

Proceso No 12742

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

APROBADO ACTA No. 42

Bogotá, D. C. cuatro (04) de abril del dos mil tres (2003).

ASUNTO

Un Juzgado Regional de Bogotá, el 22 de junio de 1.995, absolvió a José Edilson Espitia Espitia y a Elber Alfonso Medina, quienes habían sido acusados, en calidad de cómplices, del homicidio de Abraham Noguera Rodríguez, agente activo de la Policía Nacional.

La decisión fue apelada por el fiscal de la causa. El 23 de octubre de 1.995, el Tribunal Nacional dispuso su revocatoria. Posteriormente, el fallo fue recurrido en casación por los defensores de los procesados.

Corresponde a la Sala, luego de admitidas las demandas y obtenido el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal, pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia.

HECHOS

En el sitio “Tres Esquinas”, en la vía que comunica a Ráquira con Tinjacá, un

grupo de agentes de la policía, el 16 de agosto de 1.993, instaló un retén.

A eso de las 4:30 de la tarde, un automotor tipo taxi, afiliado a la empresa Furatena, pasó por allí sin respetar la orden de detenerse. En él se desplazaban cinco hombres.

El agente Abraham Noguera Rodríguez, en una motocicleta, y, se dice, acompañado del cabo Joaquín Alberto González Marín, ante el desacato de los ocupantes del vehículo, decidió emprender su persecución.

Cuando les dieron alcance, quien iba a la derecha del conductor se bajó rápidamente del taxi y disparó contra el agente Noguera Rodríguez. Las heridas le causaron la muerte cuando era conducido al hospital de Ráquira.

En el mismo taxi, cuatro de los hombres huyeron del lugar. El quinto, precisamente el que se había bajado a disparar, se internó en la montaña.

Al día siguiente, en un parqueadero de Chiquinquirá, fue localizado el vehículo. Elber Alfonso Medina, su conductor, se presentó voluntariamente ese mismo día ante las autoridades. La captura de José Edilson Espitia Espitia, en cambio, se obtuvo a partir de las indicaciones que sobre su lugar de residencia suministró el primero de los nombrados.

ANTECEDENTES PROCESALES

Las siguientes son las principales actuaciones que conforman el proceso:

1. Iniciada la investigación, luego de ser indagados Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, un Fiscal Regional de Bogotá les resolvió la situación jurídica el 9 de

septiembre de 1993. En esa providencia, les dictó medida de aseguramiento, sin derecho a excarcelación, por el delito de homicidio agravado. Apelada esta decisión, fue ratificada el 19 de enero de 1.994, por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional.

2. Cerrada la investigación, fue calificado su mérito el 18 de agosto de 1.994. En esa providencia, se acusó, a título de cómplices, a los dos procesados, por el delito de homicidio agravado y se dispuso precluir la investigación por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Impugnada esta providencia, y remitida al Ad quem en razón del grado de consulta, fue confirmada el 15 de noviembre de 1.994, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

3. Recibido el proceso por un Juez Regional, y seguido el trámite correspondiente, los procesados fueron absueltos el 22 de junio de 1.995. Ante la apelación interpuesta por la fiscalía, el Tribunal Nacional revocó el fallo y, en su lugar, los condenó en calidad de cómplices, por el delito de homicidio agravado, a la pena principal de 21 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años, se abstuvo de condenar por perjuicios y les negó la condena de ejecución condicional.

LAS DEMANDAS

Los defensores de los procesados, por separado, demandaron la sentencia.

1. Demanda del defensor de Elber Alfonso Medina.

Cargo único.

La sentencia viola, por vía directa, la ley sustancial. Por eso enmarca su reproche dentro de los lineamientos de la causal primera de casación. En concreto, dice que el

sentenciador, por aplicar indebidamente el artículo 30, numeral 8°, de la Ley 40 de 1.993, y los artículos 24 y 25 del Código Penal de 1.980, dejó de aplicar el artículo 2° de esta misma obra.

Así sustenta el cargo:

En el vehículo conducido por Elber Alfonso Medina, además de Daniel, Danilo Norato y Humberto Buitrago Barreto, apodado “Natas”, iba José Edilson Espitia. Los únicos testigos directos de lo ocurrido dentro del taxi, fueron el primero y el último de los nombrados.

El relato de Medina concuerda con el de José Edilson Espitia. Ambos refieren que Humberto Buitrago, quien viajaba a la derecha del conductor, cuando avistó el retén policial, sacó una pistola, le apuntó a Elber Alfonso Medina a la altura del tórax y le ordenó sobrepasar los símbolos viales que le indicaban detenerse. Después, cuando el agente Abraham Noguera Rodríguez los alcanzó y los obligó a parar, el mismo Humberto Buitrago, conocido como “Natas”, se bajó y le disparó al policía.

Tal como está probado, lo anterior indica, dice el casacionista, que Elber Alfonso Medina, compelido por la amenaza contra su propia vida, fue determinado a actuar como lo hizo. Jamás existió en él, como lo supuso el Tribunal, el elemento volitivo contenido en el artículo 24 del Código Penal de 1.980. Puede afirmarse, por tanto, que no prestó ayuda o colaboración eficaz al ejecutor material del homicidio. Imposibilitado como se hallaba, no podía evitar la consumación del delito. Por esa razón, no existió ninguna omisión consciente de su parte.

Menos aún puede sostenerse que Medina, cuando condujo en las condiciones descritas al homicida, quebrantó su rol de garante de la vida del agente de la policía. No tenía asignada él, por un lado, una función específica de protección sobre la víctima y, por otro, el servicio de transporte que le prestó al autor de la conducta punible no era eficaz e

indispensable para alcanzar el objetivo, por cuanto cualquier otro conductor de servicio público hubiera podido brindárselo. De ahí, dice el recurrente, la inocuidad de su intervención en este sentido.

Dadas las circunstancias descritas, que constituyen fiel reflejo de lo sucedido, el juzgador aplicó indebidamente las siguientes normas:

Si Elber Alfonso Medina no prestó su voluntad para facilitarle a Humberto Buitrago la comisión del homicidio del agente Abraham Noguera, puesto que de ello no existe prueba en contrario, erróneamente el sentenciador, cuando en su fallo expresó que las circunstancias personales del autor y las materiales del hecho se comunicaban al procesado, aplicó indebidamente el artículo 25 del Código Penal de 1.980.

Del mismo modo, por cuanto Medina no actuó voluntariamente para contribuir al asesinato del agente Noguera ni violó el rol de garante de su vida, el Tribunal, al imponerle sanción a título de cómplice, aplicó indebidamente el numeral 8° del artículo 324 del Código Penal de 1.980 y el numeral 8° del artículo 30 de la Ley 40 de 1.993.

Más aún. El Tribunal, sin estar demostrado el elemento subjetivo exigido por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal de 1.991, aplicó indebidamente esa norma. Sin tener certeza sobre la responsabilidad penal del procesado, y en contra de las evidencias procesales, lo declaró culpable, a título de cómplice, de un delito en el cual no tuvo participación por conducta activa u omisiva.

A manera de contrapartida, el censor señala las normas que dejó de aplicar el juzgador:

Constituía obligación del Tribunal demostrar la responsabilidad penal del inculcado. Pero no lo hizo. Supuso que Elber Alfonso Medina había prestado voluntariamente su concurso para facilitar el homicidio y que había quebrantado su rol de garante de la vida del agente. Por eso, porque la conducta de Medina no estuvo

signada por el dolo, y por cuanto además este elemento anímico no se demostró, el juzgador dejó de aplicar el artículo 2° del Código Penal de 1.980.

Además, y por último, el recurrente sostiene que el fallador, dado que la presunción de inocencia en favor de Elber Alfonso Medina nunca fue desvirtuada, dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal de 1.991.

Sobre estas bases, el impugnante solicita a la Sala casar la sentencia y, como consecuencia, proceder a dictar fallo de sustitución mediante el cual se absuelva a su defendido.

2. Demanda del defensor de José Edilson Espitia.

Primer cargo.

Invoca la causal tercera de casación. Dentro de ese marco de referencia, tres son los reproches que le hace a la sentencia del Tribunal:

2.1. La ruptura de la unidad procesal violó a su defendido el debido proceso y el derecho de defensa.

La sentencia, en su criterio, está fundada sobre un proceso viciado de nulidad. Desde los inicios de la investigación, se estableció que eran cinco las personas involucradas en el homicidio del agente Abraham Noguera. Sólo dos de ellas -Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia- fueron vinculadas formalmente al proceso. Respecto de las demás, y pese a que estaban debidamente identificadas, la fiscalía decidió, por aplicación innecesaria de la figura de la ruptura procesal (artículo 88 del Código de Procedimiento Penal de 1.991), adelantar por separado la investigación correspondiente.

