechos, lo que descartaría que hubieran querido mentir para perjudicarlo. Además, explicó que las imprecisiones en las que pudo incurrir la niña podrían tener como explicación la difícil situación que tuvo que afrontar.

18. Por su parte, **el apoderado de la víctima** reiteró que no existían razones para que la afectada y su padre faltaran a la verdad con el ánimo de perjudicar al procesado. Por el contrario, expresa que los testigos de la defensa sí tenían interés en favorecer a **HERNÁNDEZ ALCARAZ**, principalmente, por sus vínculos de parentesco.

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. Competencia

19. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer del recurso de casación interpuesto por la defensa de **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, mediante la cual lo condenó por el delito de tentativa de homicidio agravado. Esto, de conformidad con los artículos 32.1 y 181 de la Ley 906 de 2004. Dado que la demanda fue admitida, la Corte procederá a analizar los cargos propuestos, con independencia de las deficiencias formales y sustanciales del escrito, a fin de garantizar las finalidades del recurso extraordinario (artículo 180 *ibidem*).

## 5.2. Delimitación del problema jurídico a resolver

20. No se discute que aproximadamente desde las siete de la noche de 7 de diciembre de 2016, **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** consumió licor con varios amigos y parientes, en el andén de su vivienda, ubicada en el barrio Marco Fidel Suárez de la ciudad de Bogotá. La celebración, con ocasión de la “noche de las velitas”, se extendió hasta cerca de las cuatro de la madrugada del día siguiente. Tampoco se debate que, al mismo tiempo, en la acera de enfrente jugaba un grupo de tres niñas, dos de las cuales eran nietas de la compañera permanente de **HERNÁNDEZ ALCARAZ** y la otra era S.A.G.G., de 11 años e hija de uno de los amigos que esa noche departía con el procesado.

21. Además, no es objeto de controversia que minutos antes de las cuatro de la madrugada, S.A.G.G. fue impactada por un proyectil de arma de fuego. El disparo ingresó por su hombro derecho y salió por la cara anterior del izquierdo, comprometió el pulmón del mismo costado y arterias mamarias, además de producir hemotórax izquierdo, heridas que, de no ser intervenidas, según la prueba técnica, probablemente hubieran conducido a un colapso cardiorrespiratorio y, como consecuencia, a la muerte de la víctima. Las lesiones dieron lugar a una incapacidad médico legal de 40 días y dejaron como secuela una deformidad física de carácter permanente.

22. La discusión en el juicio oral giró en torno a si **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** fue el autor del disparo que puso en peligro de muerte a la niña. La acusación sostuvo



que el procesado, luego de estar embriagado, accionó su revólver en varias ocasiones y uno de los proyectiles hirió gravemente a la víctima. Por el contrario, la defensa planteó que su representado no fue quien impactó a la menor de edad, a partir de dos argumentos probatorios: (i) los responsables fueron dos personas que se movilizaban por el sector en una motocicleta; y (ii) los testimonios de cargo presentan deficiencias y no permiten concluir que un disparo realizado por el acusado hubiera lesionado a la víctima.

23. El mismo debate se propone ahora mediante el recurso extraordinario de casación. El primero y tercer cargo están dirigidos a sustentar que el procesado no accionó el arma de fuego en la madrugada de los hechos y que quien lo hizo fue un sujeto que, junto con otro, se desplazaba en motocicleta. A su vez, en el segundo cargo, el accionante identifica varias inconsistencias que, en su opinión, presentan los testimonios de la víctima y su padre y que impiden considerar que un arma disparada por el acusado pudo herir a S.A.G.G.

24. De esta manera, la Sala habrá de analizar si las pruebas permiten determinar, más allá de toda duda razonable, que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** es responsable de la tentativa del homicidio por la cual fue acusado. Con esta finalidad, la Sala se concentrará en las dos cuestiones probatorias discutidas. Ello permitirá dar respuesta a los cargos propuestos por el demandante. Así mismo, el análisis sobre la capacidad demostrativa de los testimonios de la víctima y su padre para acreditar que un arma de fuego disparada por el acusado lesionó a S.A.G.G. (cargo segundo)

permitirá examinar un componente de teoría del delito que el caso pone de manifiesto, en el marco la finalidad de unificación de la jurisprudencia del recurso de casación.

25. Así, el Juzgado concluyó que, dada la escena de peligro creada por **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** pero la ausencia de razones para considerar que quería causar la muerte a la víctima, los disparos fueron efectuados con dolo eventual. Por su parte, el Tribunal consideró que, teniendo en cuenta la dirección en la que fue accionada el arma de fuego y el hecho de que se dispararon seis cartuchos, el homicidio tentado fue ejecutado con dolo directo. Mientras que la segunda conclusión no presenta debates en la doctrina, en algún momento la primera generó discusión, debido a la hipotética incompatibilidad entre la tentativa de delito y la realización de la conducta con dolo eventual. En consecuencia, con ocasión de la resolución del segundo cargo, la Sala abordará el aludido problema, a fin de realizar un conjunto de precisiones relevantes.

26. En este orden de ideas, inicialmente se realizará el análisis probatorio sobre la autoría de los disparos del arma de fuego en la madrugada de los hechos (cargos primero y tercero) (5.3.1.). A continuación, se emprenderá el examen de las declaraciones de la lesionada y su padre, con el fin de determinar si, en efecto, demuestran que un arma accionada por **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** pudo lesionar a la agredida y, de ser el caso, si el procesado actuó con dolo directo o dolo eventual (5.3.2.). Con este último propósito, se analizará el contenido de los referidos testimonios (5.3.2.1.), enseguida se analizará la compatibilidad entre la tentativa de

delito y el dolo eventual (5.3.2.2.) y, por último, se determinará a qué título actuó el acusado en la madrugada de los hechos (5.3.2.3.)

### **5.3. Análisis de los cargos**

#### **5.3.1. El autor del disparo del arma de fuego (cargos primero y tercero)**

27. De acuerdo con las evidencias, en la vía pública en que ocurrieron los hechos departían **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** (apodado “El Mono”), su compañera permanente, Nohora Carvajal (a quien llamaban “La Gorda”) y Germán Garzón Piñeros, amigo del primero. Estaban también Mayerly Gómez Carvajal (hija de Nohora Carvajal) y su esposo, así como Nathalie Velásquez, nuera de Nohora Carvajal. Además, en el sitio se hallaban tres niñas: S.A.G.G., hija de Germán Garzón Piñeros, y otras dos menores de edad, hijas de Nathalie Velásquez y nietas de Nohora Carvajal. El motivo del encuentro era la celebración de la “noche de velitas” y, al menos, **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** y Germán Garzón Piñeros consumieron licor desde las siete de la noche hasta aproximadamente las cuatro de la mañana del día siguiente, cuando ocurrió el incidente que dio lugar a este proceso.

28. S.A.G.G. relató que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** estaba con “La Gorda” y su padre, al lado de la puerta de la vivienda del primero, en tanto ella jugaba con

las otras dos niñas en la acera de enfrente. Indicó que mientras su ascendiente departía con **HERNÁNDEZ ALCARAZ**, este disparó su arma de fuego e impactó el cuerpo de la testigo, luego de lo cual, dio a guardar el artefacto a “La Gorda”. Afirmó haber notado que estaba herida porque se dio cuenta de que su camisa tenía sangre. Señaló que inmediatamente se dirigió a donde su padre, Germán Garzón, para contarle y que aquél la alzó, la subió a la camioneta que estaba allí y le reclamó al procesado la razón por la cual le había disparado a la niña.

29. La lesionada explicó que, en medio del altercado, Nohora Carvajal le dio de nuevo el arma a **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** y este apuntó hacia el abdomen de su progenitor. Precisó que entonces, Nohora Carvajal se interpuso y su padre la abofeteó. La menor de edad reiteró que vio el arma de fuego en el momento en el que **HERNÁNDEZ ALCARAZ** la accionó y ella resultó herida y, así mismo, cuando le apuntó hacia el cuerpo de su papá. De la misma manera, frente a preguntas aclaratorias sobre si había observado a alguien más con armas, solo hizo referencia al revólver manipulado por **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** y precisó, también, que, al momento de ser impactada por el proyectil, no pasó ningún vehículo por el sector.

30. En el mismo sentido, Germán Garzón relató que desde las 7 y 30 de la noche o antes, del 7 de diciembre de 2016, estuvo tomando cerveza con **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**. Afirmó que este se encontraba “*cerquita, [al lado mío]*” y que su hija resultó herida por que su entonces amigo

“saca el revólver y arremete contra las tres niñas y la herida, pues, salió fue mi hija”. Aseveró que el arma de **HERNÁNDEZ ALCARAZ** era un revólver pequeño, “blanquito”, marca “Llama” y que lo sabía porque en el pasado él mismo había tenido también un revólver. Indicó, de igual modo, que el artefacto se lo había entregado al acusado, instantes antes, Nohora Carvajal, la esposa, que era la persona que le guardaba las armas de fuego.

31. El testigo subrayó que la hija estaba haciendo una “*quema*” con las otras dos niñas, nietas de Nohora Carvajal, y que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó, sin mediar palabra ni causa alguna, pues los dos eran amigos y él lo conocía hacía más de 20 años. El padre de la niña herida reconoció, de la misma manera, que había golpeado a Nohora Carvajal. Explicó que le había “*peg[ado] un puño*” y le “*rompi[ó] la nariz*”, pues él quería llevar a su descendiente al hospital y Carvajal no se lo permitía, razón por la cual, la empujó y agredió en el rostro.

32. En adición, el testigo narró que en ocasiones anteriores había visto disparar a **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, pues siempre que se embriagaba lo hacía. Adujo que al parecer se trataba de una reacción motivada por el consumo de alcohol, situación de la cual los vecinos del barrio también podían dar fe. Insistió, también, en que no sabía por qué el procesado había disparado hacia las niñas pues eran amigos de tiempo atrás.

33. A juicio de la Sala, los testimonios de la niña y su padre son internamente consistentes, contienen detalles relevantes y dan cuenta de circunstancias que sustentan sus

afirmaciones, lo cual los hace creíbles. Contrario a lo señalado por el demandante, la declaración de la víctima es digna de crédito, no por su condición de menor de edad, sino en la medida en que, con solvencia, rememoró dónde estaba cada grupo de personas y desde qué lugar el procesado le disparó. Así mismo, de forma inequívoca reiteró que, luego de accionar el revólver, “La Gorda” se lo recibió a **HERNÁNDEZ ALCARAZ** y, pasado un instante, se lo volvió a entregar, con el propósito de amedrentar a su padre, en medio de la discusión por lo ocurrido.

34. Además, la niña aseveró con seguridad que había visto en dos ocasiones el arma de fuego (al momento en que fue disparada en su contra y cuando **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** la empleó para amenazar a su progenitor), explicó qué ocurrió primero y por qué se dio cuenta de que estaba herida. De la misma manera, no dijo haber visto que alguien más tuviera en su poder un arma de fuego en ese momento y afirmó no observar que pasara algún vehículo por la calle en los instantes de los hechos.

35. El relato de la víctima, a su vez, concuerda en lo sustancial con el de su padre. Germán Garzón también refirió la misma ubicación general suya y de **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** en el andén de la vía pública, así como la de la afectada, en la acera de enfrente. Igualmente, con certeza afirmó que había sido **HERNÁNDEZ ALCARAZ** quien disparó contra su hija y expresó que se trató de una conducta inexplicable. Además, también puso de manifiesto, como lo hizo la víctima, el papel de custodia del arma de

fuego que ejercía la compañera permanente de **HERNÁNDEZ ALCARAZ**.

36. El desconcierto que expresó el testigo frente a los disparos que lesionaron a su hija, realizados por el acusado, constituye, en buena medida, una razón que fortalece la veracidad de sus afirmaciones. El declarante manifestó, y nadie lo contradijo, que conocía por más de veinte años atrás a **HERNÁNDEZ ALCARAZ** y que fueron amigos hasta el día del incidente. Esto muestra que, de no ser cierto, el testigo no tenía razones para incriminar injustamente al procesado.

37. Adicionalmente, Germán Garzón admitió haber propinado un golpe en el rostro a Nohora Carvajal, golpe al que se refirió también la menor de edad lesionada e, incluso, los testigos de descargo. En este orden de ideas, las declaraciones de la víctima y su padre demuestran, con solidez, que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, ya en horas de la madrugada del 8 de diciembre de 2016, en estado de alicoramiento, disparó el revólver que le facilitó su compañera permanente y, como consecuencia, hirió gravemente a la menor de edad S.A.G.G. Esta conclusión, conforme se muestra a continuación, no se desvirtúa por la hipótesis defensiva, según la cual, el agresor fue un tercero.

38. Nohora Mayerli Gómez Carvajal y su esposo, Edwin Andrés Velásquez Pinzón, así como Nathalie Velásquez concurrieron como testigos de descargo y declararon que quien disparó contra S.A.G.G. fue una persona que se movilizaba con otra en una motocicleta. Los tres afirmaron que ese vehículo pasó por la vía en dos ocasiones y que, en

la segunda oportunidad, se escuchó accionar el arma. Así mismo, los tres aseveraron haber escuchado tres detonaciones, que se agacharon para eludir los disparos y que ninguno logró ver las características físicas ni el color de la moto, de la ropa ni de los cascos de los motociclistas. Señalaron que tampoco pudieron observar con cuál de las dos manos el tirador habría disparado.

39. De otra parte, los tres afirmaron que el padre de la víctima, Germán Garzón, comenzó a insultar a los parientes y allegados de **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, que les atribuyó la responsabilidad de la lesión sufrida por la menor de edad y los amenazó a todos con una navaja. Así mismo, Nohora Mayerli Gómez Carvajal y Edwin Andrés Velásquez Pinzón aseguraron, al unísono, que una vez la agredida fue ingresada a la camioneta de propiedad de aquellos para ser llevada a recibir atención médica, Germán Garzón los obligó, bajo amenazas, a dar varias vueltas por el barrio, antes de acceder a que la víctima fuera transportada al centro asistencial.

40. Como lo plantea la defensa, es claro que la capacidad demostrativa de los tres testigos no depende especialmente de su relación con la compañera permanente del acusado, sino de la consistencia del contenido de sus declaraciones. Pero, precisamente en este sentido, la versión expuesta por ellos resulta carente de toda credibilidad. Sus declaraciones se fundan en la supuesta irrupción de dos personas en una motocicleta, que habría cruzado en dos ocasiones por el lugar en el cual departían. Como la vía, según afirmó Edwin Velásquez, es una cuesta, afirmaron que la motocicleta



subió, luego bajó y, de nuevo, habría ascendido y, en camino de descenso, el “parrillero” habría disparado. Las versiones de los declarantes se encuentran construidas sobre ese único suceso, a partir de una repetición exacta y lineal. Sin embargo, ninguno aporta información que permita considerar que se trata de un hecho realmente ocurrido.

41. Todos se refieren al mismo número de disparos (afirman haber captado que fueron tres) y dicen haber realizado la misma acción al escuchar las detonaciones (se agacharon). A pesar de que quienes, según aducen los testigos, se desplazaban en el vehículo realizaron idéntico recorrido en dos oportunidades, ninguno de los declarantes logró identificar detalles ni de la motocicleta ni de las personas que viajaban en ella. Además, no obstante haber visto accionar el arma al “parrillero”, tampoco ni uno ni otro testigo de descargo pudo responder si aquél lo hizo con la mano derecha o la izquierda.

42. Como acertadamente lo señaló el Juzgado al restar poder demostrativo a estos testigos: *“no supieron... características de la motocicleta pese a haberla visto en tres oportunidades, ni las vestimentas de los individuos, de quienes solo aducen, llevaban puestos sus cascos cerrados, por lo que tampoco pudieron observar sus rostros”*. También criticó la Juez de primer grado que el testigo Edwin Andrés Velásquez Pinzón, aun cuando fue policía, *“con preparación en (sic) tipo de armas, reacciones frente a ataques como el que se suscitó según su dicho, no haya sido capaz de si quiera haber señalado con propiedad el arma usada por los presuntos delincuentes”*.

43. Además, nótese que la hipótesis que los testigos intentaron plantear no tiene ninguna concordancia con otro hecho que permita otorgarle un nivel mínimo de veracidad. No hay un elemento de juicio que permita conocer a quién querían dar muerte los supuestos sicarios o por qué habrían querido disparar hacia donde estaba el grupo de niñas. Tampoco se supo de información posterior sobre la motocicleta o sus ocupantes, que conduzca a otorgar sentido o explique el ataque repentino al que se refieren los declarantes.

44. Desde otro punto de vista, los tres testigos de la defensa hacen referencia a dos situaciones inverosímiles. Por un lado, afirman que luego del disparo que hirió a la menor de edad, su padre comenzó a insultar a los allegados de **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**, que les atribuía la responsabilidad de lo ocurrido y amenazó a todos con una navaja. Sin embargo, no tiene sentido que el progenitor de la víctima, al haber observado que la niña había recibido un disparo de arma de fuego, la emprendiera contra todos los miembros de la familia y les atribuyera la responsabilidad.

