

MALTRATO ANIMAL – Por omisión impropia o comisión por omisión.

DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN - Se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza.

POSICIÓN DE GARANTE – Elementos.

POSICIÓN DE GARANTE - La imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar un bien jurídico.

POSICIÓN DE GARANTE - La dimensión de la obligación de actuar derivada de la calidad de garante no es irrestricta, por cuanto persiste hasta el límite de la probabilidad de conjurar el resultado lesivo, es decir, hasta donde el obligado esté en posibilidad física y real de evitarlo.

ACUSACIÓN ALTERNATIVA - Resulta contraria a los fines de la imputación.

ACUSACIÓN ALTERNATIVA - Vulnera el derecho de defensa.

MALTRATO ANIMAL – Delito cometido por omisión impropia o comisión por omisión: no se configura.

SENTENCIA ABSOLUTORIA – Procedencia.

(...) por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, fenómeno que denota que la fiscalía está dubitativa o en otros casos que no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Desde luego, un proceder de ese estilo no puede ser avalado, porque más allá de que puede llevar al fracaso de la pretensión punitiva del Estado compromete seriamente el ejercicio defensivo al plantear escenarios disyuntivos de responsabilidad penal, sea en la calificación jurídica o en los hechos que se atribuyen, que demandarían estrategias de contradicción y defensa no solamente diversas, sino inclusive potencialmente incompatibles. (...)

(...) la fiscalía planteó una acusación alternativa o disyuntiva, y ello de alguna manera tuvo eco en la Judicatura de primer grado, merced a que la comisión por omisión no admite forma de participación distinta a la autoría, esto es, excluye la coautoría, luego, ambos institutos resultan contradictorios o incompatibles entre sí. Esto tiene relevancia desde lo fáctico en la medida en que una cosa implica decir que el acusado convino con sus compañeros de batallón cegar la vida del animalito dividiéndose cada uno su trabajo, conducta que no es omisiva, sino activa, y otra diametralmente distinta es que el justiciado haya omitido proteger la vida de *Luna* y no haya evitado que otros causaran su muerte, allí donde dogmáticamente no puede haber coautoría. Pese a ello, se insiste en que la persecutora penal compuso su pretensión punitiva de forma paralela con ambas hipótesis, que es un proceder que por su implicancia en el derecho de defensa no se puede tolerar. (...)

(...) en materia de la primera hipótesis disyuntiva de la fiscalía, conforme a la cual ... se concertó con ... para cegar la vida de *Luna*, siendo que al procesado le correspondió aportar en esa empresa criminal el registro en video del lanzamiento del animal desde la garita, debe decirse desde ya que la precaria producción probatoria de cargo en forma alguna soporta esa alegación. (...)

(...) En el plenario no existe prueba siquiera indirecta y menos directa de que ... hubiese convenido, aun de forma intempestiva y, de cualquier manera, expresa o tácita, con los 3 soldados que aparecen en el video, arrojar a la perrita desde la garita para lesionarla o acabar con su vida y, en consecuencia, que tampoco la grabación del video hubiese correspondido a una pactada división de funciones. (...)

(...) en cuanto a la tesis sobre la comisión por omisión del delito y el quebrantamiento de la posición de garante, también anúnciese que la titular de la acción penal no satisfizo la

carga probatoria y argumentativa que le correspondía y, en cambio, la defensa erigió una que le viene verosímil al proceso. (...)

(...) dado el contexto en el que se produjo la fatal agresión a *Luna*, el acusado tenía el deber de protección hacia la canina al cabo de que había presenciado las agresiones que ... le venía propinando y era conocedor de la revelada manifestación de aquel de que algún día acabaría con su vida. Es decir, la perrita se encontraba en una situación de riesgo cierto y fundado que era cognoscible para el encartado.

Sin embargo, ello no resulta suficiente para predicar el quebrantamiento de la posición de garante, en la medida en que los demás elementos se encuentran ausentes. (...)

(...) Ciertamente es que para el momento de los hechos era evidente que ese riesgo se iba a consolidar tras ver a ... en la parte superior de la garita sosteniendo a la perra y vociferando que iba a lanzarla. No obstante, no es cierto que ... no hubiese actuado con el ánimo de evitar la conducta delictiva de los terceros, cosa distinta es que sus actos no hayan logrado disuadir a los soldados de no matar a la perrita. En un relato que no fue contradicho por la fiscalía, está probado que el acusado al ver la escena amenazó a ... con filmar los hechos si continuaba con su propósito delictivo, con el convencimiento que ello haría desistir de la reprochable acción a los uniformados, empero, no lo logró y lo único que consiguió fue que esos funcionarios se rieran y continuaran con su plan.

(...) resulta palmario que la actuación del encartado de grabar la escena con la creencia de que ello haría desistir a los malhechores descarta uno de los elementos de la posición de garante y de la comisión por omisión, esto es, la omisión en sí misma o la no realización de la acción debida. (...)

(...) en esas condiciones el procesado no estaba en posibilidades reales y ciertas de evitar el resultado dañoso. Piénsese en ese ambiente si realmente el acusado podía impedir el acto de unos terceros con gritar, con enfrentarse solo a tres personas más, o si únicamente podía obligar a esos personajes a abandonar la garita o a impedirles efectivamente su acceso al lugar. Por eso es que para la Sala le resulta plausible y verosímil que ante la escena presenciada, ... haya optado por grabar lo acontecido para tratar de evitar lo que finalmente pasó. (...)

(...) la fiscalía no probó que el resultado dañoso se hubiese generado, conforme el nexo de evitación, por una aludida omisión en el comportamiento del procesado. La muerte de la canina se produjo por la acción deliberada de tres soldados y no porque ... no la haya impedido. De hecho, dentro de los límites de acción que le daba el contexto sí trató de hacerlo, aunque no lo consiguió, sin que le sea exigible una actuación épica para salvar su responsabilidad penal. En concreto, no media prueba que dicte que la muerte del animalito fue una consecuencia de su alegado no actuar. (...)

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

Magistrado Ponente	:	Franco Solarte Portilla
Asunto	:	Apelación sentencia condenatoria
Delito	:	Maltrato animal agravado
Acusado	:	...
Radicación	:	523566000513202000120-01 NI.42491
Aprobación	:	Acta No. 2024-98 (29 de julio de 2024)

San Juan de Pasto, treinta y uno de julio de dos mil veinticuatro

1. Vistos

Se ocupa la Sala de la apelación propuesta por la defensa del señor ... en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2023 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba, por medio de la cual fue condenado por el delito de maltrato animal agravado a 36 meses de prisión, multa de 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes, inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas y del ejercicio de profesión, arte u oficio por igual tiempo.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Según el escrito de acusación, en la Base Militar Páramo ubicada en zona rural del municipio de Puerres, siendo aproximadamente la 1:00 de la tarde del 8 de junio de 2020, el señor..., quien se desempeñaba como soldado grado 18 adscrito a la Compañía Espoleta del Batallón de Ingenieros No. 23 General Agustín Angarita Niño, tomó a una canina raza criolla de nombre *Luna*, color beige, de 4 meses de edad, la subió con él en una garita y la lanzó a una distancia cercana a los 12.40 metros, lo que hizo que el animal se estrellara contra un tubo de metal que transportaba petróleo, obviamente causándole la muerte. Igualmente, en dicho acto los soldados, mediando acuerdo común y con división del trabajo criminal, participaron en el acto, siendo que al último en mención le correspondió filmar todo lo sucedido, sin evitar de alguna manera que aquello sucediera.

3. Resumen de la actuación surtida

Para el señor ... la audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerres el 19 de junio de 2020¹, en la que se le atribuyó ser coautor material, a título de dolo indirecto y por conducta consumada del delito de maltrato animal agravado por la condición de servidor público del encausado.

La fiscalía presentó escrito de acusación ordinario por el delito de “*maltrato animal agravado por omisión*”, bajo la figura del dolo indirecto y en calidad de coautor. La audiencia de formulación respectiva se surtió ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Córdoba los días 15 y 20 de octubre de 2021, siendo concluida el 30 de marzo de 2022 (en las primeras calendas en mención la defensa de uno de los implicados planteó una nulidad y tal pedimento fue despachado negativamente por el Despacho, decisión refrendada en segunda instancia el 17 de marzo de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales).

Con posterioridad, después de varios aplazamientos, el 8 de noviembre de 2022 inició la audiencia preparatoria únicamente respecto del señor..., pues los demás imputados suscribieron un preacuerdo.