Así sustenta el cargo:

Los hechos en los cuales perdió la vida el agente Abraham Noguera, sólo fueron percibidos por los ocupantes del taxi que conducía Elber Alfonso Medina. Únicamente se escucharon las versiones de dos de ellos: la del propio Elber Medina y la de José Edilson Espitia. Apoyado en ellas y en el relato de los agentes que acudieron al lugar, se dedujo su grado de participación en el homicidio. Se imponía, para tener acceso al reflejo exacto de lo ocurrido, confrontar el contenido de sus indagatorias con las de los demás ocupantes del vehículo.

Esta visión unilateral de los hechos, no permitió al Tribunal hacerse con la verdad real de lo sucedido. Su decisión no tiene correspondencia con lo probado a través de esas versiones. Lo adecuado hubiera sido que el juzgador, frente a la inocencia pregonada por los dos procesados, y a falta de prueba en contrario, los eximiera de culpabilidad. De lo dicho por ellos, no se deduce compromiso penal alguno en los hechos investigados. En sus descargos, han insistido en que el acto homicida fue obra, sin su concurso, de la voluntad de Humberto Buitrago.

El rompimiento prematuro de la unidad procesal, constituye una actuación errónea del instructor. Por esa causa, no fue posible conocer la versión de los demás ocupantes del taxi. Esta circunstancia condujo al Tribunal, por haber captado apenas a un fragmento de lo sucedido, a equiparar las pruebas que comprometen a Elber Alfonso Medina con las que obran a favor de José Edilson Espitia.

De ahí que la deducción de la responsabilidad penal de Espitia haya sido forzada. A Elber Alfonso Medina se le condenó, en su calidad de conductor del automotor, por haber prestado supuestamente una ayuda eficaz al autor directo del homicidio. Se le acusó de haber hecho caso omiso de las señales fijadas en el retén policial y de efectuar maniobras con su carro para poner en óptima posición de tiro al homicida.

Esos mismos reproches, subraya el casacionista, no pueden hacerse a Espitia. Él, en estado de embriaguez, viajaba en el centro del asiento de atrás de vehículo. En estas condiciones, le resultaba imposible prestarle una colaboración eficaz al autor del homicidio.

La ruptura de la unidad procesal, entonces, aparte de que afectó el derecho de defensa de su protegido, propició que se le juzgara sin la observancia de las formalidades propias de un debido proceso.

2.2. El instructor omitió practicar la diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos.

Esta prueba era necesaria para demostrar que el testimonio de los uniformados compañeros de la víctima, cuando afirman que a él lo respaldaba en la motocicleta el suboficial Joaquín Alberto González, riñe con la verdad.

Si es cierto lo que refieren los declarantes, la reconstrucción de los hechos tendría que explicar por qué razón, si el cabo Rodríguez, en su calidad de parrillero del finado, disparó a una distancia de dos metros toda la carga de su arma contra el taxi y sus ocupantes, no acertó, a pesar de su pericia, a dar en ninguno de los dos blancos.

De no aclararse por ese medio esta circunstancia, forzosamente tendría que haberse concluido, a tono con la narración de los inculpados, que el agente Abraham Noguera, cuando abordó a quienes se transportaban en el automotor, viajaba solo en la moto. Todo lo cual, por obvia inferencia, hubiera conducido a descalificar la credibilidad de los agentes que declararon dentro del proceso.

2.3. La prueba de alcoholemia era indispensable para hacer claridad sobre el estado anímico de los sentenciados en el momento de la ocurrencia de los hechos.

Los procesados admitieron que en el momento del crimen se hallaban bajo el efecto del licor. El Tribunal, en su sentencia, se apoyó en esta circunstancia para afianzar su juicio de condena. Pero no la tuvo en cuenta para evaluar su capacidad de análisis y su equilibrio psíquico al momento de enfrentar la situación imprevista creada por el autor directo del homicidio. Si esa prueba se hubiera practicado y allegado al proceso, el juzgador podría haber contado con mejores elementos de juicio para comprender que su estado de embriaguez les impedía intervenir, a modo de garantes de la vida del agente Noguera, para evitar la acción de Humberto Buitrago.

Estas tres irregularidades, imputables todas al instructor, concluye el casacionista, afectaron negativamente el debido proceso y el derecho de defensa del sentenciado. Por eso demanda de la Sala que declare la nulidad de lo actuado -a partir, inclusive, del auto mediante el cual se cerró la investigación-, para que, una vez subsanadas, su poderdante pueda ser sometido a un juicio conforme con las disposiciones legales y constitucionales.

Segundo cargo.

El recurrente invoca la causal primera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal de 1.991. Por errada apreciación de todos los medios de prueba existentes en el proceso, el sentenciador violó de modo indirecto, por falta de aplicación, el artículo 445 del mismo código.

Así lo sustenta:

La imputación hecha a José Edilson Espitia carece de fundamento probatorio. Está cimentada en una simple suposición de su actitud frente a los hechos. El Tribunal, sin prueba que le sirviera de soporte, conjeturó en torno al comportamiento del sentenciado en el momento de la comisión del delito. A priori, concluyó que todos los ocupantes del taxi, por el hecho de viajar en compañía del directo autor, actuaron como sus

cómplices. Grave este error de apreciación probatoria en que ha incurrido el Tribunal, dice el censor. Lo adecuado, lo justo, puntualiza, era haber reconocido que la prueba no era suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de José Edilson Espitia. Sin estar probadas la tipicidad y la antijuridicidad, y sobre todo la culpabilidad de su conducta, no era procedente dictar en su contra una sentencia de carácter condenatorio. Por eso pide a la Sala casar la sentencia y, en su lugar, proferir un fallo absolutorio.

EL MINISTERIO PÚBLICO

Aunque considera que ninguno de los cargos formulados en las demandas merece receptividad, propone, en un capítulo aparte, casar oficiosamente la sentencia. Los siguientes son sus planteamientos:

1. Respecto de la demanda en defensa de Elber Alfonso Medina.

Cargo único.

El censor, como quedó reseñado, ataca la sentencia válido de las pautas de la causal primera de casación. La demanda, con todo, aunque en principio está correctamente formulada, en su desarrollo no observa los lineamientos técnicos propios del recurso extraordinario de casación. En la violación directa de la ley sustancial, bien sea por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, le está prohibido al recurrente confrontar la prueba. Esta clase de controversias está reservada para las demandas que se fundan en la violación indirecta.

El censor, en este caso, aunque admite los hechos que le sirven de base al fallador, no acepta las inferencias que de ellos extrae. A partir de las mismas pruebas que apreció el Tribunal, llega a conclusiones contrarias. Mientras al juzgador le parece que de la prueba existente aflora con toda evidencia la colaboración eficaz y voluntaria que Elber Alfonso Medina prestó en la consumación del homicidio, al casacionista se le hacen

insuficientes, para ese propósito, esos elementos de convicción.

En esto radica la incorrección técnica en que ha incurrido el demandante. Si consideró que no existía prueba completa de la responsabilidad penal de Medina, no debió formular el cargo por la vía de la violación directa de la ley sustancial. Debió proponerlo, para discutir en ese ámbito la omisión, la suposición o la tergiversación de la prueba en cualquiera de sus modalidades, por la vía de la violación indirecta.

2. Demanda en defensa de José Edilson Espitia.

Cargo único. Nulidad.

El actor, anota la Delegada, enmarca el reproche dentro de los presupuestos de la causal tercera de casación. En su criterio, tres son las fallas que corroen la legalidad de la sentencia. Pero su demanda tiene desaciertos técnicos que impiden su aceptación.

2.1. Respecto a la ruptura de la unidad procesal.

A pesar de que propone la declaratoria de nulidad del proceso, basado en que al sentenciado se le obstaculizó su derecho de defensa y se le desconoció el derecho a una investigación y a un juicio acorde con las previsiones legales y constitucionales, a lo largo del desarrollo de la censura somete a crítica la apreciación de las pruebas realizada por el Tribunal.