45. Es evidente que un resultado como el mencionado pudo haberlo causado solo la persona que disparó el arma de fuego, de modo que no resulta creíble que el progenitor, en reacción, haya intentado atacar a cada uno de los miembros de la familia, por considerarlos autores de la lesión sufrida por su hija.

46. Por otro lado, los declarantes de descargo sostienen que una vez la víctima abordó la camioneta de Nohora Mayerly

Gómez y su esposo con destino al centro asistencial, el padre de aquella, mediante amenazas con el arma blanca, los obligó a dar varias vueltas por el barrio, a tal punto que la niña terminó recibiendo atención médica solo entre 30 o 40 minutos después de haber sido herida. Los testigos se limitaron a decir que no sabían qué pretendía el ascendiente de la niña. El relato sobre este hecho tampoco tiene fuerza probatoria, precisamente porque no es creíble que el padre de la menor de edad quisiera hacer recorridos por el barrio sin un rumbo ni una finalidad clara y, en particular, que tuviera un objetivo más importante que salvarle la vida a su hija. Es patente que los testigos pretenden únicamente descreditar a Germán Garzón.

47. En este orden de ideas, para la Sala resulta manifiesto que la hipótesis que pretendió mostrar la defensa con sus testigos carece de veracidad. Por el contrario, es evidente que nadie más que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** fue quien disparó el arma de fuego, con la cual resultó herida de gravedad la niña S.A.G.G. En este sentido, asiste razón a las instancias, al considerar que para llegar a esta conclusión no se requiere que se hubiera practicado la “prueba de absorción atómica” al procesado, como lo reclama la defensa en la demanda. En un régimen de libertad probatoria como el previsto en la Ley 906 de 2004 (Art. 373), todos los medios de convicción válidamente practicados e incorporados son aptos para demostrar la responsabilidad del acusado. Y, en este caso, conforme lo expuesto con anterioridad, la prueba testimonial demuestra más allá de toda duda razonable que **HERNÁNDEZ ALCARAZ**, en estado de alicoramiento,

accionó su revólver e impactó gravemente el cuerpo de la menor de edad.

### **5.3.2. Las supuestas inconsistencias de los testimonios de la víctima y de su padre en relación con los disparos efectuados por el acusado (cargo segundo)**

#### **5.3.2.1. Las declaraciones de la víctima y de su padre sobre los disparos efectuados por el procesado**

48. La defensa cuestiona que los testimonios de la lesionada y su progenitor acrediten que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** haya herido a S.A.G.G. Así, afirma que mientras la víctima afirma que “El Mono” le disparó y que lo hizo a una distancia cercana, el padre de aquella declaró que **HERNÁNDEZ ALCARAZ** accionó el arma hacia donde estaba su hija y otras dos niñas jugando, pero no exactamente que le haya disparado a su descendiente. De la misma manera, argumenta que la niña testificó que el revólver era negro, en tanto que el progenitor de aquella refiere que era “*blanquito*”. Añade que la menor de edad aseveró que el acusado le disparó “*de frente*”, no como afirma la sentencia recurrida, que estaba “*de frente al agresor*”.

49. Analizada la prueba, la Corte observa que no asiste razón al recurrente. En primer lugar, en efecto, la víctima indicó que el arma de fuego era negra, mientras que su padre señaló que se trataba de un revólver “*blanquito*”. Para la Sala, se trata de una discordancia que no afecta el hecho central declarado, relativo a que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** estaba en posesión y accionó el arma de fuego.

50. El padre de la lesionada testificó que conocía la clase de revólver que tenía el acusado, pues él también había tenido un arma amparada de las mismas características, razón por la cual, además, sabía que se trataba de un artefacto marca “Llama”. Así mismo, aseveró que estaba muy cerca al procesado (refirió que aproximadamente a un metro) cuando aquél percutió el revólver. De este modo, es probable que Germán Garzón haya estado en mejores posibilidades que su hija de identificar las características del arma, quien se encontraba en la acera de enfrente y, por lo tanto, a algunos metros más de distancia.

51. Además, es probable que la niña, quien, puede inferirse por su edad, no era conocedora de armas de fuego, se estuviera refiriendo a alguna parte del artefacto, mientras que su padre hiciera mención a otra parte del mismo. Igualmente, dado que el objeto descrito regularmente no es de amplias dimensiones y fue empleado en horas de la madrugada, cuando la iluminación, pese al alumbrado público, no es óptima, la no coincidencia sobre el punto es explicable y no incide en el mérito probatorio del hecho afirmado.

52. Ahora, S.A.G.G. declaró que se encontraba jugando con las dos niñas allegadas a **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** en la acera de enfrente a la vivienda del procesado. De igual modo, precisó que aquél se hallaba departiendo con sus parientes y con el padre de la menor de edad “cerquita” a la puerta de su inmueble. El testimonio de la niña concuerda con lo referido por todos los testigos que declararon en el juicio oral, en el sentido de que el acusado

se encontraba en el andén adyacente a su vivienda, en tanto que las tres menores de edad jugaban en la acera opuesta.

53. Así, no es el Tribunal sino el demandante el que distorsiona la afirmación de la víctima, al sostener equívocamente que esta afirmó haber sido impactada “*de frente*” con el arma de fuego. Ante preguntas aclaratorias, la víctima solo precisó la ubicación de cada una de las personas que se encontraban en la escena y, en particular, la suya con respecto a **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** (“*enfrente*”), no la posición de su cuerpo con respecto al arma de fuego al momento del disparo. De este modo, no solo no se presenta la errónea apreciación de la evidencia alegada por la defensa, sino que está probado que cuando se produjo el impacto, victimario y víctima se hallaban, cada uno, en los costados opuestos de la calle, en los correspondientes andenes.

54. La niña afirmó también que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** le *disparó*, afirmación que, contrario a lo sostenido por la defensa, no es discordante con la aseveración de su padre, en el sentido de que *el acusado accionó el arma hacia el lugar a donde aquella jugaba con las otras dos niñas*, pero no que le disparó a su hija. Las dos atestaciones parten de una perspectiva diferente, pero no son contradictorias. Con la primera, la menor de edad solamente puntualiza que el procesado la hirió con el arma de fuego. Este hecho es indiscutible, pues, conforme se dejó expuesto, está probado que, objetivamente, **HERNÁNDEZ ALCARAZ** accionó el revólver y uno de los proyectiles impactó a la víctima.

55. A su vez, la segunda atestación está enmarcada en una comprensión más amplia de lo sucedido que el padre de la menor de edad intentó transmitir en el juicio oral. Al expresar que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó, no a su hija, sino hacia donde esta se encontraba con las otras dos niñas, el testigo dio a entender que no apuntó intencionalmente a su descendiente con el propósito de causarle la muerte. De ahí que su aseveración solo haga referencia a la dirección en la cual el revólver fue disparado. No se presentan, por lo tanto, las inconsistencias que señala el demandante.

56. En concordancia con lo hasta aquí explicado, la reconstrucción testimonial del padre de la menor de edad no deja dudas sobre las características del peligroso episodio originado en la descarga del arma de fuego. Germán Garzón Piñeros sostuvo que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** sacó el revólver y disparó hacia donde jugaban las tres niñas, que solo había sido herida su hija y que “de buenas” las otras dos, nietas de la compañera del procesado, salieron ilesas. En una entrevista previa, el testigo había sostenido que **HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó “*al aire*”. Sin embargo, en el juicio oral aclaró que con la afirmación anterior quería significar que el procesado había accionado el arma de fuego, no con el ánimo de impactar un objetivo cercano ni con la intención de causarle la muerte a su hija o a las tres niñas. Dado que el grupo de menores de edad estaban jugando en

la acera opuesta, precisó que “*accionar el revólver*” hacia allá, “*es al aire*”<sup>3</sup>.

57. La aclaración del testigo tiene todo sentido. El padre de la víctima quiso manifestar que el acusado disparó “al aire” en el entendido de que no apuntó a nadie en particular ni percutió el revólver con el propósito de lesionar alguien. Sin embargo, otra cosa es la dirección en la cual dispuso el cañón del arma al momento de descargarla. Pudo hacerlo de forma vertical, lo que implicaba que la habría empuñado de manera paralela a su cuerpo, o también pudo hacerlo de manera horizontal, lo cual suponía que tuvo que disponer el cañón de forma perpendicular a su cuerpo.

58. Del relato del testigo surge evidente que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó, no de forma vertical, sino horizontal y, por lo tanto, como lo asegura el declarante, hacia el grupo de niñas que jugaba en la acera de enfrente. Lo anterior adquiere una notable fuerza demostrativa debido a su compatibilidad con la ubicación y características de la lesión sufrida por la víctima. De acuerdo con la historia clínica y la prueba técnica, el proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo.

59. Si **HERNÁNDEZ ALCARAZ** hubiera disparado de manera vertical, la única forma en que el proyectil habría podido causar la citada lesión sería cuando estaba en caída,

---

<sup>3</sup> Refirió el testigo: “*las niñas tienen una aproximación, de no sé cuánto hay ahí, de unos 10, 15 metros, eso ya es al aire, si está cerquita ya es otra cosa, si estamos juntos a medio metro ya es al objetivo, eso quiero decir al aire, porque la persona está lejos. Porque si él hubiese tenido la intención de matar la niña o de matar las tres niñas entonces se hubiera acercado mucho más, pero entonces él está lejos, aproximadamente pasando una acera*”.



por la sola fuerza gravitacional, y la víctima tuvo que estar acostada, de lado, en el pavimento. Esto es poco probable, teniendo en cuenta que las menores de edad se encontraban en vía pública y que estaban haciendo “quemadas”. Además, ninguno de los testigos sugiere la posibilidad de que la lesionada se encontrara, en razón de sus actividades lúdicas, en la referida posición.

60. De este modo, la herida causada a S.A.G.G. coincide con el testimonio de Germán Garzón, en el sentido de que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó de forma horizontal su revólver y, por ende, que el arma fue accionada en dirección al andén de enfrente del sitio en el que se encontraba. En este lugar se hallaba el grupo de tres niñas jugando: la menor de edad que resultó gravemente herida y las dos nietas de su compañera permanente. En adición a lo señalado, el progenitor de la víctima testificó que el procesado percutió seis cartuchos, “*en ráfaga*”, es decir, uno enseguida del otro. Este hecho completa el escenario de peligro concreto creado. El episodio, sin embargo, fue valorado de manera diversa por los jueces de instancia, desde el punto de vista de la intencionalidad del agente.

61. El Juzgado consideró que el hecho de que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** accionara el arma de fuego en un lugar y momento en el que había “gran cúmulo” de personas por la celebración del “día de velitas” muestra que se generó una situación de riesgo. Sostuvo que, en estas circunstancias, el procesado estaba en capacidad de advertir la probabilidad de causarle la muerte a alguien y que el resultado, de hecho, era “altísimamente probable”. En estas

condiciones, precisó que aquél dejó librado al azar la ocurrencia de la consecuencia, situación que configura el dolo eventual con el cual ejecutó la tentativa de homicidio. Por su parte, el Tribunal sostuvo que en la medida en que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** apuntó con el arma de fuego hacia el sitio en el que se hallaba la víctima y descargó la munición de “*seis tiros en ráfaga*”, tal circunstancia revela que obró con dolo directo.

62. Debe recordarse que el sujeto obra con dolo directo de primer grado cuando conoce y quiere el resultado típico. El dolo directo de segundo grado, también denominado de consecuencias necesarias, opera en aquellos supuestos en los cuales el sujeto no quiere el resultado típico pero su producción se representa como cierta o segura. Y el dolo eventual, tiene aplicación en los casos en que, si bien el agente no desea el resultado, este ha sido previsto como probable y su no producción se deja librada al azar (CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964).

63. Pues bien, conforme se anticipó en la delimitación del debate, si en el presente asunto se concluye que el acusado procedió con dolo directo o de primer grado, la subsunción jurídica de la conducta no tiene mayor discusión, pues la tentativa de delito, cuando el agente actúa con voluntad inequívoca de infringir el bien jurídico, es el caso más frecuente y no presenta debates dogmáticos relevantes. En cambio, si se determina, como lo hizo el Juzgado, que el acusado obró con dolo eventual, surge la necesidad de precisar la compatibilidad de esta figura con la tentativa de delito. A continuación, se analiza brevemente la cuestión.

### 5.3.2.2. Tentativa de delito y dolo eventual

64. La necesidad del citado análisis de compatibilidad se deriva de las exigencias para la configuración del delito tentado y las características del dolo eventual. De conformidad con el artículo 27 del Código Penal, la tentativa implica que los actos que el agente emprende, además de ser idóneos y comportar el comienzo de la ejecución del delito, deben estar *inequívocamente dirigidos a su consumación*. Se trata del *elemento subjetivo* del dispositivo amplificador del tipo y cubre tanto el aspecto volitivo como el cognoscitivo. Supone que lo pretendido por el agente al iniciar la ejecución de la conducta punible haya sido, justamente, lograr la producción del resultado típico (SP1175-2020, rad. 52341).

65. El problema radica en que en la configuración dogmática del dolo eventual el citado elemento subjetivo, requerido por la tentativa, parecería difuso. La discusión, en estos términos, reconduce a la configuración conceptual del dolo eventual. Las posiciones que, hace ya varias décadas, negaban la compatibilidad entre la tentativa de delito y el dolo eventual, consideraban que este último no sería una especie de dolo, junto al de primero y segundo grado<sup>4</sup>. Una aproximación de este tipo está descartada en la legislación colombiana, pues es claro que el artículo 22 del Código Penal contempló tanto la figura del dolo directo como la del dolo eventual.

---

<sup>4</sup> Ver la exposición de estos puntos de vista en Farré Trepal, Elena, *La tentativa de delito*, Madrid, 2011, p. 113.

66. Otras posiciones han considerado, más genéricamente, que en el dolo eventual el agente realmente no quiere el resultado. Por esta razón, no podría actualizarse el componente subjetivo de la tentativa, consistente en que el sujeto haya emprendido los actos ejecutivos con el propósito de lograr el resultado típico<sup>5</sup>. A juicio de estas posturas, ese propósito o querer real no estaría dado y ello impediría contemplar el delito tentado cuando el sujeto ha obrado con dolo eventual. La Sala no comparte este punto de vista.

67. En la Sentencia CSJ SP de 25 de agosto de 2010, rad. 32964, la Corte analizó ampliamente la figura del dolo eventual. El artículo 22 del Código Penal establece: “*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”. La Sala sostuvo que, conforme lo había señalado la jurisprudencia en ocasiones anteriores, la norma citada había acogido la “*teoría de la probabilidad*”, en la cual, “*lo volitivo aparece bastante menguado, no así lo cognitivo que es prevalente*”. Explicó, además, que la dimensión cognitiva del dolo eventual implica que el agente se represente la *probabilidad* de producción del resultado antijurídico.

68. En todo caso, la Sala también aclaró que, además de este elemento cognitivo, se requiere la dimensión volitiva, vinculada a que el agente haya dejado la no producción del resultado típico librado al azar. Afirmó en el fallo: “*el dolo eventual como modalidad de imputación subjetiva exig[e] para su configuración dos condiciones, (i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado típico objetivo*

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 114.

(*aspecto cognitivo*), y (ii) que deje su no producción librada al azar (*aspecto volitivo*)”. De esta manera, si bien es cierto el artículo 22 del Código Penal acentúa el aspecto cognitivo en los términos indicados, se precisa de un componente anclado a la voluntariedad del agente, el cual se halla ligado normativamente a la actitud del sujeto, de haber dejado la no producción de la consecuencia librada al azar.

69. De esta manera, cuando el sujeto obra con dolo eventual, emprende un plan y no tiene el deseo inequívoco de vulnerar un específico bien jurídico<sup>6</sup>. Sin embargo, la realización de ese plan implica, de forma necesaria, la puesta en marcha de un curso causal idóneo para la producción de un resultado típico y esto es perfectamente previsible para el autor. En estas circunstancias, si el agente continúa adelante, realmente *asiente, acepta*, que se produzcan tales consecuencias. Este es el elemento volitivo del dolo eventual.

70. Conforme a lo anterior, en el dolo eventual hay también una resolución, una decisión, del agente hacia la lesión del bien jurídico<sup>7</sup>, pero no con la misma intensidad que en el dolo directo. Su configuración también es distinta. El sujeto concluye que, a partir del curso de actuación creado por él mismo, es probable que el resultado se produzca. Pese a esto, adopta la determinación de continuar. A partir de este momento, nótese que la concreción de la consecuencia antijurídica no depende del sujeto, quien ya emprendió actos adecuados para la infracción del bien jurídico. La

---

<sup>6</sup> La expresión “plan” en este contexto es de Roxin. Ver Roxin Claus, *Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 415-434

<sup>7</sup> Roxin también considera que en estos casos hay propiamente una resolución del sujeto. Ver *ibidem*, p. 422.

consecuencia depende del azar y las circunstancias. Con todo, es evidente que en ese instante actuó ya la determinación del sujeto y, por ende, incursionó su voluntad en la probable producción del resultado.