Tras múltiples postergaciones, la audiencia de juicio oral fue llevada a cabo así: entre los días 15 y 16 de marzo de 2023 se realizó la práctica probatoria y el 24 de marzo de ese año se expusieron los alegatos de conclusión. El sentido del fallo de carácter condenatorio fue expuesto el 27 de marzo de 2023.

¹ Dicha fecha es extraída a partir de lo consignado en la sentencia de primera instancia y de los correos y oficios emitidos por el Juzgado de origen, en tanto que, pese a los diversos esfuerzos, no fue posible ubicar los registros de audio completos de la audiencia de formulación de imputación, que al parecer ya no existen en las bases de datos disponibles.

Finalmente, el 21 de abril de ese mismo año fue individualizada la pena y se dio lectura a la sentencia.

4. La providencia apelada

El Juzgado de primera instancia, en primer lugar, realizó un recuento de los hechos jurídicamente relevantes, de la individualización e identificación del enjuiciado y los antecedentes de la actuación y a continuación se ocupó de la valoración probatoria.

En relación con lo último señalado, partió delimitando que desde el acto procesal complejo de la acusación la fiscalía endilgó a ... el hecho de haber grabado los sucesos que culminaron con la muerte de la canina *Luna* y no evitarlo de alguna manera, configurativo ello de un caso de comisión por omisión.

Con esa anotación, extrajo que la muerte con violencia de *Luna* estaba acreditada con las tres estipulaciones probatorias allegadas, a saber, la condición de soldado regular en servicio militar obligatorio del acusado, su plena identidad y el deceso del animal, además del video que documentó los hechos (cuya autoría la aceptó el encausado y lo reafirmó su madre) y el informe de investigador de laboratorio introducido por el señor Pablo Andrés Gaviria.

Seguidamente, a efectos de identificar si era o no deber de ... un proceder más positivo a la hora de impedir el resultado dañoso provocado por la conducta deliberada del uniformado..., dada la acusación bajo la figura de la comisión por omisión, explicó que el encausado narró que como soldado tenía órdenes

expresas de sus superiores de no maltratar animales. Además, este le había tomado un especial cariño a *Luna*, tanto que le suministraba alimentos, dormía con ella, etc. Por ello, aquel sí tenía a su cargo la protección del bien jurídico tutelado con el delito.

Agregó que, según la declaración de Fernando Díaz Melo, para la fecha de los hechos Comandante del Batallón No. 23 de Ingenieros, a quienes se desempeñaban como centinelas en las garitas les correspondía velar por la seguridad del personal que esté desarrollando otras actividades, emitir las alertas tempranas y permanecer solo en el lugar sin permitir el acceso a otras personas a dicha locación.

Enseguida, para denotar que sí estaban cumplidos los requisitos para entender infringida la posición de garante del acusado, el *A quo* indicó que el encausado relató que en anteriores oportunidades ... había maltratado a la canina a punto de amenazar con que la mataría, de modo que ... conocía de la situación de peligro que afrontaba el animal. Aunó que la grabación del video que hizo fue con la finalidad exclusiva de protegerse así mismo, pero no a la víctima, respecto de quien estaba obligado a ampararla como miembro de la fuerza pública y de la sociedad en general. Asimismo, el procesado tenía la posibilidad de realizar la acción debida, en tanto que al momento de los hechos debió estar prestando su servicio de centinela de acuerdo con la orden del día, por lo que era su deber evitar que cualquier persona se subiera a la garita. De ese modo, concluyó que el justiciado debió actuar respetuoso de sus deberes como servidor público y como integrante de la sociedad para impedir que *Luna* perdiera la vida, de ahí que deba responder como coautor impropio.

Ocupándose del grado de participación, recabó que la obligación del implicado en la fecha de los hechos, al serle asignada la función de centinela, era

permanecer en la garita y restringir el acceso a cualquier otra persona, sin embargo, sin explicación alguna el soldado no se encontraba en su lugar de servicio y permitió el ingreso de dos personas no autorizadas, quienes finalmente acabaron con la vida de la canina. De ahí derivó la importancia del aporte de ... en la consumación del injusto, por cuanto de no haber permitido el ingreso de otras personas a la garita el resultado se hubiera evitado.

En cuanto al dolo, entendió por probado que el encausado actuó con dolo indirecto o de segundo grado, dado que el encausado previó la probabilidad de realización de la acción y su producción se la representó como cierta y segura, ya que arrojar al ser sintiente desde la altura de la garita hasta el tercer piso necesariamente le iba a representar el resultado típico.

En punto de la antijuridicidad, la primera instancia se ocupó de la tesis defensiva destinada a alegar que el acusado grabó lo sucedido con el objetivo de tener una prueba del ilícito y que no tuvo la posibilidad de actuar de otra forma por el temor que le tenía al soldado ..., ello, demostrativo de una causal de ausencia de responsabilidad penal atinente al miedo insuperable. Al respecto, adujo que tal hipótesis no fue comprobada por la defensa, porque aunque haya existido miedo por el acusado hacia su compañero, no se probó que fuese insuperable. Resaltó que por su condición de miembro activo de las Fuerzas Militares, ese rol implica actuar bajo situaciones de riesgo que provocan en sus miembros estados de zozobra, para lo cual los uniformados reciben entrenamiento táctico y técnico. Por ello, dio por superado el elemento de la antijuridicidad.

En materia de la culpabilidad expresó que ... tenía la obligación de evitar la muerte violenta de *Luna*, que tenía medios para evitarlo y la posibilidad de

usarlos, por lo que el juicio de reproche se ceñía a increparle su actitud pasiva y omisiva.

Finalizada la valoración probatoria, en la dosimetría punitiva la primera instancia consignó que el punible como fue imputado está penado de 18 a 63 meses de prisión, luego, escindió los cuartos de movilidad y se estableció en el segundo cuarto (29.25 a 40.5 meses), en tanto respecto del acusado la ausencia de antecedentes penales, haber procedido bajo temor intenso y haber actuado en coparticipación criminal. Posteriormente, advirió que, atendiendo la gravedad de la conducta, las circunstancias de menor y mayor punibilidad, la intensidad del dolo y la necesidad de la pena, era del caso imponer 36 meses de prisión y en igual término la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la inhabilidad especial para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia en relación con los animales. La multa la fijó el 36 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Finalmente, le concedió al encartado la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

5. La apelación

La defensa del señor ... requirió la revocatoria de la decisión de primer grado invocando que:

(i) Pese a requerir en varias oportunidades el video de la audiencia de formulación de imputación de fecha del 19 de junio de 2020 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerres, este no le fue suministrado, argumentando que había sido pedido a la ciudad de Bogotá y que se estaba a la espera de

respuesta, por lo que al momento de sustentar el recurso de apelación no contó con dicha pieza. En ese sentido, tomando como referencia lo consignado en el acta correspondiente y en la audiencia de formulación de acusación, esgrimió que la fiscalía no fue clara al manifestar en su imputación si el hecho fue realizado con dolo directo o indirecto, y en cambio en la acusación refirió que se trataba de dolo indirecto por un delito de omisión, ello como violatorio del principio de congruencia y de los derechos fundamentales a la defensa y debido proceso del encausado. Empero, líneas seguidas advirtió que frente a una posible nulidad prevalecía la petición de absolución.

(ii) En otros apartes, la censora destacó que la fiscalía prometió demostrar más allá de duda razonable la responsabilidad penal del acusado, sin embargo, desistió de plurales testigos que con esa finalidad habían sido decretados como pruebas en la audiencia preparatoria, a saber, los testimonios del sargento segundo Joan Sebastián, de Javier Antonio Hurtado Ospina y de Omar Maygual López, mientras que los declarantes que llevó a juicio, esto es, los investigadores Jairo Pantoja Murillo y Jairo Alfonso Guerrero Fajardo no se pronunciaron sobre los hechos.

(iii) Refirió que el acusado brindó su testimonio exponiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que transcurrieron los hechos y explicando el por qué hizo la grabación (teniendo que esa fue la única acción que tuvo a su alcance para impedir el resultado lesivo, porque no contaba con radio de comunicación y si gritaba no lo iban a escuchar por encontrarse lejos). Recabó que la acción de grabar lo sucedido tuvo como fin, primero, impedir que ... lanzara a la perrita con la amenaza de registrar lo que iba a pasar y, segundo, dado que la advertencia no detuvo al victimario, porque este no respetaba a nadie ni a sus superiores, para tener una prueba contra los participantes. Agregó que el señor ... manifestó también a qué obedecía su presencia en el

lugar de los hechos, por estar prestando turno de centinela. Entonces, concluyó que el *A quo* no valoró esa prueba de forma integral y respetuosa del *in dubio pro reo*.