Anota el censor, para hacer evidente su desacuerdo con el raciocinio del Tribunal, que a los inculpados, por cuanto la ruptura inoportuna de la unidad procesal no permitió conocer la versión de los demás comprometidos en el hecho, debió habérseles concedido credibilidad a sus exculpaciones, en orden a exonerarlos de cualquier compromiso penal dentro de este proceso. Si ellos manifestaron no haber prestado su voluntad para que el autor material consumara el homicidio, y si además no existía prueba en contrario de

sus afirmaciones, lo razonable hubiera sido que el juzgador, en acatamiento del principio de presunción de inocencia, los hubiera absuelto del cargo que les fue atribuido en la resolución acusatoria.

Pero no termina ahí el cuestionamiento del impugnante. En otro aparte de su demanda, incluido dentro de la fundamentación de este cargo, añade que los argumentos del Tribunal, por falta de materia prima para su elaboración, son extremadamente endebles.

Así, cuando asume el juzgamiento de la conducta de José Edilson Espitia, y en razón de que no cuenta con elementos de convicción diferentes a los que él mismo ha referido, lo hace con el mismo rasero utilizado para reprochar la conducta de Elber Alfonso Medina, sin parar mientes en que la situación y la actitud de ambos durante el desarrollo de los hechos fueron diferentes.

Mientras Elber Alfonso Medina oficiaba de conductor del automóvil, por lo cual se le acusa de haber irrespetado la orden de detenerse en el retén policial y efectuar subsiguientemente maniobras para facilitar la acción homicida de Humberto Buitrago, José Edilson Espitia viajaba en el asiento de atrás, apretujado por Daniel y Danilo Norato, y sin ningún dominio sobre el desenvolvimiento del suceso.

En estas condiciones, finaliza el casacionista, no resulta ecuánime que el Tribunal, para formarse la convicción de que Espitia dio cuerpo al comportamiento propio del cómplice de un delito, haya equiparado las circunstancias en que Elber Alfonso Medina vivió el desarrollo de los hechos con las de su defendido. A partir de ellas, por ser diferentes, no podía el Tribunal, en sana lógica, extraer, como lo hizo, una conclusión similar.

Esta confrontación del acervo probatorio y de la forma como lo asumió el sentenciador, sólo es admisible cuando se ataca una sentencia por la vía de la causal primera de

casación, o sea por violación indirecta de la ley sustancial, y no cuando se trata de demostrar una nulidad.

Ese error, sostiene la Delegada, torna improcedente la aceptación del cargo. Pero aún si estuviere correctamente desarrollada la censura, se impone decir que el instructor, cuando ordenó romper la unidad procesal, no transgredió las formas del debido proceso. El funcionario, antes de tomar esta decisión, hizo lo posible, como lo demuestran sus actuaciones de septiembre 9 de 1.993 y mayo 12 de 1.994, por allegar al expediente la identificación completa de Humberto Buitrago y Daniel y Danilo Norato, como condición para proceder a su emplazamiento, sin haber obtenido resultados positivos. Frente a este obstáculo, el fiscal hizo uso de los instrumentos que la ley procesal ofrece para agilizar el avance de la investigación. Valido de ellos, ordenó compulsar copias para que se investigara por separado la conducta de estas personas.

2.2. Sobre la omisión de la práctica de la inspección judicial al lugar de los hechos.

Este cargo también padece de impropiedades técnicas. El demandante, aunque en la formulación del cargo se refiere a error de hecho por omisión de prueba, al desarrollarlo centra su crítica en aspectos propios del ataque por error in iudicando. Lo primero que cuestiona es la presencia del cabo Joaquín González Marín en el lugar y en el momento en que Humberto Buitrago disparó sobre el cuerpo del agente Noguera.

Se le hace carente de verdad lo que este suboficial y los agentes bajo su mando expresaron a este respecto. De modo contrario, cree que la objetividad en este sentido está del lado de los inculcados. Ellos han relatado que la víctima, el agente Noguera, cuando interceptó el carro en que viajaban, venía solo en la motocicleta.

El Tribunal, sin embargo, ha considerado que el cabo González Marín sí le hacía compañía, en calidad de parrillero, a la víctima. Si los procesados no alcanzaron a verlo, fue porque él, como lo narró ante la fiscalía, al darse cuenta de que habían sido atacados con arma de

fuego, se lanzó de la moto y se atrincheró tras el cuerpo de su compañero caído. Eso mismo explica, y despeja de paso la duda del censor a este respecto, por qué razón el cabo González Marín, desde tan incómodo punto de mira, no pudo acertar a dar en el blanco constituido por el vehículo y sus ocupantes.

Con todo y eso, y fuere cualquiera la verdad sobre la presencia del suboficial González en el lugar de los hechos, la prueba de esa circunstancia, por cuanto no afecta la solidez del fallo, resulta inocua para efectos de determinar la autoría y la responsabilidad del delito. Del hecho de que el cabo González hubiera acompañado o no al agente Noguera cuando decidió proceder contra los inculpadados, no se deduce que estos últimos no hayan hecho parte del escenario en el que sucedió el delito que informa este proceso. De ahí la intrascendencia de la omisión de esta prueba.

2.3. Acerca de la omisión de la prueba de alcoholemia.

El impugnante, a este respecto, plantea un falso juicio de existencia por omisión parcial de prueba. Pero en su desarrollo, contradictoriamente, dice que el estado de embriaguez de los procesados sí se mencionó en la sentencia. Pero está en desacuerdo con la forma como el Tribunal lo evaluó. Ahí estriba su error. Si propuso un error in procedendo -la falta de una prueba-, no le estaba permitido criticar la apreciación que de ella hizo el juzgador.

Aún si se da por hecho que la prueba de embriaguez no se practicó, esta omisión, para el caso objeto de juzgamiento, es absolutamente intrascendente. El estado de alicoramiento que presentaban los procesados, no fue la causa determinante del resultado criminoso. En sí misma, la afectación del ánimo por la ingestión de sustancias etílicas no constituye causal de justificación o de inculpabilidad. Por tanto, la ausencia de esta prueba dentro del proceso no incidió en el sentido de la sentencia.

Por esas razones, entonces, el cargo no debe merecer receptividad de la Sala.

Segundo cargo.

La vía seleccionada por el censor, que lo fue la violación indirecta de la ley sustancial, no es la adecuada para demostrar el cargo. La razón es que en su fundamentación, en lugar de señalar con precisión los errores de hecho o de derecho advertidos en la sentencia, se aplica en estructurar una crítica al análisis y la valoración probatoria que le sirvieron de soporte al juzgador para emitir su juicio de reproche sobre la conducta de los procesados.

Si tenía la convicción de que el fallo no era compatible con las reglas de la sana crítica, por cuanto a su modo de ver el Tribunal dedujo la culpabilidad de dos supuestos carentes de una relación causativa necesaria, debió demostrar, desde la óptica de la violación directa de la ley sustancial, en cuál etapa de su proceso intelectual, y con relación a cuáles pruebas en particular, el fallador infringió las máximas de la experiencia, las leyes elementales de la lógica o los principios de la ciencia.

Esa no fue la orientación que el impugnante le imprimió a su censura. Se limitó a plantear que el Tribunal se apoyó en hechos inexistentes para inferir de allí la conducta omisiva imputada a los sentenciados. Pero no señaló, como es el deber de quien acude a la violación indirecta de la ley sustancial, cuáles son esos hechos indemostrados que le sirvieron de base al juzgador para llegar a la conclusión que informa su sentencia.

Su enfoque, a este respecto, se tornó elusivo. En lugar de poner de relieve los errores de hecho detectados, enfiló sus esfuerzos hacia el ejercicio de una crítica libre en torno al análisis y la valoración probatoria. Como este modo de proceder no es de recibo en sede de casación, no se pueden avalar los argumentos del recurrente para darle aplicación al principio del in dubio pro reo.

3. Casación oficiosa.

No obstante lo inaceptables que desde el punto de vista técnico se le hacen los cargos formulados por el censor, el representante del Ministerio Público, sobre la base de los dos argumentos que enseguida se sintetizarán, le solicita a la Sala casar oficiosamente la sentencia:

3.1. No está demostrado en el proceso que el resultado punible haya sido consecuencia de la conducta omisiva de los acusados. En el derecho penal de acto que rige actualmente, no existe el deber de impedir que alguien dispare contra un tercero, salvo en los casos en que el autor de la conducta omisiva tenga el deber de garante frente a ese tercero. Los sentenciados no tenían ese deber jurídico de proteger su vida. Por tanto, para acusarlos y condenarlos como cómplices del delito de homicidio, era menester demostrar que tenían el deber de impedir el resultado.