71. Un ejemplo de la doctrina, tomado con modificaciones, puede ilustrar la voluntad de quien actúa con dolo eventual, a diferencia de quien obra con dolo directo. El cuidador de un enfermo en fase de cuidado paliativo conoce de una sustancia con la capacidad para aliviar los dolores de la enfermedad, pero al mismo tiempo, sabe que, por la condición clínica del paciente, existe la seria probabilidad de que el medicamento le genere una alergia mortal. Pese a esto, decide suministrárselo, pues estima que, de ocasionarse el resultado, se trataría de un mal menor en comparación con sus terribles padecimientos<sup>8</sup>.

72. Obsérvese que el cuidador prevé la probabilidad de la consecuencia y, aun así, adopta la decisión de seguir adelante, con lo cual consciente en que aquella se produzca. Es claro, además, que a partir del momento en el que el cuidador resuelve suministrar la sustancia, la concreción del resultado ya no depende de él, de su voluntad, sino del azar. Sin embargo, el aspecto ligado a la voluntad ya ha obrado, en el instante en que el sujeto resolvió proporcionar la sustancia al paciente.

73. El anterior escenario es distinto de aquel en el que el agente, con dolo directo, emprende un conjunto de

---

<sup>8</sup> El ejemplo es de Alwart H y no es utilizado exactamente con la misma finalidad que se reconstruye en el texto. Citado por Farré Trepal, Elena, *La tentativa de delito*, Edisofer y B de F, Madrid, 2011, p. 107.

actuaciones para causar la muerte a una persona. El autor no solo acepta el resultado, sino que persigue activamente, con medios adecuados, su concreción y hace todo lo posible para alcanzarlo. En estos casos existe también la posibilidad de que el sujeto repita tantas veces la misma acción hasta que haya conseguido el objetivo deseado. Por hipótesis, el autor dispara tantas veces como le sea posible hasta dar en el blanco<sup>9</sup>.

74. En adición a lo expuesto, conviene precisar el elemento de “probabilidad” que actúa en la figura analizada. En el dolo eventual, el sujeto activo prevé que, *probablemente*, el resultado típico se producirá. Esta *probabilidad* surge considerada: (i) la idoneidad objetiva de los medios empleados por el agente o del curso causal que este pone en marcha y (ii) de la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la lesión del bien jurídico. Tal probabilidad, por lo tanto, no es una estimación subjetiva del autor ni una especulación suya sobre la ocurrencia del resultado. Está vinculada, en cambio, a las variables serias, reales y objetivas de que ocurra, teniendo en cuenta los dos mencionados elementos.

75. En síntesis, el dolo eventual implica que el agente, al emprender un plan de acción, pone en marcha un curso causal que, probablemente, puede ocasionar el resultado típico y ello es previsto por el propio sujeto. Dicha probabilidad se funda en (i) la idoneidad de los medios empleados por el agente y (ii) la adecuación de las condiciones fácticas de contexto, de cara a la violación al bien

---

<sup>9</sup> *Ibidem*.

jurídico en cuestión. En estas circunstancias, si el sujeto activo, habiendo previsto esa probabilidad, resuelve seguir adelante, *consiente* o *asiente* que se produzcan tales consecuencias.

76. Así precisado el alcance del dolo eventual, es clara su compatibilidad con la tentativa de delito. Además de emprender actos idóneos y que impliquen el comienzo de la ejecución de la conducta punible, si el agente prevé la *probabilidad* de que el resultado antijurídico se producirá en la forma en que se ha ilustrado y, sin embargo, decide continuar adelante, acepta, asiente o asume como propios tales resultados. Si el resultado finalmente no se produce por razones ajenas a la voluntad del sujeto, entonces, se habrá cometido el delito en modalidad de tentativa, a título de dolo eventual.

### **5.3.2.3. La tentativa de homicidio fue ejecutada con dolo eventual**

77. En el presente asunto, el padre de la víctima expresó no comprender la razón por la cual **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** accionó el arma de fuego hacia donde estaba su hija jugando con otras dos niñas. Afirmó que se conocía con **HERNÁNDEZ ALCARAZ** hacía más de veinte años, que eran amigos y que ni en la madrugada de los hechos ni de tiempo atrás habían tenido problemas ni discusión alguna. Tampoco ninguno de los otros testigos hizo mención a desavenencias entre **HERNÁNDEZ ALCARAZ** y Germán Garzón, cuando departían o en el pasado.



78. Mucho menos obra evidencia de que el acusado hubiera tenido alguna discusión, directamente, con la víctima. El progenitor de la menor de edad también aseveró que, antes de accionar el arma de fuego y mientras lo hacía, el acusado no pronunció palabra alguna. De esta manera, no existe ningún elemento de juicio que permita inferir que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** tenía *motivos* o *móviles* para atentar contra la vida de S.A.G.G.

79. Pero además de que no es posible considerar razones para que **HERNÁNDEZ ALCARAZ** deseara causarle la muerte a la menor de edad, los hechos probados indican que, en verdad, su intención no era esa. Está demostrado que el procesado disparó hacia el andén de enfrente, es decir, en dirección a donde estaba la víctima en compañía de las otras dos niñas, nietas de la compañera permanente del propio tirador. Por lo tanto, es ostensible que estas también pudieron ser alcanzadas por los proyectiles. Pese a ello, resulta aún más extraño, y no existe tampoco evidencia, de que el acusado quisiera ultimar a las descendientes de su pareja.

80. Así, a juicio de la Corte, las pruebas evidencian que el acusado no quería privar de la vida a S.A.G.G. El propio padre de la víctima, pese a lo ocurrido, expresó: *“el señor John Jairo Alcaraz saca el revólver y arremete contra las tres niñas y la herida, pues, salió fue mi hija, así salió herida la niña, que las otras tres no salieran heridas fue de buenas, ¿no? Las otras dos niñas, perdón”*.

81. En el mismo sentido, a preguntas de la Fiscalía acerca de si el acusado había disparado hacia donde estaban las niñas, afirmó: *“a las niñas...sí, porque estaban junticas, la que estaba de malas era mi niña”*. Además, frente al cuestionamiento de si **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó al aire o directamente a las niñas, aclaró: *“las niñas tienen una aproximación, de no sé cuánto hay ahí, de unos 10, 15 metros, eso ya es al aire, si está cerquita ya es otra cosa, si estamos juntos a medio metro ya es al objetivo, eso quiero decir al aire, porque la persona está lejos. Porque si él hubiese tenido la intención de matar la niña o de matar las tres niñas entonces se hubiera acercado mucho más, pero entonces él está lejos, aproximadamente pasando una acera”*.

82. La impresión expresada por el testigo, sobre la intencionalidad del agente, obedece a una comprensión de sentido común sobre el suceso. No existían razones para que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** quisiera dar muerte, ni a la niña S.A.G.G. ni a las nietas de su compañera permanente. Pese a que accionó el arma en dirección hacia donde aquellas estaban y de que disparó los seis cartuchos del revólver, la interpretación razonable de lo ocurrido no implica que el acusado tuviera una inequívoca intención homicida, como lo consideró el Tribunal.

83. En este orden de ideas, la conclusión de la segunda instancia, de que el acusado obró con dolo directo, no se ajusta a los hechos probados.

84. El escenario de grave peligro creado por **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** se subsume, en cambio, en una conducta ejecutada con dolo eventual.

85. En la madrugada de los hechos y habiendo ya consumido licor por varias horas, como era su costumbre, el acusado pidió a su compañera permanente el arma de fuego para dispararla. Una vez con ella en su poder, procedió a accionarla y lo hizo en dirección hacia donde estaba el grupo de tres niñas jugando en la acera de enfrente. Además, según el padre de la víctima, el acusado percutió el revólver en seis oportunidades seguidas o, en sus palabras, “*en ráfaga*”.

86. Pues bien, al emprender su plan, en primer lugar, **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** sabía que los proyectiles de arma de fuego son idóneos para causar la muerte a una persona. Pero, además, el acusado disparó seis cartuchos de su arma de fuego. Lo anterior incrementó significativamente el peligro creado y aumentó dramáticamente las posibilidades de su concreción. Hay una ostensible diferencia, de cara a la probabilidad de lesión del bien jurídico, cuando se dispara un arma de fuego en una o dos ocasiones a cuando se hace en seis oportunidades. Por lo tanto, es manifiesta la *idoneidad de los medios empleados* por el agente para la producción del resultado típico.

87. En segundo lugar, de acuerdo con todos los testigos, quienes tomaron parte de la celebración en la madrugada de los hechos se encontraban en andenes de una vía pública residencial. Edwin Velásquez afirmó que la calle era de doble vía y que cabían dos vehículos<sup>10</sup>. De ello puede inferirse que la distancia entre las dos aceras y, por lo tanto, entre **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** y la víctima era realmente

---

<sup>10</sup> Sesión de juicio oral de 23 de mayo de 2018. Minuto 17:59:48 a 18:01:18.

corta, si se tiene en cuenta el alcance que, regularmente, puede tener el disparo de un arma de fuego. Además, el hecho de que el proyectil haya impactado a la niña en el hombro permite inferir que estaba de pie o sentada, no acostada en el pavimento. Por lo tanto, la reducida distancia entre el tirador y la víctima y la posición de esta en el andén de enfrente implica que existieron unas *condiciones adecuadas de contexto* para que se produjera el desenlace fatal.

88. De esta manera, (i) la idoneidad de los medios utilizados para la producción del resultado, en conjunto con (ii) las adecuadas condiciones fácticas de contexto permitieron al procesado prever la probabilidad seria, real y objetiva, de que se produjera la muerte de la víctima. Se actualiza así la dimensión cognitiva del dolo eventual. Ahora, pese a la alta probabilidad de que se ocasionara el resultado, el acusado no se detuvo, sino que resolvió accionar el arma de fuego en seis oportunidades. Al hacerlo, *aceptó, asumió*, que la muerte de la víctima podía ocurrir, resultado que, entonces, dejó librado al azar o a las circunstancias. Precisamente circunstancias como la pronta atención médica impidieron el deceso de la víctima, pese al grave peligro en que fue puesta. Así, se actualiza también la dimensión de voluntad del dolo eventual.

89. En este orden de ideas, no existe duda de que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** incurrió en la tentativa de homicidio, ejecutada con dolo eventual, por la cual fue acusado. El procesado decidió disparar seis cartuchos de su revólver hacia el lugar, retirado por pocos metros, en el que

estaba la víctima. Estos actos eran idóneos para la causar la muerte de la niña, resultado cuya probabilidad fue prevista por el procesado y, sin embargo, optó por dejarlo librado al azar. Pese a que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** resolvió seguir adelante con los aludidos actos y, por lo tanto, aceptó la probabilidad de la muerte de la víctima, el deceso finalmente no se produjo gracias a la oportuna intervención médica. Esto significa que el resultado no ocurrió, en otros términos, por razones ajenas a la voluntad del agente.

90. En consecuencia, acertaron los jueces de instancia al condenar al procesado por el delito contra la vida objeto de acusación, aunque, como lo señaló la A quo, ejecutado con dolo eventual, conforme lo explicado en las consideraciones del presente fallo.

#### **5.4. Conclusión**

91. La Corte encuentra que, contrario a lo planteado por el demandante, está probado más allá de toda duda razonable que, en la madrugada de los hechos, **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** disparó el arma de fuego con la cual fue herida S.A.G.G. La hipótesis de que los responsables fueron dos sujetos que transitaban en una motocicleta por el lugar, sostenida por los testigos descargo, presenta inconsistencias evidentes que la hacen inverosímil.

92. De la misma manera, la Sala concluye que los testimonios de la víctima y su padre, en contraste con lo planteado en la demanda, son coherentes al describir la

manera en que el acusado accionó su revólver hacia la acera de enfrente de su vivienda, donde la lesionada jugaba con dos nietas de la compañera permanente del procesado. Además, el análisis de estos testimonios permite determinar que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** actuó con dolo eventual en la tentativa de homicidio por la que se le acusó.

93. En efecto, la capacidad de los disparos de arma de fuego para ocasionar la muerte a una persona y el hecho de que **HERNÁNDEZ ALCARAZ** haya accionado el revólver en seis oportunidades implica que puso en marcha actos idóneos para la producción del resultado típico. Lo anterior, aunado a la circunstancia de que la niña estaba a corta distancia del tirador y se hallaba de pie o sentada implica que **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ** previó la probabilidad de que su actuación condujera al deceso de la víctima. Pese a haber advertido tal probabilidad, el acusado siguió adelante con su plan, de tal manera que asumió el resultado y dejó su no producción librada al azar.

94. Finalmente, la muerte de la víctima no se produjo gracias a la oportuna atención médica. Esto supone la configuración la tentativa de homicidio, pues pese a haberse actuado con dolo y puesto en marcha actuaciones dirigidas a la consumación del resultado, este no ocurrió por razones ajenas a la voluntad del agente. Así, la Corte concluye que acertó la sentencia impugnada al condenar por homicidio agravado en grado de tentativa, aunque, como lo indicó el Juzgado, ejecutado con dolo eventual, en la forma ilustrada en la presente decisión.

95. Por las razones consideradas, la Sala dispondrá **NO CASAR** la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**NO CASAR** la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena dictada en primera instancia, por tentativa de homicidio agravado, contra **JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ**.

Contra la presente decisión no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

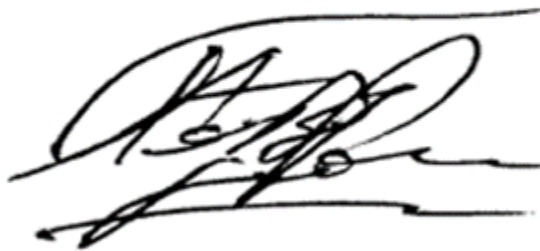


**HUGO QUINTERO BERNATE**

**PRESIDENTE**



**MYRIAM ÁVILA ROLDÁN**



**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**

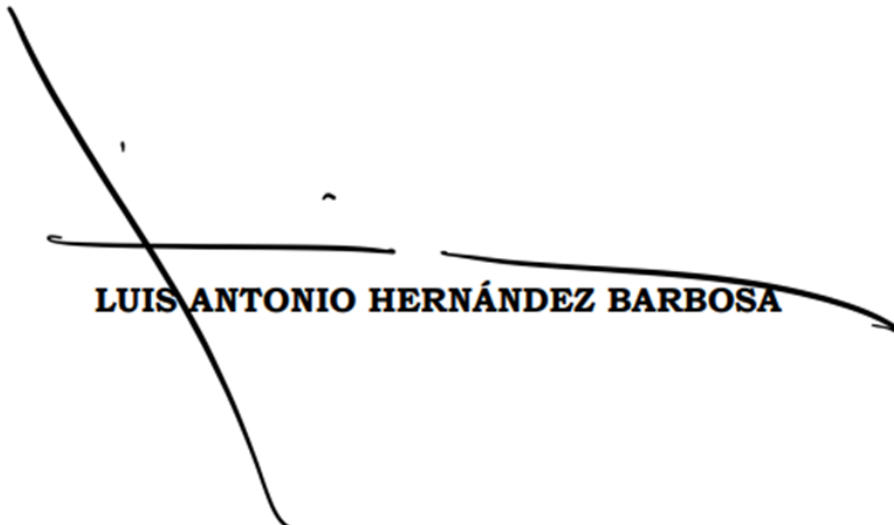




**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**  
**Salvo el Voto**



**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

Con salvamento de voto



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

**SECRETARIA**

Sala Casación Penal @ 2023



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

Casación. acusatorio N° 55250  
CUI 11001600015220160942001  
JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el respeto que siempre he profesado por las decisiones de la Sala, estimo necesario salvar el voto respecto de lo decidido en el presente asunto, pues, considero que no es posible condenar al procesado, por el delito de homicidio en grado de tentativa, cometido con dolo eventual.

Al efecto, debo manifestar que comparto en su generalidad el salvamento de voto presentado por el HM. Carlos Roberto Solórzano Garavito, en tanto allí se hacen ver las dificultades probatorias que el asunto encierra, no necesariamente resueltas en el fallo del cual me aparto, a más de la evidente afectación del debido proceso y las garantías de las partes, en clara vulneración del principio de congruencia, hasta derivar en la insuficiente explicación, frente a lo ocurrido y de la postura dogmática que soporta la delimitación del elemento subjetivo del delito, dentro del espectro del dolo eventual.

Acerca del primerio de los puntos en cuestión, la fijación de lo acontecido, coincido con el doctor Solórzano Garavito

en que, la Fiscalía adelantó una tarea bastante deficiente de cara a verificar lo sucedido, pues, de forma bastante acrítica, asumió como única hipótesis del caso la derivada de lo dicho en su inicial declaración por el padre de la afectada, traducido en los hechos jurídicamente relevantes planteados en la audiencia de formulación de imputación, como que el procesado disparó “*al aire*” y, por un infortunado “*azar*”, terminó por lesionar a la menor.

No quiero plantear una innecesaria discusión semántica respecto de lo que debe entenderse por “*disparar al aire*”, pero es claro que, dentro del conocimiento del lego y del experto, ello corresponde, siempre, a los casos en los cuales se toma un arma de fuego y esta se ubica en forma vertical, con el cañón hacia arriba, y luego se percute.

Es esta la normal y adecuada comprensión que en lo práctico corresponde a la afirmación del padre de la menor.