En este apartado aseguró que no existe en el plenario prueba de cargo directa, ni por indicios de la conducta del procesado, y que no se allegó medio probatorio de igual o mayor credibilidad para desvirtuar lo dicho por el procesado.

(iv) En cuanto a la declaración del teniente coronel destacó que intervino en el juicio oral para deponer sobre aspectos distintos para los que fue decretado en la audiencia preparatoria, y que en todo caso se trata de un testigo que no percibió directamente los hechos y que demostró su afán de sindicar al acusado al decir según su apreciación del video que observaba a cuatro personas y que una de ellas era el procesado riéndose, lo cual no se puede determinar.

(v) La fiscalía no probó los elementos constitutivos de la coautoría, por lo contrario, el único testigo presencial de los hechos que se llevó a juicio oral, esto es, el acusado, afirmó bajo la gravedad de juramento que no medió ningún acuerdo ni antes ni durante el hecho con los demás soldados para cegar la vida de la perrita, y explicó cómo llegaron ... y los demás participantes a la garita donde efectivamente el acusado estaba prestando su servicio de centinela, pues de no haber estado allí no hubiese podido hacer la filmación. Adicionó que ni la fiscalía ni el Juez en la sentencia develaron que su defendido hubiese tenido dominio sobre el hecho.

(vi) En cuanto al análisis sobre la comisión del delito por omisión retrucó que no se ha acreditado que ... ciertamente estaba en posibilidad de impedir el resultado lesivo, menos cuando este no tenía dominio del hecho. Sus únicos

medios eran su celular (pues no tenía radio), un arma de dotación para repeler una posible agresión de ... con el fusil, ya que este en días anteriores había agredido a su superior con el adminículo y gritar no era un medio idóneo para evitar el hecho, ya que no sería escuchado por sus superiores.

(vii) La Judicatura basó la condena en un testimonio de referencia, el del Teniente Coronel Fernando Melo, quien no presencié los hechos y solamente los conoció después de que le fuera exhibido el video del lanzamiento de *Luna*, además que aquel no ofreció entrenamiento al batallón o grupo al que pertenecía el procesado, por lo que en ese aspecto solamente pudo brindar una información genérica, al igual que tampoco puede dar cuenta de las órdenes dadas al acusado el día de los hechos, porque no era su superior.

6. Los no recurrentes

El Ministerio Público se opuso a la prosperidad de la apelación con los siguientes argumentos principales: (i) no se vulneró el principio de congruencia, habida cuenta de que los hechos jurídicamente relevantes y su tipificación permanecieron inalterados desde la imputación hasta la sentencia condenatoria; (ii) no merece ninguna relevancia que la fiscalía hubiese desistido de varias pruebas, pues la información necesaria para condenar fue obtenida con las pruebas que finalmente se practicaron en la vista pública; (iii) el testimonio del señor Edwin Fernando Díaz Melo fue relevante para hacer conocer el rol y preparación del soldado, reconocer el video que fuera difundido en redes sociales, explicar, desde la óptica normal de una persona, que en el mismo aparecen cuatro uniformados y demostrar que el acusado no realizó ningún tipo de informe o denuncia sobre lo ocurrido; (vi) el testimonio del acusado fue valorado correctamente por la primera instancia bajo la sana crítica

y de allí se desprendió en pro de su condena que este no consiguió explicar por qué permitió que personal no autorizado ingresara a su garita como sitio restringido y desde allí se lanzara al vacío a una perrita que él asumía como suya, y ni siquiera se acercó a ver si el animalito estaba bien después de acciones de un maltrato atroz que él simplemente se limitó a filmar en un video que jamás utilizó para denunciar tan reprochable actuación; y, (v) fue correcto el análisis de la primera instancia en cuanto a la coautoría y sobre el carácter omisivo del delito.

7. Consideraciones de la Sala

7.1. Competencia, problema jurídico y esquema de resolución

La Sala es competente para conocer del presente asunto según lo normado en el artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

Como cuestionamiento jurídico atañe resolver el siguiente: *¿la fiscalía adujo a través de la prueba practicada en el juicio oral conocimiento más allá de duda razonable para condenar al señor ... como coautor y a título de dolo indirecto del punible de maltrato animal agravado por omisión?*

Con tal finalidad se repasarán estos temas: (i) una aproximación al delito de maltrato animal, (ii) la categoría dogmática de la comisión por omisión, y, (iii) se descenderá a la valoración probatoria en el caso concreto.

7.2. El delito de maltrato animal

El delito previsto en el artículo 339A del Código Penal fue adicionado por artículo 5 de la Ley 1774 de 2016 que a la letra dispone: “*el que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes*”. Dichas penas se agravan, entre otras cosas, cuando el punible se cometiere por servidor público o quien ejerza funciones públicas.

El tipo establece un sujeto activo universal, en tanto comprende a todas las personas, esto es, la conducta puede ser cometida por cualquier individuo de la especie humana, de modo que la condición de propietario o cuidador del animal no tiene incidencia en el tipo penal.

También contiene el grupo de animales cubierto por la prohibición: domésticos (aquel que se cría y convive con el ser humano a diferencia del salvaje); amansados (los que han sido domados en su carácter violento, apaciguados o que se han vuelto mansos por la intervención del hombre); silvestres vertebrados (los que viven libres e independientes del hombre); y exóticos vertebrados (son especies foráneas que se encuentran por fuera de la distribución de la naturaleza, cuyo origen natural ha tenido lugar en otra parte del mundo y que han sido trasladadas a otro sitio).

La disposición puede clasificarse como un tipo penal de resultado, justamente porque requiere para su estructuración de la muerte del animal o de las graves lesiones.

En cuanto al tipo de acto, se trata de un comportamiento génesis, el maltrato, que debe suponer una intervención en la salud o integridad y que debe tener un impacto significativo en las funciones vitales de los animales o conllevar su muerte. Dice la Corte Constitucional que el reato “*prohíbe una conducta matriz que se manifiesta en dos posibles resultados. Así, se prohíbe el maltrato por cualquier medio o procedimiento, que tenga como consecuencia (a) la muerte del animal o (b) la producción de lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física*”². De ahí que debe producirse un acto de maltrato que conduzca a uno de esos dos resultados. Según la Directiva 003 de 2021 de la Fiscalía General de la Nación, “*para el derecho penal solo tienen relevancia los eventos de maltrato animal que impliquen excesiva violencia que causen la muerte o el menoscabo grave de la salud o la integridad del animal*”. De ese modo, tanto la muerte o la lesión generada es necesario que estén vinculadas al maltrato derivado de acción u omisión.

En particular con la acción de maltrato, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como “*tratar con crueldad, dureza y desconsideración a una persona o a un animal, o no darle los cuidados que necesita*”. Sobre la determinación o ilustración de los actos que pueden considerarse maltrato concierne hacer la siguiente reflexión.

En la sentencia C-041 de 2017, la Corte Constitucional revisó la exequibilidad de unos apartes del tipo penal y trazó importantes consideraciones que permiten la mejor comprensión de esa figura. Aludiendo a la expresión “*menoscaban gravemente*”, reconoció que la norma tenía cierto grado de indeterminación, mas, con una mediana labor interpretativa podía entenderse

² C-041 de 2017.

como la intervención en la salud o integridad con un impacto significativo en las funciones vitales de los animales, tomando en consideración la naturaleza o características del animal. Decantó que los actos de maltrato que no producen la muerte de los animales, comprendidos por el tipo penal, pueden identificarse acudiendo a algunos comportamientos descritos en el artículo 6o del Estatuto de Protección Animal (Ley 84 de 1989). Dicha prescripción prevé que son hechos dañinos y actos de crueldad para con los animales, a título enunciativo, los siguientes: herir o lesionar a un animal por golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego, causar la muerte innecesaria o daño grave a un animal obrando por motivo abyecto o fútil; toda privación de aire, luz, alimento, movimiento, espacio suficiente, abrigo, higiene o aseo, tratándose de animal cautivo, confinado, doméstico o no, que le cause daño grave o muerte; confinar uno o más animales en condiciones tales que le produzca la asfixia; ahogar a un animal, etc.

Si bien es que la Corte Constitucional trajo primigeniamente ese criterio para esclarecer la expresión “*menoscaben gravemente*”, que hace alusión a las lesiones que se producen en contra del animal, también constituye parámetro para interpretar, en general, si un acto constituye el tipo de maltrato que reclama el tipo penal. En el artículo 6 del Estatuto de Protección Animal se establece una serie de actos que son considerados crueles, reflejan una injerencia intensa en la dignidad del animal y a veces definitiva en su integridad o salud, que es precisamente lo que coincide con la acepción de maltrato que implica el delito, a saber, la “*intervención en la salud o integridad con un impacto significativo en las funciones vitales de los animales*”³. Las prácticas señaladas suelen referirse a conductas cuya configuración depende de que se produzca

³ C-041 de 2017.

un efecto, y en esa medida coinciden con la naturaleza del tipo analizado, que es de resultado y no de mera conducta.