3.2. En el proceso se desconoció el principio de presunción de inocencia. No se demostró el nexo de causalidad entre la acción o la omisión de los acusados y el resultado muerte. Los únicos testigos presenciales de los hechos, fueron los dos sentenciados y, posiblemente, el cabo Joaquín González Marín. Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia han dicho, sin que mediante prueba adicional se hubiera desvirtuado su versión, que no prestaron su voluntad para que Humberto Buitrago, apodado "Natas", disparara contra el agente Noguera. El cabo González Marín, a su vez, ha expresado que no pudo reconocer, porque la interposición del cuerpo de la víctima en su ángulo visual y las condiciones topográficas del terreno se lo impidieron, a quien agredió a balazos a su compañero de labores.

En el peor de los casos, y frente a este poco esclarecedor acopio de pruebas, finaliza la Delegada, sobre los sentenciados gravita, en su favor, la incertidumbre. Se carece, entonces, de la certeza para desvirtuar la presunción de inocencia. Las exculpaciones de los inculpatos no han sido puestas en salmuera mediante otro medio de prueba. Su complicidad en la consumación del hecho punible, por otra parte, no alcanzó a configurarse

porque ellos no tenían el deber jurídico, como lo exige el artículo 21 del Código Penal de 1.980, de impedir la muerte del agente Abraham Noguera.

CONSIDERACIONES

Primera.

Sobre las demandas.

1. A nombre de Elber Antonio Medina.

Cargo único.

El reproche, por las incorrecciones técnicas que signan su sustentación, como enseguida se explicará, no puede prosperar.

Cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial, no le está permitido al recurrente controvertir los hechos ni la manera como ellos se declararon probados.

El impugnante, aunque de modo parcial acepta los hechos, abiertamente discrepa de la forma como fueron probados por el Tribunal. Basta confrontar, para comprobarlo, el texto de la sentencia con los planteamientos contenidos en la demanda.

El casacionista sostiene que el fallador omitió considerar la circunstancia, debidamente probada en el proceso, de que Elber Alfonso Medina, como lo dicen a una voz ambos inculpados, fue determinado a actuar por Humberto Buitrago. La decisión de hacer caso omiso de la orden de detenerse en el retén policial, no fue fruto de su voluntad. Se vio obligado a actuar de ese modo porque su compañero de viaje y de asiento, inopinadamente, amenazándolo con un arma de fuego, así se lo ordenó.

Esto demuestra que el actor, por un lado, no acepta en su integridad la base fáctica de la

que partió el Tribunal y, de otro, no comparte la deducción que a partir de ella hizo. Mientras para el sentenciador la participación consciente de Elber Medina en la comisión del delito se transparenta a través de dos hechos -no haber obedecido la orden de parar en el retén y haber hecho en la huida cabriolas con el vehículo-, para el censor esa inferencia, por cuanto en su premisa falta un elemento, precisamente el de la amenaza determinante de su proceder, no consulta la realidad de lo sucedido y rompe el nexo de causalidad de la conducta.

Este tipo de diferencias no puede ser ventilada en una demanda basada en la causal primera de casación, cuerpo primero, por violación directa de la ley sustancial. Al actor le está vedado orientar su argumentación a demostrar que los hechos no ocurrieron como los plasma el juzgador en la sentencia ni a demostrar que se omitió, se supuso o se tergiversó determinada prueba.

Quien selecciona esta causal como soporte de una demanda de casación, debe asumir el debate en puro derecho. Para ello debe abstenerse de poner en tela de juicio los hechos y la forma como fueron probados por el juzgador. Su labor debe circunscribirse a mostrar, si ella existe y la ha detectado, una contradicción de fondo entre la parte motiva y la parte resolutive del fallo. Su capacidad dialéctica debe centrarse en demostrar que el marco conceptual de la sentencia, constituido por los hechos y la valoración de las pruebas, no guarda correspondencia, por una suerte de incongruencia interna entre sus partes, con lo que en ella se ha decidido, bien porque se dejó de aplicar una norma, o porque fue aplicada indebidamente, o porque se interpretó erróneamente el precepto que era aplicable al caso.

Hacia el develamiento de esa contradicción no orientó su trabajo argumentativo el impugnante. Apartándose de la metodología propia de una demanda de casación con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, se dedicó a demostrar que el Tribunal había pasado por alto apreciar una prueba y extraído su conclusión sobre la complicidad,

por ese motivo, de una base puramente conjetural.

Sin embargo, hay que decir que así hubiera acertado en el enfoque de su ataque, tampoco la demanda estaba llamada a prosperar por la vía de la causal primera, cuerpo primero, por violación directa de la norma sustancial que obliga a absolver toda duda a favor del acusado. La razón es que el Tribunal encaminó sus consideraciones a demostrar el comportamiento cómplice del procesado y, consecuente con esas premisas sentadas, emitió juicio de condena acorde con ese marco conceptual y probatorio. Entre la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive, no se advierte contradicción. En la parte considerativa, no expresó el Tribunal que careciera de certeza para condenar a los procesados como cómplices del delito de homicidio, para luego decidir condenarlos en esa calidad. La certeza que campea a lo largo de su motivación, es la misma que exterioriza en la parte resolutive de su providencia.

El procedimiento correcto, a juzgar por el planteamiento que anida en este reproche, era que el casacionista, si quería demostrar que el Tribunal supuso la certeza cuando en verdad con la prueba existente no podía llegarse a ese convencimiento, hubiera acudido a la violación indirecta de la ley sustancial. Sólo por esta vía hubiera podido presentar los cargos, por error de hecho por apreciación probatoria.

Por eso el impugnante se equivocó al momento de trazar el derrotero para cuestionar la legalidad de la sentencia. Si lo que pretendía demostrar, como se dijo, era que en el fallo se había omitido considerar el hecho de que Elber Alfonso Medina fue amenazado dentro del taxi con un revólver por Humberto Buitrago, debió acudir a la violación indirecta. Por este medio, podía acusar la sentencia, ahí sí con licencia para controvertir el acervo probatorio, por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión de prueba.

Pero su acusación, para que alcanzara eficacia, no podía quedarse apenas en el señalamiento objetivo del error. Se imponía que el actor demostrara su incidencia decisiva

en el fallo, así como el sentido de la violación, esto es, hacer evidente, en la primera hipótesis, que esa prueba era indispensable para imprimirle a la decisión un rumbo cualitativamente diferente y, en la segunda, que esa violación fue producto de la aplicación indebida o de la falta de aplicación de la ley sustancial, pero jamás por interpretación errónea porque a ella sólo se llega por vía directa.

No prospera, por tanto, el cargo.

2. A nombre de José Edilson Espitia.

Primer cargo.

En materia de nulidades, la Corte no ha sido excesivamente rigurosa en cuanto a los requisitos para su formulación. Ha admitido una relativa libertad en su planteamiento. Pero esto no significa que el censor, por ese motivo, no esté obligado a observar unas reglas metodológicas mínimas en su enunciación y en su desarrollo.

Aparte de señalar con claridad y precisión la especie de nulidad que invoca, ha de demostrar el carácter sustancial del motivo que la genera. Pero ha de ir más allá. Ha de decir, y formularlo por separado, si el vicio que observa es de garantía o de estructura. Si lo es de la primera especie, ha de abogar por la protección de un derecho y demostrar su efecto trascendente en la sentencia. Si lo es de la segunda, ha de estudiar y comprobar la ruptura del rito. Pero en ambos eventos, lógico-procesalmente, ha de señalar el momento a partir del cual se debe ordenar la reparación del trámite.

El censor no se ha ceñido a estas reglas mínimas. Por lo general, la violación del debido proceso acarrea el recorte del derecho de defensa. Pero, como se dan excepciones, y como además su origen y sus efectos son distintos, es deber del impugnante enunciar el cargo y los motivos de nulidad por separado.

A este respecto, el error de la demanda es evidente. Ella carece de claridad y precisión en la formulación del cargo. Bajo una misma divisa, la nulidad, ha planteado, fusionándolas, cuando lo correcto era presentarlas por separado, dos irregularidades de origen, naturaleza y efectos distintos. Simultáneamente invocó, bajo el rótulo de la nulidad, dos motivos diferentes: el derecho de defensa, que es un vicio de garantía, y el derecho al debido proceso, que es un vicio de estructura. Esta confusión, por cuanto con ella violó el principio de autonomía de las causales y los cargos, condujo al fracaso la corrección técnica de la censura.