Es por ello que la Fiscalía, de entrada, consideró que el resultado no correspondía al querer o decisión voluntaria directa del entonces indiciado, en el entendido que éste no dirigió su arma en forma horizontal, con el cañón hacia el sitio donde se hallaban jugando varios menores, entre ellos la víctima, y, además, en afirmación con indiscutible efecto dogmático, atribuyó al “*azar*” el efecto dañoso.

Sucedo, sin embargo, que en curso de su declaración, durante el juicio, el padre de la afectada mutó de forma diametral dicha versión -aunque la Sala mayoritaria no lo entienda tal o signifique que la explicación del declarante “*tiene todo sentido*”, para ahora significar un hecho trascendente completamente distinto: que el procesado no disparó “*al aire*”, sino que, no se sabe por cuál ignota razón, apuntó el arma, con el cañón en forma horizontal, hacia donde se hallaban los menores jugando y la percutió en seis ocasiones.

Por más explicaciones que se intenten para, verificar lo contrario, es ostensible que lo dicho en juicio modifica de forma sustancial y trascendente lo manifestado por el testigo, en su declaración inicial, al extremo de obligar a modificar, como ocurrió en el fallo de la Corte, los hechos jurídicamente relevantes que se consignaron en la imputación.

Y no es ello un asunto apenas intuido por el suscrito, sino el manifiesto resultado de la variación de su narración, al extremo que el fiscal, en curso de la declaración del juicio, se vio obligado a impugnar la credibilidad del testigo, porque entendió, como es incontrastable, que éste mutaba lo dicho originalmente y ello, por lo demás, afectaba su teoría del caso, construida en torno del disparo “*al aire*” y la intervención del imponderable “*azar*”.

De esta manera, entonces, no se asienta en la realidad asumir, como lo hace la Sala mayoritaria, que las pruebas

son coincidentes y contestes en demostrar cómo ocurrieron los hechos, pues, se reitera, estos no se encuentran completamente claros en su ejecución concreta y específica en la actividad del acusado, de lo cual se sigue que no es posible afirmar, con condición irrefutable, que de verdad el procesado dirigió su arma al lugar en el cual se encontraban los menores -a muy corta distancia, cabe destacar, como que se hallaban en la acera de enfrente- y sin que se pueda explicar por qué, circunstancia que en sí misma obligaba de mayor atención en el examen, dada la amistad y cercanía de las familias, descargó seis tiros en contra de los niños que allí jugaban.

Dado que la Fiscalía, tal cual se anotó antes, dio por cierto lo dicho al inicio por el padre de la afectada -en sí mismo controvertible, por simple balística de efecto, atendida la zona anatómica en la que entró y salió el disparo-, no realizó labor investigativa encaminada a verificar si ello efectivamente pudo suceder así, para lo cual se demandaba examinar el sitio y las huellas que los disparos pudieron dejar en las viviendas, plasmó en la imputación unos hechos jurídicamente relevantes que, después, acorde con lo entregado en juicio por los testigos, se vieron completamente desdibujados, al extremo de desvirtuar su teoría del caso.

En frente, así, de una inocultable contradicción testifical, se ha decidido tomar postura por la tesis de que el procesado disparó su arma, con el cañón dirigido de forma

voluntaria al grupo en el cual se encontraba la menor afectada y de esto se derivó el daño, soslayando una pregunta fundamental que, incluso, sin mayor soporte, se hace valer para delimitar la existencia del dolo eventual, en contraposición al directo: ¿qué propósito o intención animó al acusado para apuntar su arma, a una distancia de no más de tres metros, en contra del grupo de menores, algunos de ellos, al parecer, familiares suyos y, en lo que toca con la víctima, hija de sus amigos, para luego dispararles los seis tiros de su tambor?.

Mínimos de sindéresis impiden considerar que, de verdad, el procesado, de forma voluntaria, se repite, teniendo a la vista a los menores -pues, de lo contrario, no estaríamos discutiendo el tema aquí-, sin más, decidió apuntar contra ellos y dispararles con una desconocida intención, desde luego, ajena a querer darle muerte, pues, si así fuese, la atribución se habría hecho a título de dolo directo.

Creo, como se asienta en el otro salvamento de voto, que, en efecto, otra hipótesis acerca de los hechos, con la cual se respondería de forma satisfactoria la pregunta planteada, es que, dado su alto grado de alicoramiento, en verdad el acusado sí empezó a disparar hacia el aire, pero, con la natural deficiencia física y de reflejos que el licor comporta, en uno de los disparos fue vencido por la fuerza de retracción del disparo y el peso del arma, hasta dirigirla hacia el lugar en el que se hallaban los menores.

Ello, sin embargo, no fue considerado en el fallo del cual me aparto, con las consecuencias conocidas en términos del tipo de responsabilidad despejada y condigna sanción penal.

Ahora bien, despejado el tema de lo que efectivamente debe entenderse probado, es necesario precisar que si de verdad lo demostrado en juicio es que el procesado no disparó al “*aire*”, sino directamente en contra del grupo en el cual se localizaba la víctima, ello representa variación sustancial de la teoría del caso de la Fiscalía, plasmada en los hechos jurídicamente relevantes, de lo cual se sigue, entonces, que la decisión a tomar por la Corte no era, como sucedió, condenar por estos nuevos hechos demostrados en juicio, sino absolver al acusado, dado que, de un lado, la fiscalía no pudo demostrar su hipótesis o teoría del caso y, del otro, la condena por los nuevos hechos representa innegable violación del principio de congruencia.

No quiero detenerme en la definición teórica del tema, pues, doy por sentado, ya se conoce con suficiencia la postura jurisprudencial de la Corte en torno de la naturaleza y efectos de los hechos jurídicamente relevantes, pero sí debo destacar que no se discute su esencia toral en términos de debido proceso y respeto de las garantías de las partes, al extremo de asumirse acuñado que los mismos deben registrarse invariables desde la imputación hasta el fallo, en lo que a su núcleo central compete, sin posibilidad de que



estos puedan ser mutados a lo largo del proceso formalizado, so pena de afectar el principio de congruencia.

Entonces, si en la formulación de imputación y acusación, el fiscal, con un innegable efecto dogmático, afirmó que el procesado disparó al “*aire*” y que el resultado vino consecuencia del “*infortunado azar*”, manifestación fáctica que, como ya dije, representa un claro contenido jurídico, no es posible emitir condena por unos hechos completamente diferentes, en los cuales, se cambia lo trascendente de la imputación, para despejar ahora que el acusado no disparó “*al aire*”, sino directamente al grupo que jugaba al otro lado de la calle.

Es claro que los hechos jurídicamente relevantes y, en particular, la teoría del caso de la fiscalía, han sido desvirtuados.

Pero, además, en términos materiales de afectación al derecho de defensa, se sorprende, sin posibilidad de enmienda, a la parte defensiva, cuando ahora, en el fallo de casación, se dice que lo ocurrido no fue disparar “*al aire*”, sino directamente en contra de los menores, circunstancia de la cual jamás tuvo la oportunidad de defenderse o allegar elementos de prueba en contrario.

Debió la Corte, entonces, acorde con su postura probatoria, absolver al acusado.

Por último, para no hacer farragoso el salvamento, observo, lo digo con inmenso respeto, bastante insuficientes los argumentos que se presentan en el proyecto, para soportar la tesis de que es factible emitir condena, con dolo eventual, por un delito de homicidio, en grado de tentativa.

Ya se conoce de manera suficiente la discusión teórica que durante muchos años ha separado a los doctrinantes, quienes no se ponen de acuerdo en torno de la real naturaleza y componentes del dolo eventual, dada su innegable cercanía con la culpa, en particular, con la llamada culpa consciente.

En este sentido, si desde Welzel se viene diciendo que es este -la distinción entre culpa consciente y dolo eventual-, uno de los grandes retos del derecho penal, y si, además, como se reconoce en el fallo del cual me aparto, la discusión se torna más difícil cuando el asunto deriva hacia los delitos tentados, lo menos que cabría esperar, dada la condición de Corte de casación y no simple instancia que asiste a esta Corporación, es que el tema se desarrolle con la suficiente amplitud, para que se conozcan las tesis enfrentadas y las razones que gobiernan la elección de una de ellas.

De hecho, una de las grandes críticas que se formulan contra la imposición del dolo eventual, como forma de responsabilidad penal, asociada a la misma pena que se consagra en la ley para el dolo directo -como sucede en

Colombia-, estriba en su carácter eminentemente normativo, que se utiliza para obtener una mayor sanción en casos en los que algún sentimiento de justicia repudia la simple condena y condigna sanción inferior en los delitos ejecutados con culpa consciente.

Y, en este mismo sentido, la controversia en torno del elemento de probabilidad, como factor diferenciador entre una y otra categorías en juego, atiende precisamente a su contenido claramente cuantitativo, que no ontológico, a cuyo amparo, entonces, es imposible establecer qué elemento explica que en unos casos no se quiera el resultado y en otros sí, evidente como se hace que el dolo es consciencia y voluntad, así esta última pueda reducirse, que no eliminarse, como incluso lo pregona Roxin.

Destaco, para retomar el hilo de la argumentación, que la labor de la Sala, en sede de casación, no puede limitarse a resolver el caso concreto, aún si se quieren introducir factores de justicia de la decisión, pues, si se trata de asumir estudios dogmáticos profundos, como el que aquí se demanda, se espera de la Corte un verdadero examen de fondo que, en términos de jurisprudencia, sirva de norte a la labor de los jueces, pues, no puede olvidarse, lo aquí postulado servirá de base a las discusiones que en el futuro se planteen en los despachos judiciales sobre el tema en cuestión.

Es por ello que la decisión, reitero, no debe tener como finalidad apenas la resolución del caso concreto, así los hechos despejados produzcan algún tipo de sentimiento que conduzca a aplicar una sanción severa al procesado, por cuanto, si no se tiene la *sindéresis* necesaria, esa solución, que solo aplicaría para éste, se vuelve lugar común para todos los asuntos.

Los jueces y demás intervinientes en el proceso penal necesitan conocer las razones puntuales que gobiernan la teoría adoptada por la Corte, así como las reglas y subreglas que de ella se desprendan, por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad. Incluso, quien no la comparta, debería contar con argumentos suficientes para entender su soporte y poder controvertirlo.

Esos elementos, sin embargo, no se contienen en la decisión de la que me aparto, situación que puede llevar a que, como ha sucedido en otros casos similares, en los cuales se ha preferido solucionar en términos de *“justicia”* un caso estimado aberrante, la postura de la Corte no haya sido aplicada o reiterada por los jueces de la República.

Como es poco lo que puede controvertirse de lo consignado en el fallo de la Sala mayoritaria, dada su generalidad, apenas advierto, en torno de la manera en que pretende solucionarse la dicotomía planteada por los tratadistas respecto del delito tentado y su comisión con dolo

eventual, que la simple remisión a dos normas que regulan aspectos distintos, no puede servir de fórmula de solución.

Esto es, que el artículo 22 del C.P., contemple dos aspectos propios del dolo eventual -probabilidad y desinterés- como susceptible de atribuir en Colombia, a título de dolo, no significa que, entonces, el artículo 27 siguiente, referido al delito tentado, obligue, consagre o permita que este dispositivo amplificador consagre dicha modalidad.

Se trata, es obvio, de normas distintas, con naturaleza y efectos diferentes, que no necesariamente se complementan en todos sus extremos.

Entonces, desde un carácter general, ajeno al artículo 27 en cita, ya de entrada se ofrece problemático, de cara a lo que naturalística y subjetivamente reclama el fenómeno tentado, significar que en un delito necesariamente ejecutado por etapas -huelga reseñar, que en los delitos de mera conducta no es factible pregonar la tentativa-, no existe una intención inicial que se refleje en el resultado y, así, del ejecutor se obliga una especie de dolo directo para realizar algo, pero después, en curso del *iter criminis*, accede otro tipo de voluntad, diferente de la inicial, en la cual se acepta cualquier resultado, distinto del querido, o mejor, del plan trazado inicialmente, para remitir a los términos utilizados por Roxin.

Desde luego que los elementos propios del *iter criminis* -ideación, preparación, ejecución, consumación-, que se reclaman en los delitos que admiten tentativa, son ajenos a la forma de culpabilidad propia del dolo eventual, en los cuales el resultado no se quiere, sino que se admite como probable, por consecuencia de la actividad querida.

Pero, si el fallo del cual me aparto, en efecto, reseña que el artículo 27 contempla como exigencia inescapable, que la persona inicie “*la ejecución de una conducta punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación*”, el asunto se torna insoluble, de cara a lo planteado por la Sala mayoritaria en torno del tipo de voluntad inserta en el dolo eventual, pues, en los términos de Roxín, consignados en la providencia, es claro que la empresa en la cual se ocupa el sujeto es aquella que corresponde a su querer directo -dígase, conducir a alta velocidad, tirar una granada en un establecimiento, etc.- y a ella es a la que se refiere el dispositivo amplificador cuando relaciona los “*actos*” que se empiezan a desplegar, que no terminan en su consumación.

Entonces, acorde con la teoría del dolo eventual, dentro de ese querer teleológico, el sujeto se representa que probablemente se cause una muerte o se afecte a personas distintas de aquellas a las cuales se dirigió el acto y “*decide*” persistir en su acción.

Ese resultado no necesariamente querido, ajeno al que con dolo directo gobierna la acción que se adelanta con varios actos ejecutivos, no puede ser aquel que se consagra en el artículo 27, en tanto, la norma reclama del término “*inequívoco*”, que necesariamente debe asumirse dentro del querer y actos ejecutivos de este.

Para el caso concreto, si se tratase de asumir la aplicación del artículo 27 del C.P., habría que significar que el acusado se representó -conocimiento-, una acción concreta, dígase, disparar armas de fuego, que constituía una finalidad en sí misma -se descarta, cabe destacar, que quisiera, como finalidad específica, dar muerte o lesionar a alguien, dado que en este caso el asunto muta hacia el dolo directo, por obvias razones- y con voluntad plena adelantó las acciones necesarias para obtener su cometido, sólo que en el camino, por razones ajenas a su voluntad, ello no se alcanzó, vale decir, no pudo disparar su arma.

Sin embargo, el caso examinado no refleja esta condición necesaria de la tentativa, pues, lo que no se consumó no es la pretensión o querer del acusado, que efectivamente fue materializada, sino el hecho dañoso que eventualmente -con mayor o menor probabilidad, para acoger los términos del artículo 22 del C.P.- se podía presentar.

Entonces, me pregunto: ¿cuáles son los actos queridos por el acusado que “*inequívocamente*” dirigidos a la

consumación, se pudieron evitar con la intervención de terceros, o mejor, contra su voluntad?.

La única forma de responder esta cuestión, frente a la condena por el delito de tentativa de homicidio, opera a partir de significar que lo querido por el procesado era dar muerte a alguien y que, además, los actos realizados por él estaban dirigidos “*inequívocamente*” a este propósito y no apenas a disparar un arma de fuego, pues, repetimos, lo que se pudo enervar con la intervención de terceros fue la muerte de la menor.

Además, el fallo del cual me aparto no resuelve, ni puede hacerlo, la paradoja que surge de lo consignado en el segundo apartado del artículo 27 tantas veces reseñado, en cuanto, obliga, para determinar que el delito opera bajo la modalidad de tentativa, que el resultado no se produzca “*por circunstancias ajenas a la voluntad*” del actor.

Si el sujeto agente no quería, realmente, dar muerte a alguien en particular, aunque se lo representó como “*probable*” y lo dejó librado al azar, acorde con la condena por dolo eventual, no encuentro manera de señalar, a la par, que la intervención de los médicos, cuando lograron salvar la vida de la afectada, operó contra la “*voluntad*” del procesado.

Entiendo que el término “*voluntad*”, como se lee en algunos escritos de doctrinantes, puede ser usado para



introducir algún tipo de ánimo volitivo en el actuar que se atribuye a título de dolo eventual, diferenciándolo del querer puro y simple.

Sin embargo, basta examinar el contexto del artículo 27, para entender que la voluntad a la cual se refiere la norma no puede ser otra distinta a la que gobernó la decisión de adelantar actos ejecutivos en busca de un fin determinado, dado que sólo esta puede haber sido contrariada, en un plano material y jurídico, por la actuación o hecho que impidió la consumación.

Es por ello que, frente a la posibilidad de adelantar la ubicación de lo ocurrido dentro del fenómeno del dolo eventual, respecto de la tentativa de homicidio, en el fallo del cual me aparto se acude a varios planteamientos, caminando así en la delgada línea que separa el dolo directo del eventual, al punto de eludir reseñar, acorde con la tesis doctrinal que lo ampara, cuál fue el propósito o empresa que quería realizar el acusado, a efectos de determinar cómo en ese cometido, que gobernó su voluntad plena, se introducía a título de resultado probable, que dejó librado al azar, el de dar muerte a la menor.

Entonces, para dar por sentado que el procesado “*conocía*” que el acto de disparar, en concreto, podría generar ese resultado muerte, se acude a unos hechos que por sí mismos explican mejor el dolo directo que el eventual.