La lesión a la vida o integridad física de los animales también puede ser derivada de actos de negligencia y omisiones por parte de quienes tienen el deber jurídico de protegerlo, para lo cual debe establecerse con claridad la relación jurídica con el animal y deber de cuidado de este. En la Directiva 003 de 2023 la Fiscalía General de la Nación conceptuó que *“los deberes de garante frente al animal permiten que el maltrato sea generado por omisión impropia (comisión por omisión). En consecuencia, constituye maltrato animal la muerte o lesión grave producto de la falta de atención y cuidado - incumplimiento de los deberes derivados de la posición de garante- por ejemplo, casos asociados a desnutrición o falta de atención médica veterinaria”*.

El bien jurídico protegido es la vida y la integridad física y emocional de los animales.

Al respecto, cabe puntualizar que a través del tiempo se ha concebido a los animales y a la naturaleza como cosas al servicio del ser humano de las que puede disponer libremente y encontrar justificado su abuso. Sin embargo, desde la Constitución Política de 1991 se instituyeron nuevos parámetros en la relación persona y naturaleza. La Carta concibió el medio ambiente sano como un principio del Estado Social de derecho, un derecho constitucional individual y colectivo y un deber para las autoridades y los administrados de su protección y conservación.

En cuanto a esto último, gradual y progresivamente en la jurisprudencia constitucional⁴ se ha avanzado en concebir a los animales como seres sintientes y dignos, con un valor intrínseco y que resultan por sí mismos objeto de garantía y protección, para superar así la antigua noción de simples recursos o elementos de explotación a disposición de la persona. Allí reside un enfoque de la defensa al medio natural y ecológico que va más allá de la perspectiva antropocentrista. La preocupación por salvaguardar los elementos de la naturaleza no debe justificarse por el papel que representan para la supervivencia del ser humano o la funcionalidad que cumplen en el ecosistema, sino principalmente como sujetos de derechos individualizables al ser seres vivos.

En ese escenario se inscribe el tipo penal de maltrato animal, cuyo bien jurídico que busca proteger es su bienestar, esto es, la vida, integridad física, psíquica y la salud de los animales, precisamente como seres vivos dignos y capaces de sentir emociones y sufrir, de ahí que deban recibir especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por los humanos.

Por otro lado, es un tipo penal doloso, ergo, no admite la modalidad de culpa. Así también lo entendió la Fiscalía General de la Nación, que en su Directiva 003 de 2021 consignó que *“el maltrato animal no contiene elementos subjetivos especiales diferentes al dolo en la realización de la acción. Así, se requiere probar únicamente la capacidad de comprensión y voluntad en la realización de la acción que genera el menoscabo en la integridad del animal, sin que sea necesario especificar la finalidad, motivación y otros elementos subjetivos de la conducta.”*

⁴ SU-016 de 2020.

7.3. La comisión por omisión

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. En tratándose de acciones negativas o de índole omisivas suelen distinguirse las de omisión propia y las de omisión impropia o comisión por omisión. Estas últimas tienen lugar cuando el resultado, que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer.

Allí se debe verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que, de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado y el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, quien debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que la omisión impropia se *“configura cuando el sujeto agente teniendo la posición de garante omite realizar el comportamiento mandado por el ordenamiento jurídico, pretermisión que produce el resultado típico, razón por la cual le es atribuible ya que teniendo la capacidad de evitar el resultado no lo hizo”*⁵.

Por lo anterior, incurre en delito por vía de la omisión impropia aquél en quien concurren los requerimientos para que ostente la posición de garante, correspondiéndole la misma sanción del delito que se ejecuta por una conducta activa. De ahí que anejo al concepto de comisión por omisión se encuentra el de la posición de garante.

⁵ SEP 00017-2021, 24 oct 2021.

Ostenta posición de garante quien, por competencia organizacional, institucional o de injerencia, tiene el deber de cuidado respecto de un bien jurídico protegido. Justamente, aquella es entendida como el deber que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que este se produzca cuando es evitable, controlando o protegiendo determinado bien jurídico o vigilando a otras personas ante una fuente de riesgo.

Para tal efecto, corresponde determinar si al agente le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible, siempre que concurren estos elementos: (i) situación de peligro para el bien jurídico; (ii) no realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado, lo que eleva el riesgo creado; (iii) posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida para lo cual debe tener: a) conocimiento de la situación típica, o sea, que el resultado se va a producir, b) tener los medios necesarios para evitar el resultado, y, c) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado y producción del resultado.

Cabe anotar que el artículo 25 del Código Penal enlista cuatro situaciones que son configurativas de la posición de garante. Se trata de cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio, cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas, cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas y cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Respecto de ellas ese canon consagra que solamente se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. Ello en principio haría pensar en la imposibilidad de predicar la posición de garante en punibles distintos a esos.

No obstante, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha decantado que el artículo 25 está compuesto de dos partes. La primera, que atañe a los incisos 1º y 2º, de acuerdo con los cuales se contempla la inicial y más tradicional posición de garante, que se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el deber jurídico de impedir un resultado jurídico y no lo evita pudiendo hacerlo, esto es, apunta a los delitos de comisión por omisión. Aquí, la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar un bien jurídico. Entonces, cuando el autor tiene el deber jurídico de obrar y no lo hace rompe la posición de garante.

Por otro lado, la segunda parte corresponde al inciso 3º con sus cuatro numerales. Alude a un ulterior desarrollo del tema de la posición de garante cuando su análisis *“comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los*

“deberes de aseguramiento en el tráfico”⁶. Criterios que solamente operan respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales.

Por razón de ello, existe posición de garante tanto en la primera parte del artículo como en la segunda, siendo que respecto de la primera se predica de cualquier bien jurídico en el que la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo. Es así que la alta Corporación “*ha admitido la existencia de una posición de garantía general contenida en la primera parte del artículo 25 del Código Penal, aplicable para delitos diversos a los relacionados en el párrafo*”⁷.

Debe recordarse, en todo caso, que la dimensión de la obligación de actuar derivada de la *calidad de garante* no es irrestricta, por cuanto persiste hasta el límite de la probabilidad de conjurar el resultado lesivo, es decir, hasta donde el obligado esté en posibilidad física y real de evitarlo⁸.

La posición de garante es predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, pues la forma de realización externa de la conducta, es decir, si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora es irrelevante, porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si se es garante no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino si ha cumplido con los deberes de

⁶ CSJ SP, 27 jul. 2006, rad. 25536.

⁷ CSJ SP, 11 abril. 2018, rad. 49433.

⁸ CSJ SP, 16 mar. 2022, rad. 54940.

seguridad. Por eso, la posición de garante no se puede considerar como un elemento exclusivo de imputación de delitos de omisión⁹.

Sabido eso, es imprescindible destacar también, por el interés que reporta para este asunto, que en los delitos que se cometen por omisión impropia o comisión por omisión la única forma pasible de participación en el hecho es la autoría, luego, en ellos se descarta la coautoría, la complicidad, etc. Ello obedece a que tales punibles demandan de la figura de la posición de garante, la que reclama un concepto unitario de autor en el incumplimiento del deber legal que la ley le impone a un sujeto de ejecutar labores de salvamento y protección. Veamos:

“Vale la pena destacar aquí que dadas las especiales características del delito de omisión impropia, cabe afirmar que para realizar tal tipo de ilicitud se requiere tener la posición de garante, siendo la autoría la única forma posible de participación en un hecho de esa naturaleza; sin embargo, algún sector de la doctrina ha admitido la coautoría propia cuando el acuerdo previo versa sobre el incumplimiento de un deber de actuar, mientras que otro grupo se niega a reconocer dicha hipótesis afirmando que a lo sumo se podría presentar una autoría simultánea, toda vez que la infracción de deber derivada de una posición de garante no admite subdivisión alguna.

Roxin¹⁰ explica en qué caso puede presentarse la coautoría en un delito de comisión por omisión, señalando que varios autores pueden ser considerados como autores de un hecho omisivo, cuando un sujeto actuante y otro omitente cooperan como coautores de un hecho común o cuando varios omitentes son titulares de un deber común y no están llamados a actuar como individuos singulares, en ambos casos, debe corroborarse la existencia de una coordinación por acuerdo para dar lugar a la atribución del hecho a título de coautoría.