Las tres primeras irregularidades acusadas –la falta de vinculación de los autores identificados, el no haber decretado la inspección judicial al lugar de los hechos y la omisión de la prueba de alcoholemia- se enmarcan, obviamente, dentro de la violación del derecho de defensa. Pero esos supuestos vicios de garantía, no pueden hacerse confluir, para sostener que el juzgador carecía de certeza para condenar a José Edilson Espitia, con la violación del principio de la presunción de inocencia.

Este, a juicio de la Sala, es el más notorio de los errores de técnica en que ha incurrido el impugnante. Las tres primeras irregularidades relacionadas, que teóricamente se engloban dentro de las que afectan el derecho de defensa, quedan cobijadas bajo el mismo cargo: la nulidad. Pero no pueden presentarse amalgamadas, bajo la misma causal, con la violación del principio de presunción de inocencia. La razón es evidente: el in dubio pro reo, por ser un cargo que tiene norma expresa que lo regula, no puede demandarse por nulidad (causal tercera de casación) sino por violación de la ley sustancial (causal primera). Quien proceda en esa forma, lo hace a contracorriente del principio de autonomía de los cargos y las causales.

Pero aún si estuviera correctamente planteada la censura, es evidente que carece de soporte dentro del proceso. Ha denunciado el casacionista que el rompimiento temprano de la unidad procesal, porque privó al fallador de conocer las versiones de Danilo y Daniel

Norato y de Humberto Buitrago, falencia que a su modo de ver viola por sí misma el debido proceso, obstaculizó el derecho de defensa del procesado.

El cargo, así presentado, no tiene respaldo en el proceso. El instructor, como lo demuestran sus actuaciones del 9 de septiembre de 1.993 y del 12 de mayo de 1.994, procuró por los medios legales a su alcance identificar a esas personas. Pero como no fue posible, acudió a una herramienta procedimental lícita: ordenó escindir la investigación. No actuó el instructor, entonces, a contrapelo de las ritualidades establecidas. La ley procedimental lo autorizaba a proceder como lo hizo. Por tanto, no violó el debido proceso.

Ahora bien; la falta de la inspección judicial al lugar de los hechos y de la prueba de alcoholemia, si se acepta que su omisión constituye un vicio de garantía, exigía del censor demostrar su trascendencia determinante en el fallo atacado. Pero ese efecto decisivo no se hizo evidente. El censor, con el primer cargo, pretendía demostrar que el cabo Joaquín Alberto González Marín no le hacía compañía en la moto al agente Abraham Noguera Rodríguez el día en que fue víctima del homicidio. Esa demostración no tiene trascendencia sobre el fallo. Ella no arroja ninguna luz en torno a si José Edilson Espitia prestó o no su voluntad para darle muerte a Abraham Noguera.

Igual inocuidad sobre la naturaleza del fallo comporta la prueba de alcoholemia. Con su aducción, el impugnante quería demostrar que José Edilson Espitia Espitia, ebrio como iba en el taxi, estaba imposibilitado para prestar cualquier colaboración al homicida. Esta pericia era innecesaria. De un lado, la embriaguez, por sí misma, no demuestra la inculpabilidad del sentenciado. De otro, si con ella se pretendía hacer luz sobre el estado de conciencia del inculpatado, para ello bastaba remitirse a su indagatoria. En ella él reconoce que su estado de ebriedad no le impidió darse cuenta de lo sucedido.

No se acepta, en consecuencia, la censura.

Segundo cargo.

Bien podía el impugnante oponerse críticamente a la apreciación probatoria realizada por el Tribunal. Indiscutiblemente, quien demanda una sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, puede hacerlo. Pero no simplemente para enfrentar su criterio al del juzgador. Su cuestionamiento debe ajustarse a las reglas propias de esta causal de casación.

El recurrente se apartó de estas previsiones metodológicas. Por eso el cargo no está correctamente formulado ni adecuadamente demostrado. Adolece de dos errores protuberantes que la Sala, por efecto del principio de limitación que rige en materia de casación, no puede entrar a corregir. En primer lugar, la acusación es genérica. El casacionista expresa, sin más, que acusa la sentencia de violar indirectamente la ley sustancial porque en ella el Tribunal apreció erróneamente todos los medios de prueba. En segundo lugar, la sustentación del cargo es decididamente errática. Por falta de rigor técnico en su exposición, el actor no alcanza a articular una acusación coherente.

Al demandante le correspondía, de acuerdo con los lineamientos de la técnica de casación, establecer, en primer término, la clase de error que pretendía invocar. A partir de esta definición, era deber suyo demostrar que la sentencia, en sí misma, era incongruente. Es decir, estaba obligado, como asunto medular del desarrollo de la demanda, a mostrar que entre su parte motiva y su parte resolutive existía una contradicción esencial. Y, finalmente, luego de esta labor descriptiva y argumentativa, sobre él recaía el peso de hacer evidente que los errores descubiertos, por su magnitud y trascendencia, repercutían de manera definitiva en el carácter mismo de la

decisión judicial.

Nada de esto hizo el recurrente. Tratándose de una demanda por violación indirecta de la ley sustancial, le tocaba situar sus reproches dentro del marco de referencia de esta causal de casación. Con base en esos presupuestos, era imprescindible que delimitara la clase de error o errores que había encontrado en la sentencia. Se imponía que expresara, como base de lanzamiento de su impugnación, si se trataba de errores de hecho o de derecho.

A partir de ahí, y por causa de esta omisión, la demanda perdió su rumbo. Si no precisó la clase de error descubierto, menos aún podía señalar la especie de ese yerro. Por eso en su libelo la Sala no encuentra claridad en torno a si el actor acusa la sentencia por estar construida sobre errores de hecho por falsos juicios de existencia por omisión o por suposición de pruebas, o si está edificada sobre falsos juicios de identidad o de raciocinio, o si el sentenciador incurrió en algún error de derecho. A ninguno de estos dislates hace referencia la demanda.

Lo que ha presentado el censor es un discurso argumentativo libre frente a las pruebas y la valoración que de ellas efectuó el Tribunal. Por ese motivo, que es, además, el que condena al fracaso la demanda, sus argumentos no encuadran dentro del esquema de la casación.

Inicialmente, lo que parece sugerir la configuración de un error de hecho por suposición de prueba, sostiene que el Tribunal, a pesar de que conocía el relato de los procesados sobre su comportamiento pasivo dentro del taxi en que viajaban, supuso que le habían prestado una ayuda eficaz al autor directo del homicidio.

Más adelante, cuando resalta que el fallador extrajo la prueba de la culpabilidad del simple hecho de compartir el vehículo con el autor material, parece estar planteando un error de hecho por falso raciocinio.

Por último, cuando refiere que a la prueba se le agregó un elemento inexistente, puesto que de ninguna parte se deduce que Humberto Buitrago y José Edilson Espitia eran amigos, el casacionista da a entender que hay allí un error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación de prueba. Pero como la formulación del cargo parte de una base genérica, y como no recorre una línea argumentativa definida, se torna hasta tal punto caótica y desconyuntada que es imposible prestarle receptividad en sede extraordinaria de casación.

Esas son las razones para que no sea de recibo el cargo.

Desde el punto de vista de las acusaciones que hacen los apoderados al fallo, entonces, es imposible pensar en que prospere el recurso de casación.

Segunda.

Sobre la viabilidad de la casación oficiosa.

De acuerdo con el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal de 1991, similar al artículo 216 del estatuto procesal del 2000, la Corte, oficiosamente, puede declarar la nulidad de lo actuado cuando detecte la existencia de irregularidades sustanciales graves dentro del proceso, como también casar la sentencia cuando es ostensible que la misma atenta contra las garantías fundamentales. Esto último sucede con el proceso estudiado. En efecto:

Uno.

Sobre los hechos.

En el expediente aparece demostrado que aquél día, tres personas, desde temprano, departían y consumían bebidas alcohólicas. Pasado un tiempo, decidieron dirigirse a otra

localidad, para lo cual buscaron los servicios de un taxista, lo contrataron y en la búsqueda del automotor dieron con otra persona, a quien invitaron a la diversión. Así, las cinco se desplazaban y cuando vieron el retén, una de ellas, con pistola en mano, dijo al conductor que acelerara y no detuviera la marcha. Como consecuencia de ello, el automotor tumbó algunas de las señales de tránsito, zigzagueó, no cumplió los señalamientos y, cruzado el retén, fueron escuchados unos disparos, razón por la cual un agente de la policía abordó su moto e inició la persecución. Alcanzado el taxi, quien viajaba en la parte delantera, a la derecha del conductor, abrió la puerta, se apeó y disparó inmisericordemente contra el policial, para internarse luego en el monte. Varios agentes de la policía, visto lo anterior, se lanzaron a la persecución, mientras el taxi rápidamente proseguía la marcha. El agente atacado falleció.