En efecto, si se da por sentado que el acusado se hallaba a muy corta distancia del grupo de menores, que jugaba en la acera del frente, que apuntó con su arma a ese grupo y que descargó las seis balas de su revólver, en contra de ese objetivo, no se encuentra ninguna razón objetiva sólida, por mucho ejercicio argumental que se intente, para no atribuir el resultado dañoso a un conocimiento y voluntad expresamente dirigidos a causar la muerte -dolo directo-, pues, se ofrece bastante artificial, en estas circunstancias, sostener que lo representado en la mente del atacante fue apenas la probabilidad de causar ese efecto.

Lo digo con entero respeto, en esas condiciones, no encuentro ninguna explicación diferente a la de querer causar la muerte, para que un adulto, que se supone consciente y conocedor de sus actos y el resultado de los mismos, opte por esgrimir un arma, apuntar contra el grupo de menores cercano y dispare los seis cartuchos contra éstos.

Ahora, que no se conozca de razón suficiente para que el procesado quisiera causar la muerte a algún menor, lejos de incidir favorablemente en la tesis del dolo eventual, advierte que la investigación no se adelantó de forma adecuada, o mejor, que los hechos entendidos como probados no se corresponden con lo ocurrido.

El fallo del cual me aparto dice, apenas, que la “*interpretación razonable*” de lo ocurrido, impide atribuir al querer del procesado la muerte de los menores.

Empero, se echa de menos una “interpretación razonable” que explique por qué, si no quería matarlos o lesionarlos, disparó contra ellos, en seis ocasiones, a tan corta distancia.

Para finalizar, la sentencia obvia examinar, por qué, en este caso, es posible despejar la causal de agravación dispuesta en el numeral 7° del artículo 104 del C.P., que se incluyó en la sanción ordenada.

Sobra anotar que las causales de agravación reclaman de un doble contenido -objetivo y subjetivo-, que demanda, no sólo verificar la condición de indefensión de la víctima, sino el conocimiento cabal, por parte del acusado, de que ello ocurre y la decisión de valerse de dicha circunstancia, para consumar el delito.

No entiendo cómo ello puede despejarse en este caso, cuando se dice que el procesado no quería matar a la menor.

De los señores Magistrados,



**DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN**

**Magistrado**

Fecha *Ut supra*.



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

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Casación 55250

Con el acostumbrado respeto, a continuación se expondrán las razones por las que considero que la Sala, en la decisión emitida el cuatro de octubre del año en curso, debió decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, en lugar de abstenerse de casar el fallo confutado.

Lo anterior, sin perjuicio de los reparos que merece lo que se presenta como desarrollo jurisprudencial en materia de dolo eventual y su compatibilidad con el dispositivo amplificador previsto en el artículo 27 del Código Penal.

Igualmente, se hará alusión a los yerros en la valoración de las pruebas, para concluir que, en todo caso, el procesado no podía ser condenado en los términos expuestos en la postura mayoritaria.

### **1. La gravedad del caso y la vigencia del debido proceso**

Se sabe que en el lugar y fechas indicados en la postura mayoritaria, el procesado, en estado de embriaguez, accionó un arma de fuego, como solía hacerlo cuando se dedicaba a la

ingesta de licor. Se conoció, igualmente, que en ese contexto resultó gravemente lesionada una niña, quien fue impactada por uno de los proyectiles.

La gravedad de estos acontecimientos no se discute. Tampoco, que los múltiples errores cometidos por la Fiscalía impidieron adelantar un proceso como es debido. Por ahora, basta con destacar que los yerros en materia probatoria impidieron la condena por el delito previsto en el artículo 365 del Código Penal, ya que ni siquiera pudo aportarse la certificación de que el procesado no tenía autorización para portar el arma de fuego.

Sin embargo, ni la gravedad de los hechos ni la “*injusticia*” derivada del mal proceder de la Fiscalía pueden conducir a la emisión de una condena a como dé lugar.

Ello no es aceptable de los jueces de instancia, por su sujeción al ordenamiento jurídico, lo que se erige en piedra angular del Estado de derecho, y por su compromiso con la protección de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política y en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia.

El compromiso con los derechos y garantías previstos en el bloque de constitucionalidad encuentra su máxima prueba en casos como el presente. Ante el repudio que generan este tipo de acciones y resultados, no es extraño que las víctimas, el

vecindario, e incluso los medios de comunicación y otros actores sociales, clamen por medidas extremas, por el “*máximo castigo*”.

Bajo esas condiciones, la figura del juez se erige en el fiel de la balanza, para mantener el equilibrio entre la conducta punible y la sanción que debe imponerse, así como para garantizarle al procesado, y, por esa vía, a todo el conglomerado social, la vigencia del debido proceso.

Lo anterior se espera de los jueces de instancia, y, con mayor razón, del tribunal de casación, por las razones expuestas en los párrafos anteriores y por su función constitucional y legal de esclarecimiento y unificación, de lo que depende, en buena medida, la materialización de dos aspectos medulares de un Estado constitucional de derecho: la seguridad jurídica y la igualdad.

## **2. La delimitación de la premisa fáctica**

A lo largo de la actuación se han tejido múltiples hipótesis sobre las circunstancias que dieron lugar al herimiento de la víctima.

En la fase de preparación del juicio oral, la Fiscalía, obviamente basada en las entrevistas y demás información recopilada, estructuró una “*teoría del caso*”, que se plasmó de la siguiente manera en las audiencias de imputación y acusación:

*Los hechos tienen ocurrencia el 8 de diciembre de 2016 a las 3:30 horas aproximadamente, en la transversal (...), cuando la menor víctima S.A.G.G. se encontraba jugando en la calle con otros niños, frente a la casa donde se encontraba su papá, cuando el señor JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ salió de la casa y empezó a **disparar al aire, con la desdicha que uno de estos disparos impacta la humanidad de la menor A.G.G.***

*(...)*

*Con fundamento en lo anterior y con base en los elementos materiales probatorios allegados a la actuación, esta Fiscalía acusa formalmente al señor JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ por los delitos de homicidio agravado doloso en grado de tentativa en concurso con el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, artículos 103, 104 –numeral 7 indefensión-, 27, 31 y 365 del C.P.*

Esta postura fue reiterada en los alegatos de conclusión durante el juicio oral.

Por su parte, el Juzgado se refirió a dos hipótesis factuales. En el acápite de los hechos, reiteró lo expuesto por la Fiscalía en la acusación, esto es, que HERNÁNDEZ ALCARAZ disparó al aire, “**con la desdicha que uno de estos disparos impacta la humanidad de la menor A.G.G.**”. Sin embargo, al abordar el estudio de las pruebas dio por sentado que el procesado dirigió el arma hacia los menores que departían en la calle y, así, lesionó a la niña en mención. Concluyó que el procesado actuó con dolo eventual, esto es, que previó que con su conducta podía afectar la vida o la integridad personal de los menores y dejó la no producción del resultado librada al azar.

Por su parte, el Tribunal adoptó la tesis de que el procesado dirigió el arma en contra de los menores y les disparó en varias ocasiones, por lo que concluyó que actuó con dolo directo.

Ahora, la postura mayoritaria de la Sala presenta una nueva hipótesis factual, con las siguientes características:

En el acápite de los hechos, señaló:

- 1. Aproximadamente desde las siete de la noche de 7 de diciembre de 2016 hasta las cuatro de la madrugada del día siguiente, JOHN JAIRO HERNÁNDEZ ALCARAZ consumió licor con varios amigos y parientes, en el andén de su vivienda, ubicada en el barrio Marco Fidel Suárez de la ciudad de Bogotá. Mientras tanto, tres niñas familiares de los adultos jugaban en la acera de enfrente.*
- 2. Minutos antes de las cuatro de la madrugada, como era su costumbre cuando se embriagaba, HERNÁNDEZ ALCARAZ le pidió a la compañera permanente que le entregara su revólver y disparó seis cartuchos seguidos, en dirección al lugar en el que se jugaban las menores de edad. Uno de los proyectiles impactó el cuerpo de S.A.G.G., de 11 años e hija de uno de los amigos que departía con quien accionó el arma. El proyectil ingresó por el hombro derecho de la niña y salió por la cara anterior de su hombro izquierdo. La atención médica oportuna evitó la muerte de la víctima.*
- 3. Las lesiones causadas dieron lugar a una incapacidad médico legal de 40 días, así como a una deformidad física de carácter permanente.*



Como bien se observa, en ese acápite se adopta la hipótesis de que el procesado dirigió el arma hacia el lugar donde estaban las tres niñas y “*disparó seis cartuchos seguidos*”. Sin embargo, los hechos jurídicamente relevantes correspondientes al elemento subjetivo fueron expuestos en otros acápites del proveído.

En efecto, más adelante se desvirtúa lo expuesto por el Tribunal en el sentido de que el procesado actuó con “*dolo directo*”.

En lugar de ello, a partir de la información suministrada por el padre de la víctima, se concluyó que HERNÁNDEZ ALCARAZ no quería lesionar o causarles la muerte a las menores. Sin embargo, decidió realizar la acción peligrosa, previendo que podía causar la muerte de otra persona, y dejó librada al azar la no producción del resultado.

De este recuento se desprenden dos situaciones claramente trasgresoras del debido proceso.

### **2.1. La falta de claridad de los cargos formulados por la Fiscalía**

En la imputación y la acusación, la Fiscalía hizo énfasis en que el procesado “*disparó al aire*” y “*tuvo el infortunio*” o “*la desdicha*” de que uno de los proyectiles impactó el cuerpo de la víctima.

Ante esa realidad, resulta imperioso establecer si, de esa manera, la Fiscalía cumplió su deber de exponer de forma clara los hechos jurídicamente relevantes.

Acorde con la pacífica jurisprudencia de la Sala, son hechos jurídicamente relevantes los que pueden subsumirse o enmarcarse en una determinada norma penal.

Visto de otra manera, la acusación, como acto comunicacional, materializa la “*garantía judicial mínima*” prevista en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, atinente a la “*comunicación previa y detallada de la acusación*”, de lo que depende el ejercicio de la defensa.

Esta garantía tiene un notorio desarrollo legal y jurisprudencial en Colombia. Igualmente, tiene un amplio reconocimiento en la cultura jurídica occidental. Así, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos la consagra prácticamente en los mismos términos (art. 6°). Igualmente, también a manera de ejemplificación, el ordenamiento procesal de Puerto Rico consagra la obligación de incluir en la acusación los hechos constitutivos de la infracción penal e incluye el derecho del procesado a cuestionar el llamamiento a juicio cuando la acusación no versa sobre un delito.

Lo anterior es así, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la acusación conlleva complejas cargas para el ciudadano, por lo resulta razonable que únicamente proceda por hechos que correspondan a uno o varios de los delitos previstos en el ordenamiento penal; y (ii) la posibilidad de ejercer la defensa depende inexorablemente del conocimiento oportuno de los aspectos fáctico y jurídico de los cargos.

En todo caso, por mucho que se flexibilice el deber de la Fiscalía de exponer de manera sucinta y clara los hechos jurídicamente relevantes, esa actividad solo podrá ser acorde a los referidos tratados internacionales sobre derechos humanos y a las normas internas que los desarrollan, si la Fiscalía alude a unos hechos que correspondan a uno o varios delitos en particular.

A la luz del anterior marco conceptual, es claro que, en este caso, la Fiscalía no cumplió con la obligación de comunicar adecuadamente los cargos, toda vez que: (i) el hecho de *“disparar al aire”* y *“tener el infortunio de que una de los proyectiles impacte a alguien”* no encaja en ningún tipo penal; (ii) aunque calificó los hechos como tentativa de homicidio con dolo eventual, la Fiscalía no incluyó los referentes factuales de los principales elementos de esta modalidad, entre ellos, la previsibilidad del resultado y la decisión de dejar su no producción librada al azar; y (iii) de hecho, la relación de hechos podría ser más compatible con un delito culposo, aunque tampoco fue estructurado en debida forma.

Bajo estas condiciones, los jueces (*de control de garantías y de conocimiento*) estaban en la obligación de ejercer las respectivas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpliera con su deber de hacer la imputación y la acusación según lo establecido en el ordenamiento jurídico. Más puntualmente, tenían el deber de garantizar que el acusador presentara los hechos jurídicamente relevantes de manera sucinta y clara.

Por tanto, los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la hipótesis factual, aunados a la inacción de los jueces, dieron lugar a la trasgresión del debido proceso, toda vez que el procesado no tuvo la oportunidad de conocer oportunamente los hechos relevantes a la luz del derecho penal vigente, que justificaran su vinculación al proceso.

Acorde con la copiosa jurisprudencia de la Sala sobre esta materia, lo procedente era decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de imputación, inclusive, para que la Fiscalía adelantara su labor como es debido.

La acusación es mucho más deficitaria en lo que concierne a la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal.

Efectivamente, si la hipótesis se redujo a que el procesado **disparó al aire**, no se avizora ningún hecho atinente a la indefensión en que se encontraba la niña que fue impactada por

uno de los proyectiles, ni, mucho menos, se hizo alusión a que el procesado conociera esa situación y haya querido aprovecharse de ella. De hecho, la hipótesis por la que optó la Fiscalía descarta los elementos objetivos y subjetivos de la circunstancia de agravación, ya que la misma consiste en que el procesado “disparó al aire” y no a alguien en particular.

Lo anterior, en contravía del amplio desarrollo jurisprudencial acerca de la obligación de considerar estos aspectos en los juicios de imputación y acusación (*en lo que atañe al fiscal*), así como en la sentencia. Para ilustrar sobre el particular, resulta suficiente lo reiterado en la decisión CSJSP2896, 12 agos 2020, Rad. 53596:

*De tiempo atrás la Sala ha hecho hincapié en la importancia de delimitar los elementos estructurales de las causales de agravación, lo que permite comprender las razones de la imposición de una pena mayor. Ello adquiere mayor relevancia en casos como el que se analiza, habida cuenta de que el legislador dispuso un incremento de casi el 100% de la pena –en su extremo mínimo– cuando el homicidio se comete bajo alguna de las circunstancias previstas en el artículo 104 del Código Penal, pues el homicidio simple tiene asignada la pena de 208 a 450 meses de prisión, mientras que para el homicidio agravado está prevista la de 400 a 600 meses.*

(...)

*En múltiples ocasiones esta Corporación se ha referido a la necesidad de verificar los presupuestos que justifican el incremento de las penas en virtud de la aplicación de circunstancias de agravación. Por ejemplo, ha resaltado que para aplicar el agravante consagrado en el artículo 365 del Código Penal (numeral 1º), debe demostrarse, en cada caso, que la utilización del medio motorizado implicó un mayor riesgo para la seguridad pública (CSJSP, 12 mayo 2012, Rad. 32173, entre muchas otras). Ello se ajusta al amplio desarrollo realizado por la Corte Constitucional acerca del principio de proporcionalidad y de la protección de bienes jurídicos como justificación del daño inherente a la sanción penal (C-297 de 2016, entre muchas otras). Lo*

*anterior, sin perjuicio de las implicaciones de la presunción de inocencia, entre las que sobresale la carga para el Estado de demostrar los presupuestos de la sanción penal.*

*En lo que respecta a la circunstancia de agravación prevista en el numeral 7º del artículo 104 del Código Penal, la Sala ha resaltado que esta norma consagra cuatro eventos diferentes, lo que implica que la Fiscalía, al realizar el juicio de acusación, y el juez, al emitir la sentencia, deben precisar en cuál de ellos se subsume la hipótesis factual debidamente planteada. Sobre el particular, en la decisión CSJSP, 1 jul 2020, Rad. 56174, reiteró que la referida norma se refiere a: “(i) indefensión ocasionada por el agresor; (ii) inferioridad producida por el atacante; (iii) indefensión preexistente, de la cual se aprovecha el victimario; y (iv) inferioridad preexistente, aprovechada por el ofensor”.*

*(...)*

*En todo caso, no basta con que en la acusación y en la sentencia se indique con precisión el fundamento normativo de la circunstancia de agravación (una de las cuatro modalidades atrás descritas). Es imperioso que en la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes de la acusación, y en los hechos declarados en la sentencia, se incluyan los aspectos que encajan en cada uno de los elementos estructurales de la causal elegida.*

*Lo anterior es imperativo en la acusación, entre otras cosas porque: (i) el procesado tiene derecho a conocer los hechos por los que es llamado a responder penalmente, para la adecuada preparación de su defensa; (ii) los hechos jurídicamente relevantes incluidos en la acusación determinan muchas de las decisiones que deben tomarse a lo largo del proceso, entre ellas, las atinentes a la pertinencia de las pruebas solicitadas por las partes; y (iii) los hechos de la acusación delimitan el marco decisional del juez, en virtud del principio de congruencia.*

*Y también lo es en la sentencia, por diversas razones, entre las que se destacan: (i) la misma debe contener una explicación clara de las premisas fáctica y jurídica de la decisión, de lo que depende en buena medida su legitimidad; y (ii) es un requisito indispensable para que el procesado pueda ejercer la contradicción, a través de los recursos procedentes.*

*Finalmente, los referentes fácticos de cada uno de los elementos estructurales de la causal de agravación se integran al tema de prueba, y su demostración, en el estándar dispuesto para la condena (art. 381 de la Ley 906 de 2004), corre a cargo de la Fiscalía General de la Nación. Lo anterior es así, entre otras cosas porque: (i) las circunstancias de agravación conllevan consecuencias punitivas considerables; (ii) frente a ellas, así como frente al delito base, el procesado goza de la presunción de inocencia; y (iii) es una consecuencia inherente al sistema de tendencia acusatoria, que radica en la Fiscalía la carga de demostrar los presupuestos factuales de la condena.*

## **2.2. La violación del principio de congruencia**

Si se pasara por alto lo anterior, es claro que la condena no podía emitirse por los hechos referidos en la postura mayoritaria.