Este tratadista también acepta la participación a título de complicidad en los punibles de omisión impropia por parte del garante, cuando los autores por comisión realizan un tipo penal que no puede ser realizado por omisión y no existe un tipo prescriptivo autónomo.

Sin embargo, la posición dominante, como desarrollo de un concepto unitario de autor, el cual es acogido por nuestro legislador penal, de ahí que en el delito de omisión impropia sólo cabe la autoría, pues si el sujeto ostenta la posición de garante por tener la

⁹ CSJ SP, 9 mayo 2018, rad. 46263.

¹⁰ ROXIN, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000. Séptima edición. Pág. 508.

obligación jurídica de salvaguardar un bien jurídico y el mismo es lesionado así sea por la acción de un tercero, responde como autor de tal hecho a título de comisión por omisión.

El anterior planteamiento también impide admitir otras formas de participación en el delito de omisión impropia, como por ejemplo, la complicidad del garante si la lesión al interés jurídico es causada por un tercero, pues éste siempre será autor en la medida que esta categoría se deriva del simple hecho de incumplir el deber legal que le impone ejecutar labores de salvamento y protección.”¹¹ (Negritas fuera del texto original)

7.4. Caso concreto

7.4.1. Consideraciones iniciales sobre la vulneración al principio de congruencia

Previo a ocuparnos de la valoración probatoria es necesario referirnos al cargo de la defensa a través del cual se postuló la vulneración al principio de congruencia. En el criterio de esa parte procesal, la fiscalía en la imputación no precisó si el hecho fue realizado con dolo directo o indirecto, y en cambio en la acusación dijo que se trataba de dolo de segundo grado, además, por un delito de omisión, que fue por lo que finalmente se condenó al encartado.

En general, el principio de congruencia dicta que el procesado solamente podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación, evitando sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción. Ese postulado puede ser infringido por acción y omisión cuando el funcionario judicial condena por: *“(i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el*

¹¹ Ibidem. Ver también CSJ SP, 4 oct 2023, rad. 54698.

que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación”¹².

En el asunto examinado, cierto es que, por infortunio, como lo denuncia la señora defensora, no fue posible contar con el registro de audio de la audiencia de formulación de imputación, sino tan solo con el acta de la diligencia. Pese a los esfuerzos de la Sala por obtener esa pieza procesal, que no estaba incluida en el expediente, al final se conoció que solamente 5 minutos de la audiencia, que corresponden a la presentación de los sujetos procesales, quedaron grabados, sin que se registrara, por razones desconocidas, el grueso de la audiencia.

No obstante, ello no impide que, a partir de la información consignada en el expediente, que en todo caso no ha sido tachada de falsa, incorrecta o inexacta, se pueda aceptar que la persecutora penal endilgó fácticamente al acusado de haber grabado el lanzamiento de *Luna* desde la garita, lo cual desembocó en su fallecimiento, y de no haber hecho nada para detener el fatal suceso, lo que fue encuadrado por la fiscalía como coautoría material, a título de dolo indirecto y por conducta consumada del delito de maltrato animal agravado por la condición de servidor público del encausado.

Ahora bien, la acusación se gestó por igual componente histórico, mientras que en lo que hace al aspecto jurídico indicó que se acusaba por un delito de “*maltrato animal agravado por omisión*”, bajo la figura del dolo indirecto y en calidad de coautor.

¹² CSJ SP, 29 mayo 2024, rad. 57851.

A su turno, la sentencia condenó al señor ... por no haber evitado, estando en poder de hacerlo, la muerte de la canina, esto, como coautor impropio, por comisión por omisión en el punible de maltrato animal y con dolo de segundo grado, siendo además que en la dosificación punitiva le increpó como circunstancia de mayor punibilidad el haber obrado en coparticipación criminal.

Puestas así las cosas, en primer lugar se tiene que en cuanto al teatro fáctico el proceso ha transitado desde la formulación de imputación, pasando por la acusación, hasta la sentencia, por un mismo núcleo, sin que se dé cuenta de la aducción de novedosos aspectos fácticos o hechos jurídicamente relevantes por fuera de ese componente en las fases más avanzadas del rito penal. Es así que la condena fue emitida por hechos que sí quedaron incluidos en los juicios de imputación y acusación. Resta por decir que sobre este punto finalmente la defensa no alegó algún menoscabo al principio de congruencia.

En lo que hace a lo jurídico, desde un comienzo la fiscalía endilgó al procesado haber actuado con dolo y, si bien es cierto que fue en la acusación que precisó que se trataba de dolo de segundo grado, ello no supone el quebrantamiento al principio de congruencia, porque se trata de una especificación netamente jurídica en cuanto a un punto muy específico, cual es desde una consideración dogmática qué tipo de dolo se trata, que no viene acompañada de la aducción de nuevos hechos, y que finalmente no apareja un tratamiento más desfavorable desde el punto de vista punitivo para el encausado. Lo mismo debe decirse del tipo de acto que se endilga respecto del delito. Aunque en la imputación no se advirtió jurídicamente que se trataba de un reato de comisión por omisión, como sí sucedió en lo restante del proceso, se trata tan solo de una precisión jurídica que desde el punto de vista fáctico en la imputación sí se respaldó al decir que el encausado había omitido evitar la muerte del animal, y

que su señalamiento en la acusación no presupone una persecución penal más grave en contra del acusado. En cuanto al grado de participación, es notable que la coautoría fue atribuida a lo largo de todo el proceso.

En lo que sí es dable notar un quebrantamiento al principio de congruencia tiene que ver con que, sin haberse imputado ni alegado circunstancia genérica de mayor punibilidad alguna, la primera instancia en la sentencia adujo que el acusado había actuado en coparticipación criminal, lo que le sirvió para tasar la pena en el segundo cuarto de movilidad. Para que se pudiera emitir condena por esa circunstancia de agravación era perentorio que la fiscalía cuando menos en la acusación la atribuyera clara y explícitamente, luego, al no haberse procedido así, la Judicatura estaba impedida oficiosamente de hacer un reconocimiento desfavorable en contra del procesado de una situación de esas.

No obstante, antes de determinar la consecuencia jurídica de ese dislate, naturalmente debe revisarse el grueso del asunto, que atañe a definir sobre la debatida responsabilidad penal del procesado, teniendo en cuenta que, a diferencia de lo acontecido con la mencionada circunstancia genérica de mayor punibilidad, en lo demás no se ha franqueado el principio de congruencia.

7.4.2. Consideraciones sobre la acusación alternativa de la fiscalía

Otra temática que previamente debe ser abordada es la relacionada con la forma cómo la fiscalía presentó la acusación en contra de ..., porque la precisión de este aspecto influirá en la manera cómo debe asumirse la valoración probatoria en este caso.

Comencemos por decir que por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, fenómeno

que denota que la fiscalía está dubitativa o en otros casos que no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes. Desde luego, un proceder de ese estilo no puede ser avalado, porque más allá de que puede llevar al fracaso de la pretensión punitiva del Estado compromete seriamente el ejercicio defensivo al plantear escenarios disyuntivos de responsabilidad penal, sea en la calificación jurídica o en los hechos que se atribuyen, que demandarían estrategias de contradicción y defensa no solamente diversas, sino inclusive potencialmente incompatibles.

Por eso, “el ejercicio de imputación fáctica y de adecuación típica no puede ser accidental, por lo que no se puede permitir a la Fiscalía que plantee escenarios abstractos e inespecíficos de ejecución u omisión punibles, a la espera de que, practicadas las pruebas, la judicatura encontrará acreditada alguna de las alternativas que fueron propuestas”¹³.

Ha debido hacerse la precedente glosa, en tanto que el cotejo de lo sucedido en el proceso vislumbra el planteamiento por parte de la fiscalía de una acusación alternativa, de forma puntual en la calificación jurídica, que necesariamente tiene consecuencias procesales.

Recordemos que, por los hechos con significancia jurídica relativos a que el señor ... grabó con su celular cuando sus compañeros acabaron con la vida de la canina *Luna* y a que no evitó tal atroz acto, la entidad instructora calificó esa conducta como maltrato animal agravado, en calidad de coautor, a título de dolo y como conducta omisiva, indicando, por un lado, que en el delito a dicho ciudadano le había correspondido la tarea de filmar el acto, siendo esa su contribución; y, por otro, que lo que se reprochaba de su proceder era que

¹³ CSJ SP, 11 ago. 2021, rad. 58837.

teniendo el deber de proteger a la mascota y estando en posibilidad de hacerlo no evitó de ninguna manera que sus compañeros mataran a *Luna*.