Dos.

Las decisiones tomadas en desarrollo del proceso.

La calificación del mérito del sumario.

El 18 de agosto de 1994, la fiscalía regional de Bogotá, previo concepto del ministerio público -que pedía enjuiciamiento por complicidad- calificó el mérito del sumario. Acusó a Medina y Espitia como cómplices de homicidio agravado y precluyó la investigación en favor de ellos por el delito de porte de armas de defensa personal. Los argumentos centrales de la acusación fueron los siguientes:

a) El vehículo taxi era ocupado por cinco personas: Medina -conductor-, José Edilson Espitia, Danilo y Daniel Norato, y Humberto Buitrago -"Natas"-. Esto es aceptado por los procesados.

b) Los cinco eran conocidos.

c) No se puede admitir la coacción de que era víctima el chofer Medina por parte de “Natas”, con arma de fuego, primero, porque antes de que fueran alcanzados por el agente de la moto ya hacían disparos al aire; segundo, porque si el vehículo frenaba y arrancaba y zigzagueaba, era bastante probable que los otros cuatro pudieran desarmar al que ejercía coacción; tercero, porque de autos se desprende que los ocupantes del automotor se dedicaban a jugar; y, cuarto, porque era imposible para el autor de los disparos amenazar a los viajeros y, a la vez, abrir fuego contra el agente de la policía.

d) Si bien no se ha establecido quién disparó, lo cierto es que los ocupantes del taxi tenían más de un arma de fuego, pues en Sutamarchán dieron a guardar dos.

e) Medina, tratando de eludir su responsabilidad, dio varias versiones de lo ocurrido, al paso que Espitia no lo desvirtuó.

f) De parte de los procesados existió colaboración “eficaz para llevar a cabo este hecho, ninguno de quienes se encontraban en el interior del automóvil asumió aptitud distinta a la de aceptar sin eludir ni intentar hacer que NATAS NO disparara, máxime que por el contrario lo que hacían era seguirle el juego, haciendo los que frenaban, maniobra esta que sólo el conductor del vehículo podía hacerlo, para que los apolinales igualmente se acercaran y detuvieran su marcha, momento en el cual le dispararon, aptitud similar tomaron cuando inicialmente en el retén les hicieron el pare”. Esa colaboración eficaz recuerda las precisiones del artículo 25 del Código Penal.

Impugnada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional la ratificó el 15 de noviembre de 1994. Haciendo un somero análisis global de la prueba, concluyó en la existencia de la apropiada para efectos de la imputación, a la vez que confirmó -por la vía de la consulta- la preclusión a los dos procesados del cargo por porte de armas.

La sentencia de primera instancia.

Confirmada la acusación y adelantado el trámite respectivo, el juzgado regional de Bogotá dictó sentencia el 22 de junio de 1995, proveído mediante el cual absolvió a los procesados. Sus razones esenciales fueron las siguientes:

a) “Con fundamento en las pruebas... inequívoco aparece en el proceso demostrado que el día 16 de agosto de 1993, por el sitio ‘Tres Esquinas’ en la vía que conduce de Chiquinquirá a Tinjacá, cruzó raudo el taxi de servicio público de placas..., tripulado por cinco individuos, quien pese a la orden de pare impartida por los efectivos policiales que allí tenían instaurado un retén, omitió la orden de parada destruyendo de paso algunos de los conos de señalización que se encontraban instalados en la vía. De la misma manera se acreditó en el decurso procesal, que una vez sobrepasado el retén policial del vehículo infractor provinieron algunos disparos de arma de fuego, lo que motivó que se ordenara por el superior a cargo la persecución e interceptación del automotor arriba citado.

Finalmente se encuentra cabalmente acreditado, que una vez alcanzado el vehículo del mismo provinieron sendos disparos de arma de fuego que impactaron en la humanidad del agente de la Policía Nacional Abraham Noguera Rodríguez y que ulteriormente determinaron su deceso”.

b) Pese a que dentro del proceso se probó que dos personas se hallaban armadas, no fue demostrado quién disparó aquella con la cual se causó la muerte al agente.

c) Ante la imposibilidad de determinar la autoría directa, y porque no existe prueba en contrario, se debe dar credibilidad a las versiones de Medina y Espitia, quienes al unísono y de manera coincidente y plenamente concatenada, señalan a “Natas” - Humberto Buitrago Barreto- como autor del hecho punible, palabras ratificadas por un tercero ajeno a los hechos, Héctor Emerio Cortés, quien en su calidad de Inspector de Policía se enteró de los acontecimientos, por otras personas, declarante que ante la justicia expuso de manera similar a la de los acriminados.

d) Debido a la imposibilidad de imputarle autoría a los procesados, la fiscalía dedujo en su contra complicidad, cargo que implica comprobar la conducta y el nexo de causalidad directo o indirecto de la misma con el hecho punible.

e) Siguiendo la doctrina y la jurisprudencia, estima el juez regional que ese fenómeno jurídico no es predicable de este proceso, porque:

Primero. Para que haya complicidad, se requiere una participación accesorio cuya esencia es la ejecución de acciones de ayuda, sin que se participe en la decisión ni en el dominio final del hecho.

Segundo. La coparticipación exige pluralidad de agentes, concurso voluntario de acciones u omisiones e identidad de delito, es decir, se necesita la presencia de más de una persona, la confluencia voluntaria de conductas activas u omisivas que contribuyan a la realización armónica del hecho antijurídico y la convergencia en torno a la realización de un delito previa y claramente definido.

Tercero. La complicidad, a pesar de ser una figura accesorio a la autoría, “también representa una colaboración causal para la comisión del hecho principal, la cual tiene como nota fundamental o elemento característico el que debe obedecer objetiva y subjetivamente al acuerdo previo a la comisión del hecho”.

Cuarto. Tanto en la autoría como en la complicidad es menester la presencia del dolo porque en uno y otro evento siempre se actúa bajo la convicción de cometer un hecho punible o parte de él o de contribuir o prestar ayuda al autor de la conducta. Así, entre la acción u omisión del cómplice o del autor y el resultado producido, debe haber relación de causalidad.

Quinto. Está demostrado que el día de los hechos “los acriminados se encontraban en compañía del autor del homicidio y otros acompañantes dedicados al consumo de

bebidas embriagantes, pues así fue revelado por los distintos testimonios acopiados en el informativo y por la propia manifestación de los inculpados. Sin embargo, del hecho de que esté acreditada la pluralidad de personas con la finalidad antes citada, no se puede 'presumir' como lo hace la fiscalía, que existiera 'acuerdo previo' para colaborarle en el desarrollo de un hecho punible".

Sexto. Según el artículo 21 del Código Penal, nadie puede ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la existencia de este no es consecuencia de su acción u omisión. Igualmente, dice la norma que cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiéndose hacerlo, equivale a producirlo.

Es cierto que se produjo violación de reglamentos cuando no se acató la orden de "pare" emitida por la autoridad competente. Pero no existe fundamento lógico ni probatorio para inferir que esa omisión fuera realizada con el fin de facilitar la perpetración del crimen, pues de acuerdo con las evidencias el evento punible no fue resultado de la violación de reglamentos sino de un hecho naturalística y sustancialmente distinto, es decir, la conducta del autor, "Natas" -identificado luego como Humberto Buitrago Barreto-, "además de que la violación del reglamento por parte de Elber Medina, desde el punto de vista eminentemente objetivo no constituye en modo alguno una elevación del riesgo para efectos de facilitar la producción del resultado final acaecido".

Séptimo. El hecho de que se hubiera demostrado que otra persona, además del autor, "se encontrara armada para el momento de los acontecimientos, tampoco puede servir de fundamento para predicar respecto de los vinculados participación a título de complicidad porque la simple posesión de un arma, con salvoconducto o no, no puede alcanzar al tercero que conociendo o no este hecho no ha guardado junto con el autor intencionalidad en la violación o puesta el peligro del bien jurídico y menos aún si esta última no cuenta dentro del proceso con un sólido fundamento probatorio".