No puede pasar desapercibido que el Juzgado, el Tribunal y la Corte presentan diferentes hipótesis factuales, lo que confirma la deficiente estructuración de la premisa fáctica a lo largo de la actuación.

Recuérdese que el Juzgado, en el acápite de los hechos, dio por probada la versión de la acusación (el procesado disparó al aire), pero a lo largo del proveído aseguró que el procesado disparó directamente a las niñas, aunque descarta que haya actuado con la intención de lesionarlas o matarlas.

A su turno, el Tribunal dio por probado que el procesado les disparó en varias ocasiones a las menores con el propósito de matarlas (dolo directo).

Por su parte, la Sala asegura que el procesado disparó “*hacia el lugar donde estaban las niñas*”, pero no con la intención de matarlas, aunque dicho resultado era previsible y su no producción fue dejada al azar.

En todo caso, las posturas por las que finalmente optaron el Juzgado, el Tribunal y la Corte son notoriamente diferentes a la expuesta por la Fiscalía en la acusación.

La premisa fáctica de la condena, según la Corte, tiene los siguientes elementos estructurales: (i) el procesado disparó hacia el lugar donde estaban las tres niñas; (ii) disparó en seis ocasiones sin solución de continuidad (“*en ráfaga*”); (iii) el procesado previó que con ello podía causar la muerte de una persona; (iv) sin embargo, realizó la conducta y dejó la no producción del resultado librada al azar; y (v) la muerte de la víctima no se produjo por la oportuna atención médica.

Esta descripción fáctica no guarda correspondencia con los hechos incluidos en la acusación, cuyos principales elementos son los siguientes: (i) el procesado disparó al aire; y (ii) tuvo el infortunio o la desdicha de que uno de los proyectiles impactó a la víctima.



Sin mayor esfuerzo se advierte que la acusación no contenía unos cargos establecidos con una mediana claridad. Igualmente, que ese vacío fue llenado paulatinamente por los juzgadores, con las variaciones ya anotadas. Esto es, en este caso se conjugaron los roles de acusador y juzgador, ya que ni el Juzgado ni el Tribunal se ciñeron a los hechos expuestos por la Fiscalía en la acusación. Ambos crearon sus propias teorías factuales, que ni siquiera coinciden entre sí.

Nada distinto se observa en la postura mayoritaria. De hecho, no se le destinó ni una línea a referir los términos de la acusación, a pesar de la concurrencia de hipótesis factuales. Simplemente, se optó por una novedosa teoría fáctica, sin evaluar su viabilidad jurídica a la luz del principio de congruencia.

Lo anterior implica la trasgresión de lo establecido en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, porque se emite la condena por hechos no incluidos en la acusación.

A la luz de las garantías judiciales mínimas previstas en el artículo 6° de la CADH y el artículo 14 del PIDCIP, replicados y desarrollados en los artículos 8° , 288, 337 y 448 de la Ley 906 de 2004, el procesado fue puesto en indefensión, ya que fue acusado por “*disparar al aire*” y por tener el “*infortunio de que uno de los proyectiles impactó a la víctima*”, y fue condenado por haberles apuntado y disparado a las niñas en seis ocasiones, haber previsto que con ello podía causar la muerte de una

persona y, finalmente, porque dejó librado al azar la no producción del resultado.

A esta altura, debe retomarse lo expuesto al inicio del presente salvamento, en el sentido de que no se discute lo reprochable que resulta que un ebrio dispare un arma y hiera a una niña. Ello, agravado por las omisiones que impidieron la condena por el delito de porte ilegal de armas.

Sin embargo, ello no justifica la edificación de una condena a como dé lugar. No torna ajustado al ordenamiento jurídico el que los jueces, cada uno a su manera, asuman el rol de acusador y construya su propia teoría del caso, con notorias diferencias en los planos objetivo y subjetivo.

### **3. Los yerros en la valoración probatoria**

Incluso si se aceptara, en contra de la evidencia, que no se presentaron las dos formas de violación del debido proceso indicadas en los numerales anteriores, la condena no podría emitirse por el delito de tentativa de homicidio en la modalidad de dolo eventual.

En la postura mayoritaria, se plantea que únicamente existen dos hipótesis sobre la forma como resultó lesionada la víctima: (i) el procesado disparó al aire (*o sea, hacia arriba*) y pudo impactar a la niña porque ésta estaba tendida en el pavimento;

o (ii) el procesado les apuntó a las menores e hirió a una de ellas.

Finalmente, se da por sentado que el procesado dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde se encontraban las niñas y les disparó repetidamente, en seis ocasiones. Igualmente, que a la víctima y el procesado los separaba la calle, esto es, que estaban en las aceras opuestas.

Para arribar a esta conclusión, se le otorgó plena credibilidad a lo expuesto por el padre de la víctima, principalmente porque encuentra respaldo en la ubicación de la lesión sufrida por la niña.

La anterior conclusión es producto del análisis fragmentario de la prueba. En efecto, se dejaron de considerar aspectos relevantes, que permiten establecer la existencia de duda razonable frente a las hipótesis factuales adoptadas por los juzgadores de instancia, como también frente a la expuesta en la postura mayoritaria.

Además, se plantea un falso dilema, porque no es cierto que las hipótesis se reduzcan a las dos enunciadas en precedencia. Efectivamente, las notorias falencias en la investigación y en la práctica probatoria impiden descartar otras hipótesis igualmente plausibles, entre las que se destaca la posibilidad de que el procesado haya disparado al aire (*hacia arriba*), pero, por

su ebriedad, haya realizado otro disparo cuando bajaba el brazo.

Esta hipótesis alternativa permite explicar diversos aspectos, entre ellos: (i) a pesar de la corta distancia, del número de disparos que realizó y de la pluralidad de niños que compartían en la acera, solo uno de los proyectiles impactó a uno de los menores; (ii) el padre de la víctima estaba junto al procesado y, según dice, lo vio cuando dirigió al arma hacia las pequeñas, lo que impide entender por qué no hizo algo para evitar el atentado; y (iii) no se aportaron datos orientados a establecer a dónde fueron a parar los otros disparos (*en la puerta, la venta o la fachada de las residencias ubicadas en la zona*), pues no puede perderse de vista que los hechos ocurrieron en un barrio de la ciudad de Bogotá y no en un despoblado.

Para explicar de mejor forma lo anterior, se hace necesario un recuento de lo sucedido durante la práctica probatoria en el juicio oral:

En primer término, la víctima hizo alusión a varios aspectos que no son objeto de discusión: (i) esa madrugada, su padre estaba ingiriendo licor con “*el Mono*”, como se le conocía al procesado; (ii) este se encontraba más embriagado que su padre; (iii) en el sitio también estaban la compañera sentimental de HERNÁNDEZ ALCARAZ, una hija de esta, quien, a su vez, estaba con sus tres descendientes; y (iv) hubo agresiones físicas a raíz de estos hechos, en las que se vieron involucrados su padre y el procesado.

Tras señalar que la amistad entre su progenitor y el procesado llegó a su fin por lo que este le hizo, el interrogatorio transcurrió de la siguiente manera:

- **Pregunta:** *¿qué fue lo que él te hizo?*
- **Testigo:** *me disparó.*
- **Pregunta:** *nena, de una manera organizada y detallada cuéntanos ¿cómo fue que paso eso? ¿Qué fue lo que sucedió ese día?*
- **Testigo:** *yo estaba jugando con mis hermanos con (ininteligible) y Jeanpierre y ellos entraron a jugar Xbox y yo me fui para donde mi papá que estaba donde el Mono, y entonces yo me puse a jugar con las niñas de él y después, él estaba tomando ahí con mi papá y yo estaba con las otras niñas y el me disparó.*
- **Pregunta:** *¿Cuándo el Mono te disparó, el en qué lugar estaba?*
- **Testigo:** *al frente de donde yo estaba.*
- **Pregunta:** *¿al frente de donde tu estabas qué hay?*
- **Testigo:** *otra casa.*
- **Pregunta:** *mi amor, nos contaste que estabas con Mayerly, con el Mono, con la Gorda, en el momento que te disparó el Mono tu estabas con las niñas de él, ubícanos, ¿dónde estaba cada persona y qué estaba haciendo?*
- **Testigo:** *la Gorda estaba al frente de donde yo estaba, con el esposo. Mayerly y el esposo estaban en la camioneta. Mi papa estaba hablando con el esposo de Mayerly por fuera de la camioneta. Y las niñas estaban conmigo, al frente de la casa.*
- **Pregunta:** *¿las niñas estaban jugando sobre la carretera o sobre el andén?*
- **Testigo:** *en el andén.*
- **Pregunta:** *¿y el Mono en qué parte estaba cuando disparó?*
- **Testigo:** *cerquita de la puerta.*
- **Pregunta:** *¿cerquita de la puerta de quién?*
- **Testigo:** *de la casa de el.*
- (...)
- **Pregunta:** *¿tu cómo te diste cuenta de que estabas herida?*

- **Testigo:** *porque mi camisa ya estaba untada de sangre.*
- **Pregunta:** *¿y qué hiciste?*
- **Testigo:** *Fui donde mi papá a decirle.*
- **Pregunta:** *¿y tu papá qué hizo?*
- **Testigo:** *mi papá me alzó, dio la vuelta y me subió a la camioneta que había ahí y entonces el le dijo al Mono que por qué me hacía eso y entonces después, el como que cuando me disparó le dio la pistola a guardar a la Mona y después la Mona se la volvió a pasar, y el Mono le apuntó acá en la barriga a mi papá.*
- **Pregunta:** *¿tu viste el momento exacto en que la Gorda le pasa el arma al Mono?*
- **Testigo:** *sí señora.*
- **Pregunta:** *¿y esa arma cómo es?*
- **Testigo:** *negra, es que no se como era el tamaño, pero sí vi cómo era el arma, era negra.*
- (...)
- **Pregunta:** *¿qué pasó cuando el Mono le puso el arma en el estómago a tu papá?*
- **Testigo:** *la Mona se atravesó, y mi papá le pegó una cachetada a la Mona.*
- **Pregunta:** *¿y el arma que tenía el Mono la disparó contra el papá?*
- **Testigo:** *no, solo cuando me hirió a mí.*
- **Pregunta:** *¿tu recuerdas qué decía el Mono?*
- **Testigo:** *trataba mal a mi papá*
- **Pregunta:** *¿y a ti te decía algo?*
- **Testigo:** *no.*
- (...)
- **Pregunta:** *¿tu sabes cuánto tiempo llevaban tomando tu papa y el Mono?*
- **Testigo:** *como desde las 7 de la noche hasta las 4 de la mañana.*
- **Pregunta:** *nena ¿y ahí en la calle, donde ustedes estaban, había más niños, más personas?*
- **Testigo:** *no, señora.*
- (...)

- **Pregunta:** *¿tu dijiste lo que te dijo Mayerly que dijeras en el hospital, que habías sido herida en un taxi?*
- **Testigo:** *sí, señora.*
- **Pregunta:** *¿a quién se lo dijiste?*
- **Testigo:** *era como una doctora.*
- (...)
- **Pregunta:** *tú nos contaste que viste el arma cuando el Mono se la dio a la Gorda. ¿Le viste el arma a alguna otra persona o viste alguna otra persona con arma?*
- **Testigo:** *pues a la Mona que se lo pasó y al Mono.*
- (...)
- **Pregunta:** *¿Cuándo tu fuiste herida pasó algún carro o algún vehículo por ahí?*
- **Testigo:** *no, señora.*

Del contrainterrogatorio, es relevante lo siguiente:

- (...)
- **Pregunta:** *¿tu viste el arma antes de ser herida o después de que te hirieron?*
- **Testigo:** *yo la vi cuando el, ¿cómo así?, o sea... yo la vi cuando el me disparó y cuando le apuntó a mi papá.*
- **Pregunta:** *¿y el le apuntó a tu papá antes de que te hiriera a ti o después? O sea, ¿primero te disparó a ti y después le apuntó a tu papá o al contrario?*
- **Testigo:** *como tu dijiste de primeras*
- **Pregunta:** *¿o sea, primero te disparó a ti y después vistas que le apuntó a tu papá?*
- **Testigo:** *sí, señora.*

Durante el *redirecto*, también por conducto de la psicóloga, la Fiscalía indagó por lo siguiente:

- **Pregunta:** *¿Cuando el Mono te disparó, el dirigió el arma hacia ti o disparó hacia otro lado?*
- **Testigo:** *hacia mi*
- **Pregunta:** *¿tú sabes por qué te dirigió el arma hacia ti y por qué te disparó?*
- **Testigo:** *no, señora.*
- **Pregunta:** *¿hubo alguna discusión antes de qué el Mono te disparara?*
- **Testigo:** *no señor*

A continuación, declaró el padre de la víctima, Germán Garzón Piñeros. Luego de un prolongado reclamo al fiscal por haber propiciado su privación de la libertad, según él sin pruebas, se refirió a los festejos que adelantaban desde la noche del siete de diciembre hasta la madrugada del día siguiente, en el que, además de él, participaban su amigo el Mono, la compañera de este y otras personas. Cuando se le indagó por las circunstancias que rodearon el herimiento de su hija, manifestó lo siguiente:

- **Fiscal:** *¿qué estaban tomando?*
- **Testigo:** *cerveza.*
- **Fiscal:** *¿desde qué horas?*
- **Testigo:** *no sé, toda la noche, 7 y media de la noche o antes.*

(...)

- **Fiscal:** *usted dice que estaban tomando cerveza, ¿cómo resulto herida la niña que usted dice, su hija? ¿Cómo resultó herida?*
- **Testigo:** *el señor John Jairo Alcaraz saca el revólver y arremete contra las tres niñas y la herida, pues, salió fue mi hija, así salió herida la niña, que las otras tres no salieran heridas fue de buenas, ¿no? Las otras dos niñas, perdón.*



- **Fiscal:** ¿cuándo dice que John Jairo Alcaraz arremete contra las tres niñas y resulta herida su hija, indíquenos por favor o explíquenos donde estaba John Jairo Alcaraz y dónde estaban?
- **Testigo:** cerquita, estaba al lado mío. El tenía un revólver blanquito, así pequeño, un Llama, que le pasó la señora Nora, ella es la que le guarda las armas. Yo al ver herida a la niña, yo le pegó un puño a la señora Nora, rompiéndole la nariz, yo le rompí la nariz, yo le pegué un puño a la señora al ver herida a la niña y subo a la niña y se la llevó a mi hermana a que la lleve al médico, pa' yo quedar esperando al señor, pa' que no se fuera u otra cosa.
- **Fiscal:** pero vamos al momento en que usted dice que usted estaba cerca a John Jairo y dice que arremete, el estaba cerca a usted, ¿a qué distancia?
- **Testigo:** cerquita, un metro.
- **Fiscal:** ¿y las niñas dónde estaban?
- **Testigo:** al frente a la casa, con las otras dos niñas.
- **Fiscal:** al frente a la casa, ¿allí hay andén? ¿Estaban sobre el andén o sobre la carretera?
- **Testigo:** nosotros estábamos sobre el andén, la niña estaba al frente, que la niña me dice que quería hacer una hoguera porque era el día de las quemas, "déjame hacer papito la última quema", porque yo ya le había dicho que fuéramos para la casa, entonces la niña decía: "no papito, déjame hacer la última quema con las nenas", y yo le dije no y ella me dice: "porfa, sí pa, porfa, porfa, porfa", y la niña fue hacer la quema, el saca el revólver y le dispara a la niña, sin justa razón porque igual los dos éramos amigos, ¿comprende? Los dos éramos amigos y hasta el momento de los hechos éramos amigos, no es que hubiéramos sido enemigos o hubiéramos sido, nada que ver, éramos amigos.
- **Fiscal:** ¿el estaba cerca a usted? Y ¿a qué distancia estaban las niñas?
- **Testigo:** estaban, no sé, de andén a andén, no sé, dos metros.
- **Fiscal:** ¿usted esta señalando la ventana del Juzgado?
- **Testigo:** a la puerta el Juzgado.
- **Fiscal:** ¿eso qué distancia es más o menos
- **Testigo:** no sé.