Aunque al final el énfasis que hizo el Juez de primer nivel en la sentencia fue en la segunda línea acusatoria, pues condenó al procesado por un delito de comisión por omisión y no porque diera por sentado que participó en la muerte del can a través de su contribución filmográfica, es lo cierto también que el funcionario judicial coligió que ... había participado justamente como coautor impropio y que sí tuvo dominio sobre el hecho (lo que implica que aceptó que al procesado le correspondió desarrollar una tarea como su aporte al delito), pero a la par también exhibió que el injusto lo perpetró bajo la figura de la omisión impropia habiendo soslayado la posición de garante que le compelia a proteger a la perrita.

En esas condiciones, se dice que la fiscalía planteó una acusación alternativa o disyuntiva, y que ello de alguna manera tuvo eco en la Judicatura de primer grado, merced a que, como arriba se estudió, la comisión por omisión no admite forma de participación distinta a la autoría, esto es, excluye la coautoría, luego, ambos institutos resultan contradictorios o incompatibles entre sí. Esto tiene relevancia desde lo fáctico en la medida en que una cosa implica decir que el acusado convino con sus compañeros de batallón cegar la vida del animalito dividiéndose cada uno su trabajo, conducta que no es omisiva, sino activa, y otra diametralmente distinta es que el justiciado haya omitido proteger la vida de *Luna* y no haya evitado que otros causaran su muerte, allí donde dogmáticamente no puede haber coautoría. Pese a ello, se insiste en que la persecutora penal compuso su pretensión punitiva de forma paralela con ambas hipótesis, que es un proceder que por su implicancia en el derecho de defensa no se puede tolerar.

Con la anterior acotación la Colegiatura pasará a valorar el acervo probatorio.

7.4.2. Valoración probatoria

En el asunto bajo examen está probado, conforme a la segunda estipulación suscrita por las partes, que el día 8 de junio de 2020 el señor ... prestaba servicio militar obligatorio en la base militar El Páramo de Puerres, Nariño, como orgánico grado 18 de la compañía espoleta del Batallón de Ingenieros No. 23 General Agustín Angarita Niño con sede en Ipiales.

Así mismo, según la declaración del propio procesado, el soldado tenía como función cumplir con la orden el día que le asignaban por escrito sus superiores, siendo que en su caso para aquella data su deber era prestar guardia como centinela en la garita No. 1 de la base El Páramo, lo que implicaba estar en la barra ubicada en dicho lugar y estar pendiente de los carros que pasaran para levantar y bajar la talanquera.

En relación con las funciones del procesado, concurrió como testigo de cargo el coronel Fernando Díaz Melo, para la fecha de los hechos Comandante del Batallón No. 23 de Ingenieros. Es preciso anotar, primeramente, que dicho testimonio, a diferencia de las demás pruebas que se practicaron en la vista pública, fue tomado vía virtual, forma de recepción del testimonio que no merece objeción, a no ser por los problemas en la grabación y conservación de ese testimonio. Al expediente se allegó un registro de audio en el que es imposible la escucha de la intervención del mencionado funcionario castrense, y aunque también se consignó un enlace aparentemente contentivo con exclusividad de ese testimonio, nunca fue posible acceder a él, pese a los requerimientos y búsqueda efectuados por el Despacho sustanciador.

No obstante, esa irregularidad no acusa mayor trascendencia, en tanto que es dable para la Sala hacer una reconstrucción de los dichos del testigo a partir de lo consignado en la sentencia de primer nivel, cuyo contenido no ha sido refutado como falaz o no cierto por la defensa, al cabo de que la contradicción exhibida por la censora en este punto recae, no sobre el contenido de la declaración, sino sobre los alcances o interpretación que la primera instancia le dio para soportar la condena finalmente emitida.

Con esa necesaria acotación, tenemos que, aunque el Funcionario no era el inmediato superior jerárquico del procesado, sí ofreció algunas explicaciones en relación con las funciones generales que debían cumplir quienes se desempeñaban como centinelas en las garitas. Así, el Comandante señaló que a dichos uniformados les incumbía velar por la seguridad del personal que está desarrollando otras actividades, emitir las alertas tempranas y permanecer solo en el lugar sin permitir el acceso a otras personas a dicha locación. No sobra destacar, por lo demás, que aquel personaje no fue testigo presencial de los hechos, como sea que se enteró de los mismos tras la visualización del video.

En cuanto a la ocurrencia de los hechos relativos al lanzamiento de la canina desde la garita y su posterior deceso, es necesario precisar que la fiscalía no llevó al juicio oral testigo alguno que hubiese presenciado tal suceso, tan solo hizo acopio de video filmado por el acusado, por lo que en el torrente probatorio únicamente se cuenta con la declaración del procesado en punto de la representación de ese hecho, presentada como prueba de descargo, y lo que objetivamente devela el video.

Así las cosas, el encausado previamente describió que en la base había aproximadamente 15 perros, entre ellos la canina *Luna*, que era la más pequeña. Dijo que al animalito el procesado le había tomado cariño, pues lo

seguía para todas partes, y por ello él junto con otros de sus compañeros, con quienes pernoctaban en el mismo núcleo o habitación, cuidaban de ella, la alimentaban, jugaban, se tomaban fotos, inclusive la hacían dormir en el mismo lugar y la protegían de las agresiones y amedrentamientos que a la perrita le hacían otros uniformados (entre ellos, ..., quien días antes había dicho que mataría al animal), siendo por ello que la hacían quedarse en el dormitorio.

Resaltó que..., en particular el primero, eran personas conflictivas, pues estaban involucrados en situaciones de robo de celulares, tanto que al procesado uno de ellos intentó hurtarle su medio de comunicación en alguna oportunidad, sin lograrlo; también porque ni siquiera respetaban a sus superiores, de hecho, en alguna ocasión ... había amenazado al cabo Carabalí con dispararle al piso; igualmente, ... solía cargar su armamento sin el elemento de seguro, lo que generaba miedo y tensión en la base; asimismo, solía maltratar a los animales de la estación y en especial a *Luna*, a la que ya le había pegado con su fusil.

Igualmente, el procesado narró que el 8 de junio de 2020 a las 5:00 de la mañana se dirigió con Valencia y Tabares a la garita No. 1 y allí se tomaron una foto con *Luna*, luego fueron a desayunar y posteriormente se retiraron a la habitación a descansar, encontrándose acompañado de la canina, a la que alimentó con pan. Rememoró que como a las 11:00 de la mañana recibía el turno de centinela su compañero Hurtado, le preguntó si dejaba a la mascota en la habitación o si se la llevaba, frente a lo cual ... le respondió que era mejor que se la llevara, ya que en ese momento no podía cuidar de ella. De ese modo, el encausado se desplazó a la garita y allí arribaron ... a “*recochar*” y molestar, acciones frente a las cuales él no les prestó atención. Posteriormente, ..., quien no tenía su armamento asegurado, se retiró, pero enseguida regresó, esta vez con *Luna* en sus manos, manifestando que iba a lanzarla desde la garita. Ante

ello, ... le dijo a ... que no lo hiciera y lo amenazó con grabar lo sucedido, lo que provocó la risa de aquel, quien rápidamente procedió a lanzar a *Luna* desde la garita. Después de eso, ... se bajó de la garita y le dijo a ... que trajera una pala.

Entretanto, ... le señaló con actitud intimidante y con su arma al procesado que borrara el video, sin embargo, ... logró enviárselo a su madre, con la petición de que no lo borrara, porque luego se lo pediría. Hay que indicar en este punto que al torrente probatorio la defensa allegó el testimonio de la señora ..., madre de... La declarante aseveró que el 8 de junio de 2020 su hijo la llamó y le envió el mencionado video con la indicación de que lo guardara, porque luego se lo pediría y asimismo le explicaría lo sucedido. Refirió la atestante que ella compartió el video con su hermano y este por su parte lo hizo con un individuo de nombre Héctor Ocampo (animalista), quien finalmente lo subió a redes sociales aproximadamente el día 16 de ese mes. Por último, denotó que en el hogar se le inculcó el amor por los animales y que su hijo tuvo varias mascotas.

Pues bien, continuando con el testimonio del acusado, comentó que su intención de grabar el video era para que quedara una prueba de quiénes habían matado a la perrita, por eso se ocupó de enfocar bien a los participantes del hecho. Además, aceptó que eso fue lo único que podía hacer en el momento, porque no tenía radio, gritar era infructuoso, ya que nadie lo escucharía, y porque a ... y sus compinches él les tenía miedo.