La responsabilidad no se transmite a quienes no han guardado intencionalidad en la conducta, porque la intención no es susceptible de transmisión, “ni tampoco es dable predicar acuerdo tácito, porque en la complicidad se requiere como requisito indispensable el acuerdo previo de voluntades para la colaboración en la realización del hecho punible”.

Octavo. Otras circunstancias darían para pensar en responsabilidad de los procesados. Así, el hecho de que antes de la conducta reprochable departieran en medio de bebidas alcohólicas las cinco personas, y la huída rápida una vez producidos los disparos, en vez de prestar ayuda a la víctima, justificada por los imputados en el susto que vivían.

Sin embargo, ante la existencia de razones que darían para declarar la responsabilidad, como de muchas otras que conducirían a la negación de la misma, se impone dar aplicación al principio de duda, concretado como norma rectora en el artículo 2o. del Código de Procedimiento Penal, e incluido genéricamente en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, como acompañante del principio de presunción de inocencia.

La sentencia de segunda instancia.

Como el juez regional ordenó la consulta del fallo y el fiscal regional lo apeló, el asunto llegó al Tribunal Nacional. Este revocó la sentencia para condenar a los procesados como cómplices de homicidio agravado, mediante sentencia del 23 de octubre de 1995. Sus motivos fueron los siguientes:

a) Cómplice es quien contribuye para que la acción del autor pueda ser “causa adecuada” de la lesión típica, es decir, quien presta ayuda en la ejecución de un hecho, función accesorio que carece de relevancia por sí misma, dado que jamás el cómplice puede serlo sin que exista un autor al cual le haya colaborado.

b) Para la comisión de un hecho punible, normalmente el autor recorre las etapas de

ideación, preparación, ejecución y consumación. Quien únicamente cumple labores secundarias, subalternas, aunque consciente de que se involucra en un delito, es copartícipe a título de cómplice, ayuda que puede ser antecedente, concomitante o subsiguiente.

c) Para que se estructure la complicidad son necesarios cuatro requisitos: la existencia de un delito; identidad del punible frente a las acciones de quienes lo realizan o ayudan a efectivizarlo, coadyuvancia del cómplice que debe ser eficaz; dolo común a los autores y partícipes, quienes obran sabiendo qué parte del trabajo delictivo deben llevar a cabo para producir el resultado criminoso; dominio del hecho íntegro por parte del autor, quien puede a voluntad continuarlo o interrumpirlo, lo cual, obviamente, no puede hacerlo el mero cómplice.

d) Lo esencial de la complicidad no es el acuerdo previo sino la eficacia de la colaboración, es decir, “que la ayuda tenga la virtualidad de servir para la efectivización del hecho punible”. Como aparece claro, “los enjuiciados tuvieron una INTERVENCIÓN OMISIVA en tales sucesos”.

e) Aun cuando no existe prueba de que Medina y Espitia hubieran accionado el arma de fuego contra el agente, “no es menos evidente que el primero de ellos, en su condición de conductor del taxi... prestó una ayuda eficaz al autor de los disparos fatales... dado que en primer lugar hizo caso omiso a las señales de ‘PARE...’ que estaban en dicho sitio, las cuales inclusive se llevó por delante, para luego al percatarse de que en una motocicleta eran perseguidos por dos uniformados, efectuar maniobras con el rodante encaminadas a provocarlos y dejar en óptima posición de tiro al homicida... Por ello no se comparte la aseveración del a-quo, en el sentido de que el comportamiento desplegado por MEDINA en modo alguno elevó el riesgo para efectos de facilitar la producción del resultado final acaecido, puesto que aunque él tenía la libertad de ‘organizar’ la forma de conducir el taxi, también existía la expectativa de que con su

obrar no dañara esferas ajenas, como sucedió con el infortunado agente del orden”.

“Similar situación puede predicarse respecto de JOSÉ EDILSON ESPITIA ESPITIA, quien a pesar de ser amigo del sujeto apodado ‘NATAS’... ninguna acción realizó encaminada a evitar que el delincuente obrara de esa cobarde manera, es decir, actuó omisivamente, circunstancia que bien puede endilgarse a los otros dos pasajeros del taxi que -junto al pistolero- se encuentran fugitivos, porque no es creíble que yendo varios sujetos en un automóvil... ninguno hubiese tenido conocimiento de los reprobables propósitos del homicida, ni hubieran impedido el vil crimen...”.

f) Desde horas de la mañana, los cinco ocupantes del taxi ingerían bebidas alcohólicas, lo que hacían en establecimientos públicos de Chiquinquirá y Sutamarchán, así como dentro del propio vehículo automotor. “En situación diferente se debatirían los encartados, si su presencia en el vehículo hubiese sido fruto de la casualidad o el azar, ya que en tal circunstancia sí sería válido el aserto del juzgador de primer grado, en el sentido de que la conducta asumida por los enjuiciados en nada favoreció la actividad del autor de los disparos...”

g) Como la actividad comportamental de los reos consistió en contribuir a la muerte violenta del agente de la policía, deben responder como cómplices, “por cuanto las probanzas incorporadas al informativo señalan que los encausados coadyuvaron eficazmente para la realización de un delito ajeno, con la conciencia de que colaboraban con el autor de los disparos...”.

h) Los procesados, a más de típica y antijurídicamente, actuaron culpablemente “dado que del acervo probatorio puede inferirse que dirigieron el proceso mental que involucra los campos intelectual, afectivo y volitivo de todo ser humano, a la producción del resultado criminoso pretendido, es decir, actuaron con DOLO al tener pleno conocimiento de la ilicitud que cometían, tanto en la motivación que requería su

realización, como en la aceptación de su posibilidad, sin que se avizore tampoco la existencia de causal eximente de culpabilidad...”.

Tres.

La complicidad omisiva y la tipicidad.

Para afirmar la tipicidad de un comportamiento a título de complicidad por omisión, son necesarias dos exigencias.

En primer lugar, concretamente frente a la omisión impropia, impura, o comisión por omisión, -aunque también se podría admitir en materia de delitos activos-, el autor y/o el cómplice deben tener la obligación legal de impedir el resultado, es decir, tienen que ostentar una posición de garante o de garantía.

Es lo que se desprende del inciso segundo del artículo 21 del Código Penal de 1980 - norma aplicable por la fecha de ocurrencia del hecho, y que no distingue entre autor y partícipe-, de acuerdo con el cual, “Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”. Y es lo que emana del inciso segundo del artículo 25 del Código Penal del 2000, en virtud del cual, quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, queda sujeto a la pena prevista en la norma correspondiente. Para esto, además, se requiere que la persona tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico, o que se le haya encomendado como garante la custodia o vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme con la Constitución o la ley.

En segundo lugar, de la conducta omisiva de ayuda, además, se predicen las características generales de la complicidad, es decir, las siguientes:

a) Que exista un autor -o varios-.

b) Que los concurrentes -autor y cómplice- se identifiquen en cuanto al delito o delitos que quieren cometer. Uno o unos de ellos, como autor o autores; y otro u otros, como ayudantes, como colaboradores, con prestación de apoyo que debe tener trascendencia en el resultado final.

c) Que los dos intervinientes -autor y cómplice- se pongan de acuerdo en aquello que cada uno de ellos va a realizar, convenio que puede ser anterior a la comisión del hecho o concomitante a la iniciación y continuación del mismo, y tácito o expreso.

d) Que exista dolo en las dos personas, es decir, tanto en el autor como en el cómplice.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que si no se cumple uno de los dos requisitos anteriores, o ninguno de ellos, la conducta imputada es atípica.

Medina y Espitia fueron acusados y condenados como cómplices, porque dolosamente no impidieron el resultado, producto de la conducta desplegada por el señor Buitrago Barreto, conocido como "Natas". Dicho de otra manera, son responsables -como sale de la acusación y de la sentencia de segunda instancia- porque, pudiendo hacerlo, no impidieron al autor activar su arma. Se trata, entonces, de una participación a través de la omisión.

En cuanto a la primera exigencia, Medina y Espitia no tenían posición de garante específicamente de cara a la protección de la vida y de la incolumidad personal del agente de la policía. Por ninguna razón legal tenían el deber de impedir el resultado lesivo: no se los imponía la Constitución, la ley, ningún convenio, ni les compelmaba el deber de custodiar o vigilar una fuente de riesgo que pudiera conducir a la amenaza del bien jurídico vida del agente caído.