- **Fiscal:** ¿qué dijo John Jairo antes de disparar hacia donde estaban las niñas?
- **Testigo:** nada, nada.
- **Fiscal:** estaban otras dos niñas jugando con su hija, ¿esas dos niñas son nietas de la señora Nora, sí o no? Dígalo, es que tiene que quedar grabado. ¿Son nietas de la señora Nora?
- **Testigo:** son nietas de la señora Nora.
- **Fiscal:** ¿y la señora Nora es la esposa de?
- **Testigo:** de John Jairo Alcaraz.
- **Fiscal:** ¿también son nietas de él?
- **Testigo:** no  
(...)
- **Fiscal:** después de que disparó hacia donde estaban las niñas, ¿dijo algo el ciudadano John Jairo?
- **Testigo:** iba a arremeter contra mí cuando yo le pegué a la señora Nora, no sé el apellido, me dijo palabras malas porque yo le pegué a ella, a mí lo que me importaba era la niña, entonces yo quería llevar la niña al hospital, la señora no deja, entonces la empujó y le pegó un puño en la cara...
- **Fiscal:** ¿usted sabe el motivo de por qué el señor John Jairo dispara hacia donde están las tres niñas?
- **Testigo:** no sé por qué razón.
- **Fiscal:** ¿Cuántas veces disparó?
- **Testigo:** todo el revolver.
- **Fiscal:** ¿usted conocía ese revólver con anterioridad?
- **Testigo:** no.
- **Fiscal:** si dice todo el revólver, ¿puede decir cuántos disparos fueron?
- **Testigo:** pues van seis tiros en ráfaga.
- **Fiscal:** ¿Cuándo dice seis tiros en ráfaga quiere decir seguidamente?
- **Testigo:** seguidamente.
- **Fiscal:** ¿esos tiros que realiza John Jairo hacia donde apunta el arma?
- **Testigo:** a donde están las niñas, doctor.
- **Fiscal:** ¿les dispara a ellas?

- **Testigo:** *sí, porque estaban junticas, la que estaba de malas era mi niña.*
- **Fiscal:** *¿mientras disparaba decía algo?*
- **Testigo:** *no.*

Ante el evidente cambio de versión del testigo, el fiscal optó por impugnar su credibilidad. Para tales efectos, le puso de presente su entrevista anterior.

- **Fiscal:** *usted nos acaba de señalar que el ciudadano John Jairo Hernández Alcaraz, dirigió el arma y la disparó en contra de tres menores, tres niñas, lo acabó de decir ¿verdad?*
- **Testigo:** *sí, señor.*
- **Fiscal:** *¿Yo ya le dije que si usted había presentado una entrevista?*
- **Testigo:** *sí, señor.*
- **Fiscal:** *¿y allí había contado los hechos?*
- **Testigo:** *sí, señor.*
- **Fiscal:** *¿qué si firmó la entrevista?*
- **Testigo:** *sí, señor.*
- **Fiscal:** *bien. ¿Si yo le pongo ese documento de presente usted podría reconocer su firma?*
- **Testigo:** *obvio.*
- **Fiscal:** *señora juez, le agradezco que me permita ponerle de presente una entrevista al ciudadano testigo **con el fin de impugnarle su credibilidad.***
- **Juez:** *previo traslado señor fiscal.*
- (...)
- **El testigo leyó el contenido de la entrevista:** *“haga un relato claro y preciso de los hechos materia de investigación donde resultó herida su hija menor de 11 años. Respondió: yo estaba tomando con el Mono y su familia y la niña llegó allí y yo seguí tomando y la niña se quedó jugando con las nietas de la esposa del Mono. El Mono tenía un revólver blanco y se **acercó y empezó a disparar al aire cuando yo vi la niña herida**”.*

- **Fiscal:** *¿a dónde estaba disparando, perdón que no escuché?*
- **Testigo:** *al aire. Como no me dejaban cogerla yo empujé a la esposa del Mono y el me puso el revólver en la barriga, yo llamé a mi hermana para que llevara a la niña al hospital y me quedé esperando.*
- **Fiscal:** *tenga la bondad y nos señala la fecha de esa entrevista, se la voy a resaltar.*
- **Testigo:** *veo muy borroso.*
- **Fiscal:** *lo que alcance a ver.*
- **Testigo:** *16/06/2017.*
- *(...).*
- **Fiscal:** *vuelvo y le pregunto ¿usted había visto a este ciudadano John Jairo Hernández disparar con anterioridad, es decir en otro evento diferente al que la fecha que salió lesionada su hija?*
- **Testigo:** *el siempre dispara.*  
*(...)*
- **Fiscal:** *vuelvo y le pregunto, ¿usted había visto al ciudadano John Jairo Hernández Alcaraz disparar con anterioridad a la fecha en que fue herida su hija?*
- **Testigo:** *sí he visto disparar.*
- **Fiscal:** *¿al ciudadano John Jairo? ¿Por qué motivos?*
- **Testigo:** *el se enloquece tomando y siempre echa tiros.*
- **Fiscal:** *¿a alguna persona a algún lugar?*
- **Testigo:** *no, como le explico, la reacción que le da el trago es echar bala, por decir algo, así, más o menos. Eso lo puede comprobar todo el barrio, no es solamente conmigo, doctor, todas las casas en seguida, la de al lado, la de enfrente, todos pueden corroborar lo que yo estoy diciendo, que no soy solamente yo.*
- **Fiscal:** *¿Cuándo usted lo ha visto disparar ha sido con esa arma que usted describe allí?*
- **Testigo:** *con varias armas*
- **Fiscal:** *¿con otras armas?*
- **Testigo:** *sí.*
- **Fiscal:** *¿usted sabe por qué el ciudadano John Jairo Hernández tiene varias armas?*
- **Testigo:** *no lo sé.*

- **Fiscal:** *¿pero se las ha visto?*
- **Testigo:** *no lo sé, ni tampoco pregunto.*
- **Fiscal:** *¿no lo sabe, pero se las ha visto?*
- **Testigo:** *sí*
- **Fiscal:** *como usted dice que estaba más o menos cerca, a un metro de distancia del ciudadano John Jairo cuando dispara ¿el de dónde saca el arma? ¿Cómo se aprovisiona de ese revolver?*
- **Testigo:** *la señora Nora se la entrega el arma, Nora, la señora que esta allá.*
- **Fiscal:** *¿o sea ella tenía el arma?*
- **Testigo:** *ella siempre carga el arma del señor.*
- **Fiscal:** *¿y ella por qué se la entrega a el?*
- **Testigo:** *pues son esposo y esposa, pues, no sé.*
- **Fiscal:** *¿pero el se la pide a ella?*
- **Testigo:** *el pide el arma y ella la entrega y el comienza a disparar, yo estoy cerquita al carro a una camioneta que ellos tienen, una camioneta blanca, y comienza a disparar directamente a las niñas porque la verdad no fue a nosotros, fue directamente a las niñas. Pero, entonces, no sé por qué lo haría, la verdad nosotros éramos amigos, no sé por qué lo haría.*

Del contrainterrogatorio, cabe resaltar lo siguiente:

- **Defensor:** *hoy dijo que había descargado toda la carga del revólver a las niñas y en la entrevista que le puso de presente el señor fiscal, manifiesta que los tiros fueron al aire, para que aclare esa parte, ¿fueron al aire o disparó directamente a las niñas?*
- **Testigo:** *las niñas tienen una aproximación, de no se cuanto hay ahí, de unos 10, 15 metros, eso ya es al aire, si está cerquitica ya es otra cosa, si estamos juntos a medio metro ya es al objetivo, eso quiero decir al aire, porque la persona esta lejos. Porque si el hubiese tenido la intención de matar la niña o de matar las tres niñas entonces se hubiera acercado mucho más, pero entonces él está lejos, **aproximadamente pasando una acera.***

(...)

- 
- **Defensor:** *¿y de qué color era el revolver?*
- **Testigo:** *blanco.*

Las investigadoras citadas al juicio oral se refirieron a la entrevista del padre de la víctima y a su incidencia en la estructuración del caso. Ello puso en evidencia que la Fiscalía se vio sorprendida ante el cambio de versión del principal testigo de cargo. Por ello, se vio precisada a impugnar su credibilidad, en los términos ya referidos, lo que permitió conocer en el juicio oral el contenido de la primera versión suministrada por el padre de la afectada.

No puede perderse de vista que el acusador, a pesar del cambio de versión, siguió sosteniendo la tesis de que el procesado realizó los disparos al aire.

La primera versión del testigo es más creíble, por lo siguiente:

En primer término, todos los testigos (*de cargo y descargo*) coincidieron al afirmar que este incidente dio lugar a que el progenitor de la niña lesionada agrediera físicamente a la compañera sentimental del procesado (*la golpeó en el rostro*). Igualmente, hay consenso en las desavenencias que en adelante se suscitaron, que dieron lugar a agresiones físicas y verbales.

Así, no existía ninguna razón para que el procesado faltara a la verdad en la entrevista inicial para favorecer a la persona que, según su último relato, le apuntó a su hija y le hizo “*seis disparos en ráfaga*”, esto es, para que declarara falsamente que hizo los disparos al aire.

Por el contrario, los múltiples problemas entre ambas familias pudieron dar lugar a que el testigo hiciera una presentación más gravosa de los hechos durante el juicio oral, con el ánimo de perjudicar a quien se convirtió en su antagonista.

Ello, sin perder de vista que el declarante dejó entrever su personalidad agresiva, pues durante el interrogatorio trató con irrespeto al fiscal, se mostró desobligante al contestar y no atendió oportunamente las directrices trazadas por la juez.

Sumado a ello, es inaceptable la explicación que dio cuando la defensa le indagó por los motivos del cambio de versión. Como quedó anotado, se limitó a decir que en la entrevista habló de disparos al aire en atención a la distancia que existía entre el disparador y sus “*objetivos*”.

Además de que la explicación dada por el testigo es en sí misma irracional, no puede perderse de vista que él aceptó que las niñas estaban a corta distancia, “*de andén a andén*”, aproximadamente a dos metros, separados por la calzada.

También debe recordarse que el declarante y la tía de la niña que se encargó de llevarla al hospital resaltaron que HERNÁNDEZ ALCARAZ acostumbraba disparar al aire cuando estaba borracho, lo que disipa cualquier duda que pudiera existir sobre el sentido de lo expuesto en la entrevista traída a colación por el fiscal para impugnar la credibilidad de su propio testigo.

Igualmente, debe considerarse que el testigo estaba junto al procesado, en virtud de la amistad que los unió hasta ese momento, por lo que era razonable esperar que hubiera realizado alguna maniobra de evitación al ver que el Mono apuntó con el arma hacia las niñas y les hizo seis disparos.

De otro lado, aunque la ubicación de las lesiones sufridas por la víctima en principio permitiría concluir que se trató de un disparo frontal, existen razones suficientes para concluir que ese dato no le brinda soporte suficiente a la hipótesis factual de la condena. Ello porque:

Primero. No es creíble que el procesado, que estaba a escasos metros de las niñas, les haya hecho seis disparos “*en ráfaga*” y solo uno haya alcanzado a una de ellas. Esto, bajo el entendido de que, según el progenitor de la víctima, las niñas “*estaban juntas*”, lo que coincide con lo expresado por la víctima en el sentido de que estaba jugando con sus amigas.



Segundo. No se estableció absolutamente nada sobre la posición en la que se encontraban las niñas (*de pie, arrodilladas, sentadas, acostadas, de frente, de lado, etcétera*), lo que impide realizar un estudio fundado sobre la trayectoria del disparo. Es más, ni siquiera se sabe cuántos niños estaban allí, ya que: (i) el procesado dice que tres, (ii) la madre de las otras niñas, habla de cuatro, y (iii) a la víctima no se le preguntó por este tema.

Tercero. La Fiscalía optó por presentar tres peritos para demostrar las características y consecuencias de las lesiones – *tema que fue poco discutido-*, pero no hizo nada para establecer las características del lugar, la distancia que existía entre las personas involucradas, ni procuró la emisión de un dictamen que permitiera entender la trayectoria del disparo, a partir de datos como los referidos en el párrafo anterior.

Cuarto. Aunque los hechos ocurrieron en un barrio, y el disparador y las niñas supuestamente estaban separados por una calle, no se estableció dónde fueron a parar los otros cinco disparos que supuestamente hizo el procesado cuando dirigió el arma hacia las menores. Esto es, no se precisó si impactaron la puerta o las ventanas de las residencias ubicadas al lado del andén donde se encontraba la víctima, si los proyectiles dañaron algún vehículo, etcétera.

A lo anterior, se añan los siguientes aspectos del testimonio de la víctima:

Aseguró que el procesado le disparó, pero no mencionó la multiplicidad de disparos a que alude su padre (*seis disparos en ráfaga*), lo que, por su notoriedad y trascendencia, no debió pasar desapercibido.

La niña dijo haber visto cuando la compañera sentimental del procesado le entregó el arma y cuando este le disparó (*según su padre, estaban separados por la calle*). Ello lleva a pensar que la menor estaba de frente, lo que no corresponde a la ubicación de los orificios de entrada y salida del proyectil (*ingresó por un hombro y salió por el otro*).

Según sus propias palabras, ya la niña había entregado una versión incorrecta por las presiones que ejercieron los familiares del procesado (*en el hospital, dijo que fue herida cuando se transportaba en un taxi*). Por tanto, no puede perderse de vista que su padre y el procesado (y las respectivas familias) han tenido inconvenientes serios a raíz de estos hechos, tal y como se explicó al relacionar las razones que pudieron llevar a dicho testigo a cambiar su versión, agravándola. Estas circunstancias pudieron incidir en el relato de la menor.

En la misma línea, se tiene que durante el juicio oral se estableció que el padre de la víctima estaba privado de la libertad y se dio a entender que la detención estaba asociada a estos hechos, lo que pudo agudizar los problemas entre las dos familias. Lamentablemente, este tema no fue profundizado.

De otro lado, aunque la niña asegura haber visto cuando el procesado le disparó (*esto es, cuando le hizo seis disparos en ráfaga, según la versión de su padre*), durante su interrogatorio y el de su progenitora se habló de que se enteró de que estaba lesionada porque sintió el hombro caliente y/o vio sangre en su ropa.

En este contexto, adquiere mayor trascendencia el hecho de que la niña aseguró que el procesado utilizó un arma de color negro, mientras que su padre, que estaba junto al disparador, señaló que el artefacto era blanco.

Asimismo, debe considerarse que hasta el día de los hechos el procesado y el padre de la víctima estaban unidos por un fuerte lazo de amistad, por lo que no se avizoran motivos para que este quisiera atentar contra su hija. Igualmente, no se estableció que tuviera motivos para atentar contra los nietos de su compañera, sin que deba olvidarse que fue esta quien le entregó el arma, claramente convencida de que la utilizaría para hacer disparos al aire en medio del festejo, como era su costumbre.

Por último, aunque no resulte determinante para la decisión jurisdiccional, debe recordarse que el acusador siempre insistió en la hipótesis inicial, atinente a que el procesado disparó al aire. Ello se vio reflejado en la impugnación de la credibilidad del padre de la víctima, cuando cambió su versión, y, principalmente, en el contenido del alegato de conclusión, donde se reiteró dicha postura.

A la luz de esta realidad procesal, se concluye que existe duda razonable frente a la hipótesis consistente en que el procesado dirigió intencionalmente el arma hacia el grupo de niños que departía en la calle y les hizo seis disparos en ráfaga. Por tanto, debe optarse por la hipótesis más favorable, esto es, que realizó los disparos al aire, como lo sostuvo el principal testigo de cargo en sus primeras versiones.

En el caso objeto de estudio, no puede descartarse que el procesado haya disparado al aire, pero, por su ebriedad, haya accionado el arma una vez más cuando el cañón no estaba dirigido hacia arriba, y que haya sido ese disparo el que impactó a la víctima.

En suma, la hipótesis más plausible da cuenta de que el procesado, como era su costumbre cuando ingería licor, realizó disparos al aire, esto es, hacia arriba. Su ebriedad incidió en la manipulación del arma de fuego, dando lugar a que uno de los proyectiles saliera en dirección a donde se encontraban 3 o 4 niñas jugando, con el resultado ya conocido.

#### **4. La imposibilidad de emitir la condena por el delito de tentativa de homicidio, en la modalidad de dolo eventual**

##### **4.1. Los elementos estructurales del dolo eventual**

Se abordará este tema con el propósito de establecer el sentido y alcance de lo dispuesto en el artículo 22 del Código

Penal, sin que para ello sea necesario adscribirse a alguna de las teorías que pretenden explicar el dolo eventual. Puntualmente, para precisar los aspectos que debe tener en cuenta la Fiscalía, al realizar los juicios de imputación y acusación, y el juez, en la sentencia, para delimitar la hipótesis factual y, finalmente, para resolver si la conducta objeto de investigación y juzgamiento corresponde a la referida modalidad.

Así, debe establecerse qué significa: (i) que la realización de la infracción penal haya sido prevista como probable, y (ii) que su no producción haya sido dejada librada al azar.

Para estos fines, se traerán a colación algunos referentes doctrinarios, así como sus propios precedentes, con el único proceso de ahondar en los aspectos que inexorablemente debe considerar la Fiscalía para decidir si procede la imputación y la acusación a título de dolo eventual, lo que, naturalmente, coincide con lo que debe verificar el juez al momento de emitir la sentencia.

#### **4.1.1. La realización de la infracción penal haya sido prevista como probable**

En este caso, pueden apreciarse dos aspectos perfectamente diferenciables, a pesar de la relación que suelen tener: (i) la existencia de un peligro efectivo, lo que corresponde a un dato objetivo, que puede o no coincidir con la representación que del mismo haga el sujeto activo; y (ii) la aprehensión que el sujeto

activo hace de esa situación en particular. Al respecto, resulta ilustrativa la siguiente anotación doctrinaria:

*Estamos ante un concepto secuencial que se asienta, en primer lugar, en la existencia de una situación que implica, para el bien jurídico protegido, una certeza o un peligro inminente y concreto de lesión; en segundo lugar, esta situación típica debe ser aprehendida correctamente por el sujeto en toda su extensión y significado; si el sujeto comete algún error de valoración de la situación basado en circunstancias razonables, el dolo deberá quedar excluido (...)¹.*

En la teoría mixta adoptada por el legislador en el artículo 22, se optó por la fórmula “probable”, en lugar de “posible”. Sin perjuicio del significado de estas palabras en el plano semántico², la doctrina especializada ha establecido diferencias a la luz de las diversas teorías orientadas a explicar el dolo eventual. Así, por ejemplo, se resalta que al referirse al elemento cognoscitivo “algunos adoptan el criterio de la teoría de la posibilidad y exigen que el autor se represente el resultado como ‘posible’. Otros en cambio recogen la teoría de la probabilidad señalando que el sujeto se debe representar al mismo ‘seriamente’ o con un ‘alto grado de probabilidad’ (...)”³.

Sin perjuicio de las críticas que recaen sobre la teoría de la probabilidad (una de las centradas en el aspecto cognoscitivo), entre otras cosas, por la dificultad de establecer un linderó objetivo y,

---

¹ Díaz Pita, María del Mar. El dolo eventual. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, 2010. Pag. 303.

² En el diccionario de la RAE, se define posible como: “que puede ser o suceder”, y, probable: “verosímil, o que se funda en la razón prudente”. “Dicho de una cosa: que hay buenas razones para creer que verificará o sucederá”.

³ Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, parte general, Tomo II. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014. Pags 571 y ss.

por tanto, verificable, entre lo posible y lo probable, es dable rescatar la idea de que existe dolo eventual cuando el sujeto actúa representándose el resultado como de muy probable producción, es decir, como una eventualidad próxima y cierta. En este sentido se pronunció la Sala en las decisiones CSJSP3218, 28 julio 2021, Rad. 47063; CSJAP765, 28 feb 2018, Rad. 51038, entre otras.

En esta línea, Santiago Mir Puig sostiene que *“el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido”*. Aunque a renglón seguido plantea que *“no se trata tanto de cuantificar un grado de probabilidad que deba advertir el sujeto, cuando de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse esa posibilidad”*, es claro que lo hace para resaltar la importancia de evaluar las razones que pudo tener el sujeto para concluir que, en su caso, *“no va a dar lugar al delito”*<sup>4</sup>. Seguidamente, reitera que *“la aceptación de la concreta probabilidad de que se realice el peligro es necesaria (...)”*<sup>5</sup>.

En similar sentido, Wessels, Beulke y Satzger concluyen que el dolo eventual puede determinante del siguiente modo: *“En primer lugar, el autor tiene que haberse representado el inminente y concreto peligro de lesión de un bien jurídico; en*

---

<sup>4</sup> Esto guarda estrecha relación con lo expuesto en precedencia sobre la diferenciación del peligro efectivo para el bien jurídico y la manera como el sujeto activo se lo representa.

<sup>5</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho Penal, parte general. Barcelona: Tecfoto, 2014, pags 245 y ss.

*segundo lugar, tiene que haber considerado seriamente ese peligro (...)*”, a lo que debe sumarse el componente volitivo<sup>6</sup>.

#### **4.1.2. Que la no producción del resultado haya sido dejada al azar**

Como bien se resalta en la doctrina nacional, el legislador optó por una fórmula mixta. Aunque hizo especial énfasis en el aspecto cognoscitivo, a partir de la teoría de la probabilidad, también consideró el aspecto volitivo<sup>7</sup>. Al respecto, la Sala se ha referido reiteradamente a la preponderancia del primer elemento sobre el segundo, entre otras, en CSJSP1526, 9 mayo 2018, Rad. 46263 y CSJSP, 12 feb 2014, Rad. 36312.

Sobre el aspecto volitivo, aunque existen múltiples posturas teóricas, cabe resaltar los aspectos de ellas que resultan más compatibles con lo establecido en el artículo 22, en el sentido de que el denominado dolo eventual se configura cuando la no producción del resultado haya sido dejada al azar.

Al referirse al tratamiento del elemento volitivo en las teorías mixtas o eclécticas, Donna resalta que los tratadistas suelen hacer uso de una versión modulada de la teoría del consentimiento, bajo el entendido de que “*conformarse –con el*

---

<sup>6</sup> Wessels, Johannes y otros. Derecho Penal, parte general. Pacífico Editores S.A.C., 2018, págs. 140 y ss.

<sup>7</sup> Velásquez Velásquez, Fernando. Fundamentos de Derecho Penal, parte general. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pags 391 y ss.



*eventual resultado- no significa ‘desearlo’ sino más bien ‘resignarse’ frente a su posible producción sin hacer nada para ello*<sup>8</sup>.

En la misma línea, aunque con algunos matices, se vincula el dolo eventual a la “resignación”, “conformación” o “asunción del resultado”, bajo el entendido de que el mismo no corresponde a lo “querido” por el sujeto activo. Algunas semejanzas se observan con la tesis del dolo eventual como “indiferencia frente al resultado”.

Por su parte, ROXIN, desde su enfoque teórico, aclara que

*Contra la delimitación propuesta se alega a veces que no es posible hablar de decisión por la posible lesión de bienes jurídicos o de tomar en serio el riesgo cuando a quien actúa le es completamente indiferente el resultado, faltando por tanto una toma de postura psíquica. Sin embargo, el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. La decisión a que aquí nos referimos no precisa por tanto ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una resolución. Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así –en cierto modo mediante actos concluyentes- en contra del bien jurídico protegido.*

---

<sup>8</sup> Donna, Edgardo Alberto. Derecho Penal, parte general, Tomo II. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014. Pag. 580.

Sobre esta base, este autor concluye que se puede afirmar que hay dolo eventual “*cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna –así sea de buena o de mala gana- a la eventual realización de un delito, se conforma con ella*”<sup>9</sup>.

Lo expuesto a lo largo de este numeral se aviene a lo expuesto por esta Sala en múltiples oportunidades, en el sentido de que el dolo eventual:

*Exige, entonces, dos condiciones: i) que el sujeto se represente como probable la producción del resultado antijurídico... (y); (ii) que la no producción del resultado dañoso se deje al azar, lo que implica que el agente emprende o mantiene su conducta, con absoluta indiferencia por el resultado o la situación de riesgo que genera, no obstante haberse representado que en ella existe un peligro inminente y concreto para el bien jurídico (CSJSP3218, 28 jul 2021, Rad. 47063, entre muchas otras).*

#### **4.2. No se demostró más allá de duda razonable que el procesado se representó que con su conducta podía causar la muerte de una persona**

Con las pruebas aportadas al proceso se demostraron varias circunstancias de las que se desprende la duda razonable acerca de si el procesado se representó que con su conducta

---

<sup>9</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo II. Madrid: Civitas, 2010, pags. 424 y ss.

*probablemente* podría afectar la vida o integridad de otras personas.

En efecto, se estableció que: (i) HERNÁNDEZ ALCARAZ hacía parte del grupo de personas que podían verse afectadas con uno de los proyectiles, en el evento de que estos descendieran con fuerza letal, ya que todos los testigos aseguran que estaba en la misma zona donde departían adultos y niños; (ii) en el lugar también se encontraba su compañera permanente, así como las hijas y los nietos de esta; (iii) predicar que se representó la alta probabilidad de que alguien resultara lesionado con los “*disparos al aire*”, implica aceptar que era consciente del alto riesgo que corrían él mismo y sus parientes; (iv) así, esta tesis riñe con el instinto de autoprotección y con la tendencia a proteger a los familiares más cercanos; (v) en otras ocasiones había disparado al aire, sin que se tenga noticia de que haya causado la muerte o heridas a otras personas, lo que potencialmente puede disminuir su percepción sobre el peligro generado con ese tipo de conductas; y (vi) estaba ebrio, lo que pudo incidir en la comprensión del riesgo que estaba generando.

Sumado a lo anterior, se advierte que las personas que lo acompañaban esa noche tampoco se representaron el peligro derivado de esa conducta, toda vez que: (i) su compañera permanente fue quien le facilitó el arma para que dispara al aire, aparentemente sin percatarse del riesgo que ello representaba para ella misma, sus hijas y sus nietos, quienes estaban en el lugar departiendo o jugando en la calle en compañía de la víctima: (ii) aunque el padre de la niña lesionada

sabía que el procesado acostumbraba disparar al aire cuando estaba ebrio, no tuvo reparos en consumir licor en su compañía, al parecer sin percatarse de que el, su hija o cualquier otra persona podrían resultar afectadas con los proyectiles; y (iii) ninguno de los testigos de cargo menciona que hayan tratado de disuadir al procesado de disparar el arma, a pesar de haberse percatado con suficiente antelación de que la compañera sentimental de este se la entregó con el claro propósito de que disparara al aire, pues, según se sabe, esa era su costumbre cuando estaba bajo los efectos del licor.

En este orden de ideas, es plausible la hipótesis de que el procesado no se representó el peligro inminente que su conducta representaba para la vida e integridad de otras personas.

#### **4.2. La postura mayoritaria sobre la compatibilidad entre el dolo eventual y la tentativa**

Acorde con los criterios más básicos para el estudio del precedente generado en la solución de casos concretos, el entendimiento de la *ratio decidendi* pasa necesariamente por la ubicación precisa de la premisa fáctica a la que, finalmente, se le aplica la regla decantada por vía jurisprudencial.

En este caso, los mayores problemas de la postura mayoritaria están asociados a la delimitación de la premisa fáctica.

Como se indicó en el numeral 3, no existen elementos de juicio suficientes para concluir que el procesado, conscientemente, dirigió el arma de fuego hacia el lugar donde estaban las 3 o 4 niñas, justo en la acera del frente, y les disparó seis proyectiles “*en ráfaga*”.

Sin embargo, si en gracia de discusión se aceptara que ello fue así, luce mucho más razonable la tesis del Tribunal (*claramente trasgresora del principio de congruencia*), según la cual el procesado actuó con dolo directo.

Para concluir lo contrario (el procesado disparó en repetidas ocasiones hacia donde estaban las niñas, pero no con el ánimo de lesionarlas o matarlas), la postura mayoritaria da por cierta la confusa versión del padre de la víctima.

Como ya se indicó, el testigo en mención, al ser confrontado con su versión anterior (*en la entrevista dijo que su vecino disparó al aire*), trató de explicar su contradicción, aludiendo a que las niñas estaban justo en la acera de enfrente cuando el procesado les apuntó con el revólver, aunque señaló que éste no actuó con la intención de matarlas.

Aunque esa explicación presenta el déficit analizado en el numeral 3, la postura mayoritaria acogió acriticamente la versión de este testigo hostil e interesado, bajo el argumento principal de que el procesado no tenía ningún motivo para

atentar contra la hija de su amigo, y, mucho menos, contra sus parientes (*las otras niñas eran nietas de su compañera sentimental*).

Bajo esos presupuestos, se descartan las hipótesis más plausibles, para abrir paso a otra que no fue suficientemente explicada.

Efectivamente, si el procesado estaba a tan corta distancia (*algunos testigos dijeron que 2 metros; otros, la calcularon entre 8 y 10 metros*) e intencionalmente les disparó “*seis proyectiles en ráfaga*” a 3 o 4 niñas que estaban juntas, reunidas en la acera, no parece razonable que se descarte que haya actuado con el conocimiento y la voluntad propios del dolo directo.

Es cierto que esa hipótesis es incompatible con la ausencia de razones para causarle daño a las niñas, pero también lo es que la misma no encuentra respaldo en las pruebas practicadas durante el juicio oral, tal y como se explicó en el numeral 3.

Ahora bien, si lo que se pretende decir es que el procesado no les apuntó a las niñas, sino a un lugar aledaño a donde ellas estaban, necesariamente habría que indagar por otra hipótesis, compatible con un delito imprudente, a saber: *el procesado era consciente del riesgo creado con su conducta, pero confió en evitarlo*.

En este contexto, en la postura mayoritaria de trata de explicar la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, a

partir de un precedente que no guarda analogía fáctica con el asunto objeto de análisis (*en ese caso, se trató de un piloto drogado y ebrio, que causó un accidente de tránsito en el que fallecieron dos personas*).

Como, en el fondo, la premisa fáctica del fallo condenatorio es más compatible con el dolo directo, ello dio lugar a la elusión de los principales problemas teóricos y prácticos de la aplicación conjunta del dolo eventual y el referido dispositivo amplificador del tipo, entre ellos:

A diferencia de otros ordenamientos, el artículo 27 del Código Penal, al regular la tentativa, establece, entre otros requisitos, la existencia de “**actos idóneos e inequívocamente dirigidos**” a la consumación de la conducta punible.

De entrada, esta reglamentación conlleva unas puntuales cargas argumentativas de cara a su aplicación concurrente con el dolo eventual, precisamente porque en esta modalidad del dolo se parte de que el sujeto activo no busca atentar contra el bien jurídico, aunque conoce la probabilidad de que ello suceda y deja la no producción del resultado librada al azar.

En la postura mayoritaria, no se explica por qué la hipótesis factual que allí se defiende permite concluir que el procesado no les apuntó directamente a las niñas sino a un lugar aledaño, sin la intención de lesionarlas o matarlas, y, al tiempo, admite la

idea de que su conducta estaba inequívocamente dirigida a causarles la muerte.

Sumado a lo anterior, allí se elude otro problema identificado por la doctrina para articular el dolo eventual y la tentativa, incluso cuando el ordenamiento jurídico, por lo menos de manera expresa, no supedita este dispositivo amplificador a la existencia de “*actos inequívocamente dirigidos*” a la consumación de la conducta punible<sup>10</sup>.

En el presente caso, en la postura mayoritaria se tuvo por demostrado que el procesado disparó seis proyectiles en “ráfaga” hacia un lugar aledaño a donde se encontraban reunidas 3 o 4 niñas.

Sin perjuicio del déficit probatorio de esa hipótesis y de las dificultades para ajustarla a las normas que regulan la tentativa de homicidio bajo la modalidad de dolo eventual, se deja por fuera el problema de la concreción del riesgo y su cercanía con su eventual materialización.

En efecto, aunque se habla de 3 o 4 niñas, que estaban juntas, y se da por sentado que el procesado disparó 6 proyectiles (*solo uno de ellos impactó a la víctima*), no se explica si las menores que no resultaron lesionadas también fueron víctimas

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, el artículo 16.1 del Código Penal de España, dispone: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.



del delito de tentativa de homicidio. En términos simples, no se precisa si, en casos como este, solo puede hablarse de tentativa de homicidio, bajo la referida modalidad, si la víctima resulta lesionada; si ello es predicable cuando el proyectil pasa muy cerca de su cuerpo; etcétera.

Lo anterior permitiría comprender la forma más plausible de solución de los múltiples eventos a los que pueden verse enfrentados los fiscales, defensores y jueces cuando surja la posibilidad de calificar los hechos como tentativa de dolo eventual. Por ejemplo, cuál hubiera sido la solución de este caso en el evento de que la niña no hubiera resultado lesionada.

Es cierto que en la acusación no se incluyeron los otros posibles delitos de tentativa de homicidio (*como ya se dijo, no se imputó ningún delito de manera adecuada*), pero también lo es que la Sala, a la luz de la postura mayoritaria, tenía el deber de analizar la viabilidad de compulsar copias para que la Fiscalía investigara los atentados contra la vida de las otras menores.

Aunque no se comparte la premisa fáctica del fallo mayoritario, lo que, en principio, haría impertinente el estudio de su calificación jurídica, las anteriores precisiones se echan de menos porque en la decisión mayoritaria se anuncia el desarrollo jurisprudencial de la compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual.

Si se tiene en cuenta lo expuesto en precedencia sobre las principales funciones de un tribunal de casación, el anunciado desarrollo jurisprudencial necesariamente debió incluir los aspectos atrás referidos, sin perjuicio de otros que resulten relevantes para el mejor entendimiento de estas figuras, en orden a que fiscales, defensores, jueces y demás intervinientes en el proceso penal cuenten con mejores elementos para resolver los casos donde se presenten este tipo de controversias.

En el presente salvamento de voto no se hace una propuesta sobre la compatibilidad del dolo eventual y la tentativa, porque los yerros de la Fiscalía en la estructuración de la teoría del caso impiden la identificación de una premisa fáctica que haga pertinente un debate de esta naturaleza.

Además, porque, como ya se dijo, la premisa fáctica de la decisión mayoritaria está mucho más cercana al dolo directo (*si se asume, como lo hizo el Tribunal, que el procesado les disparó a las niñas*), o a una culpa con representación, si se parte de que dirigió el arma hacia un lugar aledaño. Lo anterior, sin perjuicio del déficit probatorio de esas posturas.

Por tanto, no puede considerarse que en este caso se logró un desarrollo jurisprudencial sobre el asunto en cuestión. El debate queda en pie, a la espera de un caso que incluya una genuina controversia frente al mismo y, por tanto, facilite que la Sala fije su postura.

Fecha up supra.



**CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO**  
Magistrado

Sala Casación Penal @ 2023