El testigo relató que al poco tiempo Hurtado se enteró en la base de la muerte del animalito, lo que hizo que este le reclamara por lo sucedido a ... y allí se tranzó una discusión en la que este amenazó a aquel con hacerle un disparo a los pies. La discusión alentó a la intervención del cabo Carabalí y del sargento

Isagil, quienes se enteraron de lo acontecido y pusieron orden a la situación y posteriormente trasladaron a ... a otra base.

Por último, expresó que en la noche de ese día se comunicó con su mamá contándole entre llanto lo que había pasado con la perra y que posterior a los hechos ... lo siguieron amenazando y hostigando por no haber borrado el video y porque luego esa filmación se filtró en redes sociales. Eso mismo fue indicado por la madre del encausado.

Es turno ahora de ocuparse del video ingresado al juicio oral. En primer lugar, hay que destacar que la autoría de la grabación de ese registro de audio y video que fue llevado al juicio oral y su contenido íntegro han sido aceptados por el procesado mismo, por lo que no es necesario recabar más probanzas para aceptar que el que fue exhibido en la vista pública corresponde al que filmó por su propia cuenta el acusado, siendo también innecesaria toda discusión sobre la forma cómo los investigadores de la fiscalía ubicaron en la red el video y lograron extraerlo.

En segundo lugar, dicha prueba documenta un contenido de 12 segundos de duración con las siguientes escenas: quien lo filmó se encuentra en el piso o en la parte baja de la garita, mientras que en la parte superior están situados dos soldados, uno de ellos el que tiene entre sus manos a *Luna* y quien corresponde al señor..., mientras que al lado está sentado otro uniformado, ambos con actitud jocosa, e igualmente en la parte inferior de la garita se encuentra otro soldado; antes de que ... lanzara al animal, una persona que no ha podido ser identificada, emitió una voz indicando “no la lances”; seguidamente, ... procedió a lanzar a la canina con fuerza hacia adelante y esta cayó sobre un ducto o tubo; finalmente, la grabación enfoca al tercer

soldado que se encontraba en la parte inferior de la garita, riéndose a carcajadas.

Según la explicación ofrecida por el investigador de la fiscalía, Jairo Alfonso Guerrero Fajardo, la altura de la garita era de 2.35 metros y la distancia desde el punto exacto donde fue lanzada hasta donde cayó corresponde a 12.40 metros.

Ese hecho produjo la muerte de la canina. Tal como quedó demostrado con la estipulación probatoria No. 3, *Luna* falleció como consecuencia de un politraumatismo severo por contusión, siendo el más grave la lesión localizada en la región del encéfalo, además de presentar fracturas en el fémur y el cráneo.

La defensa también llevó al juicio oral al señor Juan Pablo Rosas, quien para la época de los hechos fungía, en su calidad de soldado, como escribiente de la Unidad de la base El Páramo. Es necesario dejar constancia que el registro de audio de ese testimonio es defectuoso, en la medida en que no es posible la escucha de plurales apartes de la declaración de dicho individuo. Sin embargo, en lo que sí es posible de percepción, el testigo dio cuenta de la existencia de algunas anotaciones negativas en contra de... , una de ellas por la insubordinación hacia el cabo Carabalí.

El anterior recuento probatorio nos permite dilucidar las siguientes conclusiones:

Primero, en materia de la primera hipótesis disyuntiva de la fiscalía, conforme a la cual ... se concertó con ... para cegar la vida de *Luna*, siendo que al procesado le correspondió aportar en esa empresa criminal el registro en video

del lanzamiento del animal desde la garita, debe decirse desde ya que la precaria producción probatoria de cargo en forma alguna soporta esa alegación.

Recordemos que la coautoría, en particular la impropia, se presenta cuando hay división de trabajo, al punto que incluso algunos pueden realizar comportamientos objetivamente impunes, pero que por el acuerdo expreso o tácito de voluntades y la identidad en el delito se hacen responsables de todo, y en el que la producción del resultado típico es producto de la voluntad común o de un designio común que ata a la totalidad de cuantos intervienen en actos orientados a su ejecución. Es así que la coautoría impropia, también llamada funcional, descrita en el inciso 2º del artículo 29 del Código Penal, exige la necesaria presencia de los siguientes elementos: i) un acuerdo o plan común, el cual puede ser expreso o tácito y surgir en forma previa a la comisión del delito o concomitante a su ejecución; *“es decir, el convenio puede constituirse de manera intempestiva, sin una formalidad especial, pues basta, por ejemplo, un gesto, un ademán, una mirada, un asentimiento, en suma, la expresión clara en la coincidencia de voluntades orientada a la realización de un mismo objetivo delictivo”*¹⁴; ii) división de funciones, y, iii) trascendencia del aporte en la fase ejecutiva del ilícito.

En el plenario no existe prueba siquiera indirecta y menos directa de que ... hubiese convenido, aun de forma intempestiva y, de cualquier manera, expresa o tácita, con los 3 soldados que aparecen en el video, arrojar a la perrita desde la garita para lesionarla o acabar con su vida y, en consecuencia, que tampoco la grabación del video hubiese correspondido a una pactada división de funciones.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4904-2018 del 14 de noviembre de 2018. Radicado 49884. Reiterada en SP1129-2022 del 6 de abril de 2022. Radicado 58754.

El coronel Fernando Díaz se refirió a las funciones de quienes prestaban su guardia en la garita como centinelas y no presencié los hechos, tan solo los conoció tras haber observado el video, luego, en forma alguna puede dar cuenta de si en el momento en que los soldados estaban en la garita consensuaron tirar a *Luna* por los aires o si lo hicieron antes. El investigador Jairo Alfonso Guerrero Fajardo se ocupó de la inspección al lugar de los hechos, tiempo después de su ocurrencia, y captó algunas fotografías del lugar. El investigador Jairo Pantoja Murillo obtuvo unos fotogramas del video que rondaba en redes sociales. Finalmente, el testigo Pablo Andrés Gaviria habló de cómo obtuvo el video de las redes sociales.

En tal medida, como prueba de acusación que se refiera directamente a los hechos solamente obra el citado video, pero este es insuficiente para desglosar los elementos que configuran la coautoría impropia, porque de él únicamente puede desprenderse que ... grabó el momento en que ... arrojó a la perrita junto con otros dos soldados. Así, no media otro contenido probatorio que valide que ese acto de grabar respondió a una división concertada de funciones para violentar a la perrita. Y es que ni siquiera la tesis de la fiscalía puede ser colegida a través de indicios, porque por ejemplo, no se denota que el acusado, como sí sucedió con los demás uniformados, se encontraban en actitud jocosa, celebrando la penosa hazaña de ... o que hubiere hecho alguna expresión de apoyo al acto.

Desde el otro extremo, la defensa ha sabido plantear una hipótesis alternativa que resulta verdaderamente plausible a falta de contradicción por parte de la fiscalía y que encuentra soporte en los medios de conocimiento aducidos al plenario. En efecto, véase que el acusado no sostenía ninguna relación de amistad ni cuando menos era cercano a... , por lo contrario, había tenido

inconvenientes cuando su grupo le había intentado hurtar el celular, y además, esos uniformados eran conocidos por su mal comportamiento al interior de la institución, mismo que incluía insubordinación. No se pierda de vista tampoco una circunstancia post delictual muy dicente y es que después del despiadado acto el procesado recibió amenazas de..., primero, para que borrara el video y, después, porque este se había filtrado y había sido conocido. Además, la entidad instructora no ha refutado que el procesado, junto con otros soldados, cuidaban a la perrita, la alimentaban, permitían que pernoctara con ellos en el núcleo y trataban de protegerla frente a las arremetidas de... Así las cosas, muy difícilmente puede pensarse que ...se haya concertado antes o intempestivamente con aquellos sujetos despiadados para acabar de esa forma con la vida del animal.

Podría esgrimirse que las anteriores premisas se fundamentan en el dicho del propio acusado, cuya verosimilitud es menguada por el natural interés de defender su propia causa, sin embargo, la sola condición del testigo es insuficiente para desechar su credibilidad, pues para ello a la luz de la sana crítica es que debe sopesarse el testimonio. En tal orden, la Sala no aprecia que el relato y las afirmaciones del acusado sean mendaces o estén amañadas, por lo contrario, su exposición ha sido diáfana, natural y sosegada, y no muestra contradicción con los medios de prueba habientes en el plenario.

En suma, la primera hipótesis de la fiscalía está llamada a fracasar.

Segundo, en cuanto a la tesis sobre la comisión por omisión del delito y el quebrantamiento de la posición de garante, también anúnciese que la titular de la acción penal no satisfizo la carga probatoria y argumentativa que le correspondía y, en cambio, la defensa erigió una que le viene verosímil al proceso.

Inicialmente, partamos indicando que, en términos generales, el procesado sí tenía el deber de protección hacia *Luna*. La Ley 84 de 1989, o Estatuto de Protección Animal, contempla en su artículo 4 que toda persona está obligada a respetar y abstenerse de causar daño o lesión a cualquier animal e igualmente debe denunciar todo acto de crueldad cometido por terceros de que tenga conocimiento. Así mismo, el artículo 3 de la Ley 1774 de 2016 prevé que el Estado, la sociedad y todos sus miembros tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física, así como tienen la responsabilidad de tomar parte activa en la prevención y eliminación del maltrato, crueldad y violencia contra los animales, siendo también su deber abstenerse de cualquier acto injustificado de violencia o maltrato contra estos y denunciar aquellos infractores de las conductas señaladas de los que se tenga conocimiento.

Por otro lado, acierta el Juzgador de primera instancia al reseñar que, dado el contexto en el que se produjo la fatal agresión a *Luna*, el acusado tenía el deber de protección hacia la canina al cabo de que había presenciado las agresiones que ... le venía propinando y era conocedor de la revelada manifestación de aquel de que algún día acabaría con su vida. Es decir, la perrita se encontraba en una situación de riesgo cierto y fundado que era cognoscible para el encartado.

Sin embargo, ello no resulta suficiente para predicar el quebrantamiento de la posición de garante, en la medida en que los demás elementos se encuentran ausentes.

Cierto es que para el momento de los hechos era evidente que ese riesgo se iba a consolidar tras ver a ... en la parte superior de la garita sosteniendo a la perra y vociferando que iba a lanzarla. No obstante, no es cierto que ... no hubiese actuado con el ánimo de evitar la conducta delictiva de los terceros, cosa distinta es que sus actos no hayan logrado disuadir a los soldados de no matar a la perrita. En un relato que no fue contradicho por la fiscalía, está probado que el acusado al ver la escena amenazó a ... con filmar los hechos si continuaba con su propósito delictivo, con el convencimiento que ello haría desistir de la reprochable acción a los uniformados, empero, no lo logró y lo único que consiguió fue que esos funcionarios se rieran y continuaran con su plan.

Paradójicamente, la primera instancia reconoció que ese fue el proceder del procesado, pero le restó importancia, pues indicó que este debió actuar de otra forma más idónea y eficaz, quizá de manera heroica, y que el hecho de no hacerlo constituía delito. Sin embargo, resulta palmario que la actuación del encartado de grabar la escena con la creencia de que ello haría desistir a los malhechores descarta uno de los elementos de la posición de garante y de la comisión por omisión, esto es, la omisión en sí misma o la no realización de la acción debida.

Ahora, no puede obviarse que en ese momento ... no tenía un radio de comunicación para alertar de lo que iba a pasar a otros miembros del pelotón o a sus superiores, como tampoco que en la escena aparecieron, no solamente..., sino dos soldados más, por lo que el encartado se encontró solo de cara a esa pluralidad de uniformados, y menos puede pasar inadvertido que aquel grupito era conocido por la insubordinación y desobediencia a sus superiores y que aquellos eran bastante problemáticos, tanto que Angulo Zamora como gesto de intimidación portaba su fusil sin seguro y ya había

amenazado a un cabo con dispararle, y no menos importante es que la garita estaba alejada de la base donde se encontraban los demás miembros del Ejército.

Se plasma esto para denotar que en esas condiciones el procesado no estaba en posibilidades reales y ciertas de evitar el resultado dañoso. Piénsese en ese ambiente si realmente el acusado podía impedir el acto de unos terceros con gritar, con enfrentarse solo a tres personas más, o si únicamente podía obligar a esos personajes a abandonar la garita o a impedirles efectivamente su acceso al lugar. Por eso es que para la Sala le resulta plausible y verosímil que ante la escena presenciada, ... haya optado por grabar lo acontecido para tratar de evitar lo que finalmente pasó.

La primera instancia, fiscalía y Ministerio Público también le reprochan al justiciado, por ejemplo, que contaba con un teléfono celular dotado de señal de comunicación con el que pudo dar aviso de lo que iban a hacer ...y sus compinches y que no impidió el acceso a la garita de esas personas, tanto que dos de ellas se posaron en la cima de ese lugar, cuando el procesado debía estar solo. Al respecto, el acusado señaló que el proceso del lanzamiento de *Luna* fue rápido, y como ello no ha sido controvertido ni reposa prueba que lo desmienta, entonces debe aceptarse que incluso la primera acción demandada también habría sido infructuosa; mientras que en lo segundo no obra prueba de que ... ciertamente hubiera consentido voluntariamente el ingreso de sus compañeros a la garita, por el lado opuesto, en el contexto divisado se comprende que aquel pudo haberse sentido forzado o intimidado ante la llegada de los visitantes a la garita.

En suma, contrario a lo que demandan las figuras bajo estudio, la fiscalía no probó que el resultado dañoso se hubiese generado, conforme el nexo de

evitación, por una aludida omisión en el comportamiento del procesado. La muerte de la canina se produjo por la acción deliberada de tres soldados y no porque ... no la haya impedido. De hecho, dentro de los límites de acción que le daba el contexto sí trató de hacerlo, aunque no lo consiguió, sin que le sea exigible una actuación épica para salvar su responsabilidad penal. En concreto, no media prueba que dicte que la muerte del animalito fue una consecuencia de su alegado no actuar.

Ahora bien, no sobre subrayar que la fiscalía tampoco pudo probar el dolo como elemento compositivo del delito.

El punible de maltrato animal, inclusive bajo la posibilidad de ser perpetrado de forma omisiva, solamente admite en nuestra legislación el dolo y no la culpa o la preterintención. En este caso la fiscalía planteó que el acusado actuó con dolo de segundo grado, dolo indirecto o de consecuencias necesarias. La conjunción de esos elementos implica que la persecutora penal debía demostrar que, aunque ... no quería de forma directa que se causara daño a *Luna*, comprendía que ese resultado se iba a producir necesaria y ciertamente como una consecuencia de su conducta, es decir, a partir de su omisión o de su falta de intervención para evitar que unos terceros terminaran con la vida del animal, y pese a ello continuó con su conducta pasiva con desprecio de la existencia de la mascota.

En el *sub examine*, se puede diáfamanamente descartar el dolo a partir de que el acusado cuidaba de *Luna* de distintas maneras, por ejemplo, la alimentaba, dormía con ella, la escondía o protegía del amedrentamiento de... , se tomaba fotos con ella y la trataba como su mascota. También, en la medida en que el procesado no sostenía ningún tipo de relación de compañerismo con los tres soldados, de hecho, a ... le tenía temor y ya había tenido un encuentro poco

amigable cuando aquellos le intentaron robar su celular. Asimismo, como su madre lo informó, el encausado se ha caracterizado por su amor a los animales, inculcado desde el hogar, tanto que ha tenido varias mascotas a las que ha cuidado.

Entonces, a lo que ya ha sido reconocido en torno a que la fiscalía no probó que el fallecimiento de *Luna* haya sido consecuencia del *no obrar* del procesado, existen elementos trascendentes como los precedentes que descartan que así sea con un dolo o intención indirectos él haya querido el resultado lesivo.

Estas consideraciones son más que suficientes para revocar la condena impuesta en primera instancia y absolver al procesado.

8. Decisión

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

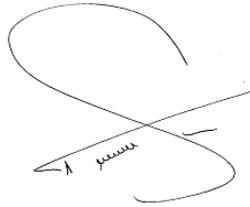
Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia condenatoria impuesta. En su lugar, absolver al señor ... del delito de maltrato animal.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto

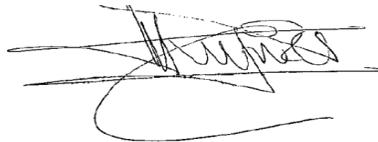
dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



Franco Solarte Portilla

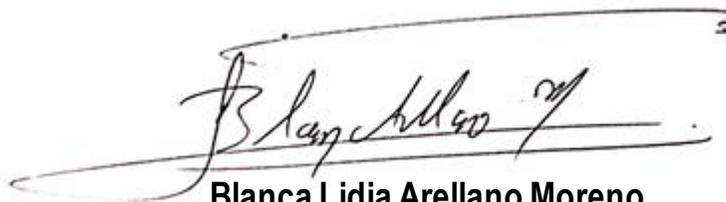
Magistrado



2901

Héctor Roveiro Agredo León

Magistrado



9118

Blanca Lidia Arellano Moreno

Magistrada



JUAN CARLOS ALVAREZ LÓPEZ
Secretario