Si nada les obligaba jurídicamente a impedir el resultado lesivo, no se les podía imputar complicidad por omisión. Por tanto, su comportamiento fue atípico.

Y esto es suficiente para concluir la necesidad de casar la sentencia, porque ante una conducta atípica, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 24 y 324 del Código Penal de 1980, a la vez que dejó de aplicar el artículo 21 del mismo estatuto, es decir, porque violó directamente la ley sustancial, con grave atentado de las garantías fundamentales de los procesados.

Cuatro.

Otras apreciaciones.

Como se acaba de decir, lo expuesto hasta aquí es bastante para resolver el conflicto sometido a consideración de la Corte. Sin embargo, como el Tribunal hizo otras elucubraciones, la Sala quiere responder, así.

a) El principio de solidaridad.

El Tribunal, sin decirlo expresa y tajantemente, da a entender que los procesados tenían la obligación de impedir el resultado lesivo con fundamento en el deber de solidaridad.

Evidentemente, el artículo 95 de la Constitución Nacional -en desarrollo del artículo primero de la Carta, que funda a Colombia en la “solidaridad de las personas que la integran”, al lado de los principios de dignidad y de prevalencia del interés general, así como en el derecho al trabajo- enuncia los deberes de la persona y del ciudadano, y dentro de ellos alude al de “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

Esta disposición fundante, sin embargo, no conforma posición de garante, primero porque es un enunciado general y abstracto; segundo, por cuanto este postulado quiere resaltar, como exigencia del “Estado Social”, la preeminencia, como anhelo, de la comunidad, del altruismo, sobre el individualismo y el egoísmo que caracteriza al Estado Liberal escueto; tercero, porque, como es sabido, la posición de garante sólo se puede predicar de situaciones concretas, especificadas en la ley, jamás en la ley moral o social; y, cuarto, porque, como es obvio, ese deber se torna imperativo, con fuerza y capacidad coercitiva, sólo cuando la ley -en cumplimiento y desarrollo de la Constitución-, lo establece. Expresado en breve síntesis: la Constitución plasma el principio de solidaridad social y a la ley le compete, en cada caso, fijar el contenido y alcance de esos deberes. Mientras tanto, en la ley penal, o en aquella que la complementa, no existe para el ciudadano raso la obligación de impedir que una persona quite la vida a otra.

b) El principio de prohibición de regreso.

También lo ha insinuado el Tribunal. Ha dicho que los cinco viajeros departían desde temprano, que de acuerdo optaron por dirigirse a otra ciudad, que ante el retén aumentaban la velocidad, la disminuían, frenaban y de nuevo arrancaban, zigzagueaban, e incluso que el conductor provocó a los policiales y proporcionó con su vehículo el blanco para que el autor abriera fuego. Es decir, para justificar la condena por complicidad, ha hecho el recorrido previo a la causación del daño, para decir que con su conducta los ocupantes del taxi posibilitaron, dolosamente, el resultado, y no hicieron nada para impedirlo. Mejor dicho, se fue atrás, a mirar la conducta de los procesados y al retornar concluyó que sí participaron en el homicidio.

La teoría de la prohibición de regreso, de larga data -hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material-, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el

derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra.

En el caso de autos, se observa lo siguiente: I. Los viajeros, al superar el retén si detenerse, violaron reglamentos, es cierto, pero esa acción, per se, es indiferente para el derecho penal. II. La conducta de los ocupantes, específicamente del conductor, no facilitaba, propiciaba ni estimulaba, dentro de la lógica y el sentido común, la comisión de un delito doloso de homicidio. III. Ninguno de los ocupantes tenían posición de garante para resguardar el derecho a la vida del agente ultimado. IV.

El comportamiento de los señores Medina, Espitia y Norato (s) no sobrepasó los límites del peligro permitido, respecto de la vida del agente de la policía, que fue eliminada dolosamente por “Natas” -Buitrago Barrera-. V. Nada indicaba, en las escenas antecedentes, que fuera posible calcular la perpetración de un delito doloso o culposo de homicidio. Y si a todo ello sumamos que el conductor -Medina- guiaba presionado por “Natas” y que éste descendió intempestivamente del automotor para disparar sobre el policial, la conclusión es nítida: ninguna responsabilidad es predicable de los procesados, porque al “regresar” los sucesos, a su comportamiento no les es objetivamente imputable el resultado.

Y agréguese que -a propósito de que el Tribunal también alude a la responsabilidad por “organización”-, como con razón ha dicho el Ministerio Público en su concepto, “Jakobs precisamente trae el ejemplo del conductor de taxi, que ‘no responde del delito cometido por su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto’ (La imputación objetiva en derecho penal. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 72)”.

c) La superación del riesgo permitido.

El Tribunal, sin decirlo expresamente -pero contrariando al A quo, quien explicó por qué los procesados no habían sobrepasado el riesgo permitido- da a entender que sí fueron más allá de lo admitido jurídicamente y que, por ello, colaboraron en la producción del resultado lesivo.

La respuesta tiene que ser negativa. En efecto, los ocupantes del vehículo, al desatender las normas que les imponía la obligación de respetar el “retén”, se excedieron, sin duda alguna, con lo cual fueron más allá del riesgo permitido y, en abstracto, aumentaron la posibilidad de riesgo, pero no del riesgo consistente en que alguien -“Natas”- fuera a utilizar el arma de fuego para apagar la vida del agente. Aquí es suficiente tener en cuenta que aun en los casos de incremento de riesgo, la persona queda exenta de imputación jurídica cuando el resultado que se produce ocurre por algo que se sale del canal que ordinariamente crea la conducta jurídicamente desaprobada.

Dicho de otra manera, el desconocimiento de las normas sí puede generar peligros. Pero peligros inherentes a ese desconocimiento, es decir, que la infracción no se vincula para nada con resultados extraños a lo que suele suceder. Por eso la doctrina considera, por ejemplo, que “la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro, para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión casual con el mismo” (Claus Roxin. Derecho penal. Parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Civitas, 1997, T: Diego-Manuel Luzón Peña y otros -de la 2a. edición alemana-, página 373); que “En el segundo de los niveles en el que se trata la cuestión de la imputación objetiva es el de la exigencia de que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado...” (Enrique Bacigalupo. Principios de derecho penal. Parte general. Madrid, Akal, 5a. edición, 1998, página 195); que “tampoco se realiza en el resultado el riesgo no permitido cuando se produce más tarde sobre una víctima que en

el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada por éste” (Enrique Bacigalupo, obra citada, página 196); y que si se concibe como complicidad “el incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico”, en general ha de entenderse que es cómplice quien “posibilita, facilita, intensifica o asegura el hecho mediante su contribución. El caso más claro de participación es la posibilitación, tal como se presenta por ejemplo en la entrega de un veneno al autor, que no puede ser detectado en el cuerpo del asesinado y que no puede ser conseguido de otra manera. El caso más frecuente es seguramente el de la acción de facilitar: mediante consejos, la entrega de armas e instrumentos, etc. La intensificación consiste en el refuerzo del impulso del autor, por ejemplo mediante el consejo de golpear más fuerte, sustraer más, etc. Finalmente, el aseguramiento se expresa en vigilar y asumir otras funciones de protección” (Claus Roxin. Dogmática penal y política criminal. Lima, Idemsa, 1998, T: Manuel Abanto Vásquez, páginas 403 y 420/1).

Como se ve con facilidad, si se afirma que Medina y Espitia aumentaron el riesgo jurídicamente inadmitido, no es posible hacerles imputación jurídica alguna, por cuanto el hilo que permitiría el reproche objetivo había sido roto, desfigurado, por el comportamiento de “Natas”, totalmente separado de aquella conducta generadora de riesgo no permitido.

Por las anteriores razones, la conducta acreditada a los procesados también sería atípica.

Por lo dicho, entonces, se reitera, se impone casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a los procesados.

Con fundamento en 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

1. Casar la sentencia recurrida.
2. Absolver a los procesados Elber Alfonso Medina y José Edilson Espitia Espitia, del cargo que les fuera imputado en la resolución acusatoria, es decir, complicidad en la muerte del agente de la policía Abraham Noguera Rodríguez.
3. Tomar todas las medidas inherentes a la sentencia absolutoria definitiva.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Cita médica

CARLOS A. GÁLVEZ ARGOTE

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO O. PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE L. QUINTERO MILANES

Impedida

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria