



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
Magistrado Ponente

SP14547-2016

Radicado N° 46604.

Aprobado acta No. 317.

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Llevada a cabo la audiencia de argumentación oral, procede la Corte a resolver el recurso de casación presentado por el defensor del procesado JESÚS LANDÁZURI MESA¹, en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle del Cauca), el 21 de abril de 2015, mediante la cual

¹ O MEZA, como indistintamente se menciona en el curso del proceso.

confirmó el fallo emitido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, el 21 de noviembre de 2013, en el que se condenó al mencionado acusado como coautor responsable del delito de *homicidio agravado*.

HECHOS

De acuerdo con la información suministrada por los patrulleros de la Policía Nacional Hugo Leandro Romero Barahona y Juan Carlos Cortés Guzmán, aproximadamente a las 10:50 de la noche del jueves 30 de julio de 2009, un taxista les comunicó que en el barrio El Poblado de la ciudad de Cali (Valle del Cauca), minutos antes había sido objeto de un intento de atraco por parte de un joven, cuyas características físicas les transmitió.

Habiéndose desplazado hasta el citado lugar, los uniformados encontraron a un varón que obedecía a las descripciones ofrecidas y que, según dicen, se mostró agresivo y portaba un frasco de sacol y un cuchillo, motivo por el cual fue abordado y capturado.

El aprehendido resultó ser David Alexánder Cabezas Álvarez, quien se identificó como menor de edad, situación que fue desatendida por los gendarmes, ya que procedieron a conducirlo hasta la Estación de Policía El Diamante, en donde reportaron lo supuestamente ocurrido al intendente JESÚS LANDÁZURI MESA, que esa noche cumplía la función

de comandante de guardia y como tal dispuso el confinamiento del retenido en una celda de la sala de reflexión, la cual, a su turno, esa noche estaba a cargo del agente de policía Jorge Hernán Tamayo.

Avanzada la noche, Tamayo llamó a LANDÁZURI MESA para informarle que Cabezas Álvarez se había suicidado; por esa razón, se desplazó hacia la celda, en donde efectivamente lo encontró sin signos vitales, luego de lo cual lo condujo a un centro asistencial de esa ciudad, en donde se acreditó su deceso.

Inicialmente insistieron los citados policiales en que el joven retenido se suicidó, habiéndose ahorcado, pero en el transcurso de la investigación se estableció que falleció por el estrangulamiento causado, al parecer, por el agente Tamayo, quien a pesar de haber sido vinculado a la investigación, murió antes de que se iniciara la etapa del juicio².

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 8 de octubre de 2010 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de control de garantías de Cali (Valle del Cauca), se le formuló imputación a los intendentes JESÚS LANDÁZURI MESA y Jorge Hernán Tamayo, por las conductas punibles de *homicidio agravado* y *tortura*, tipificadas en los artículos

² Según la Fiscalía instructora, el agente Tamayo se suicidó, debido al gran remordimiento que le produjo la muerte del joven Cabezas Álvarez.

103-7 y 178 del Código Penal, respectivamente, cargos que no fueron aceptados por los procesados.

El 10 de noviembre de ese año, el Juzgado 17 de igual especialidad impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a LANDÁZURI MESA. El mismo día, la Fiscalía reportó el fallecimiento del imputado Jorge Hernán Tamayo.

Previamente, el 5 de noviembre de la referida anualidad, el ente instructor presentó escrito acusatorio, ratificando la incriminación por el ilícito de *homicidio agravado* y suprimiendo la imputación por el de *tortura*.

La fase del juicio fue asumida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, despacho que realizó la diligencia de formulación de acusación en sesiones del 14 de enero y 17 y 22 de febrero de 2011.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 28 de febrero y 12 de mayo ulteriores, en tanto, el juicio oral se celebró en varios actos, verificados el 27 de mayo, 26 de agosto, 28 de octubre y 13 de diciembre de ese año, 20 de febrero, 11 de julio y 21 de septiembre de 2012, y 16 de julio y 9 de octubre de 2013.

Mientras se adelantaba dicha diligencia, el 27 de abril de 2012 el Juzgado 15 de garantías de Cali revocó la

medida de aseguramiento y dispuso la libertad del acusado; sin embargo, en la última de las sesiones, al anunciarse el sentido adverso de la decisión, el juez del circuito ordenó nuevamente su detención en establecimiento carcelario.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia el 21 de noviembre posterior, declarando la responsabilidad penal de LANDÁZURI MESA en la hipótesis delictual por la cual se le acusó judicialmente.

Consecuente con su decisión, el *A quo* le impuso la pena principal de 400 meses de prisión y la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. De igual manera, le negó los beneficios sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

Apelado el fallo por el defensor del enjuiciado, la Sala Penal mayoritaria del Tribunal Superior de Cali lo confirmó íntegramente, mediante providencia del 21 de abril de 2015, en contra de la cual el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó la correspondiente demanda, la cual fue admitida por la Corte el 21 de agosto siguiente.

En tales condiciones, la audiencia de argumentación oral tuvo lugar el 1 de febrero del corriente año.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Luego de explicar que con el recurso extraordinario propende por la efectividad del derecho material, el restablecimiento de las garantías conculcadas al acusado y la unificación de la jurisprudencia en torno al tema de la posición de garante, el defensor de JAIME LANDÁZURI MESA propone tres cargos en contra de la sentencia del Tribunal, los cuales desarrolla de la siguiente manera:

Cargo primero: violación directa.

Con fundamento en el numeral primero del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el casacionista denuncia que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, por la interpretación errónea del artículo 25 del Código Penal, pues, a través de un equivocado examen del instituto de los delitos de comisión por omisión, estableció la responsabilidad del procesado en la conducta punible de *homicidio agravado*, determinando una posición de garante que no se configura en el presente asunto.

Así, tras disertar sobre los ilícitos de omisión, parte por señalar que es un desacierto del *Ad quem* considerar que su defendido tenía a su cargo la vida del menor, cuando es lo cierto que quien sí debía responder por ese bien jurídico era el fallecido patrullero Jorge Hernán Tamayo, el cual ostentaba el rol de garante, derivado de las funciones

administrativas que le competían como encargado de la sala de reflexión donde fue confinado aquél.

Para el demandante, condenar a su prohijado por el solo hecho de ser el comandante de guardia de la estación de policía, es decir, por una mera situación funcional, configura una responsabilidad objetiva, proscrita en nuestra legislación.

En soporte de lo anotado, cita a lo largo de su libelo precedentes jurisprudenciales y doctrina sobre la figura de la posición de garante, haciendo especial énfasis en el caso de los miembros de la Policía Nacional, con el fin de sostener que en este asunto no se tenía el deber jurídico de protección ni la obligación de impedir un resultado típico que es evitable, como tampoco se satisfacen los requisitos del nexo de causalidad y la imputación jurídica del resultado. El vínculo funcional, entonces, lo tenía otro funcionario -Tamayo-, en la medida en que LANDÁZURI MESA se encontraba en una *“ubicación distinta y distante al lugar donde se cometió la conducta delictiva”*, lo cual le imposibilitaba materialmente visualizar lo que ocurría *“y por consiguiente ante la subsunción del principio de confianza, no le era cognoscible (la estructura del dolo) y por consiguiente el requisito de prevención (evitar el resultado lesivo), de que ese día 30 de julio del año 2009, iba a perder la vida un retenido, el cual estaba a cargo de una tercera persona”*.

El fallador de segundo grado, añade el memorialista, realizó una interpretación normativa contraria a la jurisprudencia imperante, *“pues contrario a lo ilustrado el sentenciado no tenía la posibilidad de evitar el suceso mortal, pues se desbordaba de su esfera funcional el asumir el cargo de otro uniformado de la Policía Nacional”*. Dicha tesis del juzgador, acerca de la creación de la fuente del riesgo y la comisión por omisión, sólo sería de recibo si el inculcado hubiese tenido el contacto permanente bajo el rol de garante el día de los sucesos.

Así, tras enlistar los preceptos que estima conculcados³, traer a colación jurisprudencia de la Corporación sobre el principio de confianza, insistir en que la posición de garante no la tenía su defendido sino el agente Tamayo como encargado de la sala de reflexión, volver a aludir sobre la naturaleza jurídica del citado instituto, recordar cuándo se estructuran los delitos de omisión y exaltar el salvamento de voto, concluye que el Tribunal violó directamente el artículo 25 del Código Penal, motivo por el cual pide que se case su decisión condenatoria, con el fin que se absuelva y disponga la libertad del enjuiciado LANDÁZURI MESA.

Cargo segundo: violación directa

³ Al efecto, cita los artículos 9 a 12, 23, 25, 103 y 104 de la Ley 599 de 2000; 7, 66, 372 y 381 de la Ley 906 de 2004; y 2, 6, 94 y 95 de la Constitución Política.

Con idéntico sustento normativo y replicando en lo básico el discurso precedente, el impugnante acusa a la segunda instancia de haber violado directamente la ley sustancial, esta vez por la interpretación errónea del artículo 9 de la Ley 599 de 2000, el cual alude a las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, al tiempo que señala que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

En orden a fundamentar su censura, diserta sobre la figura de la causalidad y reitera de qué forma determinó el fallador el rol de garante de su representado, con el fin de aseverar que su yerro interpretativo radica en haber derivado dicha posición en el imputado, cuando es lo cierto que otro patrullero era el encargado del lugar donde estaba detenido el menor, debiendo, por tanto, velar por su seguridad y custodia.

Según la defensa, no podía deducirse la participación omisiva de su prohijado, ya que no existe ningún elemento probatorio para establecer su responsabilidad directa, ni que permita inferir el conocimiento previo del actuar que desembocó en la muerte del retenido.

Para terminar, insiste en que este es un caso de responsabilidad objetiva, reitera su postura acerca de la infracción directa de los artículos 9 y 25 del Código Penal, y destaca nuevamente la opinión del magistrado disidente.

Cargo tercero: falso juicio de identidad

Apoyado en el numeral 3° del citado artículo 181 del Código de Procedimiento Penal, el recurrente asevera que el Tribunal desconoció las reglas sobre producción y apreciación probatoria, en tanto, violó indirectamente la ley sustancial, por haber incurrido en error de hecho por falso juicio de identidad.

Como punto de partida, se refiere a la forma de sustentar la causal invocada, para seguidamente repasar de manera pormenorizada los hechos, desde el momento de la captura del menor decedado hasta su confinamiento, con el fin de concluir que se equivocó la judicatura al determinar la conducta punible omisiva, considerando que LANDÁZURI MESA conocía el procedimiento irregular previo, así como que el aprehendido era menor de edad, siendo ello desconocido para él.

Para el censor, no hay duda que su representado *“actuó bajo la absoluta confianza del procedimiento pretérito, lo que configura la teoría inicial del principio de confianza entre los miembros de la fuerza pública, la delegación y división de roles funcionales”*. En ello radicó, precisamente, el yerro en el examen probatorio, ya que el fallador adecuó una certeza inexistente, por medio de incursionar en el falso juicio de identidad denunciado, toda vez que si bien el testigo Alexis Vicente Álvarez, primo del retenido, informó a los patrulleros captores –Juan Carlos Guzmán y Hugo

Leandro Romero Barahona- acerca de la minoría de edad de aquél e incluso exhibió su tarjeta de identidad para identificarse, es lo cierto que esa situación no fue sopesada ante LANDÁZURI MESA, quien por tal motivo dispuso su detención.

Ninguna prueba, a diferencia de lo manifestado por el *Ad quem*, da cuenta que el acusado sabía de la minoría de edad del adolescente capturado.

De otro lado, en un extenso y repetitivo discurso, el libelista sostiene, para sustentar el yerro de hecho invocado, que se tergiversó la prueba testimonial, mencionando al efecto la declaración de María Cristina Mañosca Camacho, de la cual se desprende la imposibilidad física para que su asistido judicial estuviera pendiente del menor en las instalaciones de la estación de policía, cuya estructura describe. En esa medida, agrega, debió absolvérsele, pues, desconoció también el juzgador que cuando el menor pidió ayuda, el comandante de guardia lo auxilió inmediatamente y trasladó hasta un hospital local.

Opina, contrario a lo definido por las instancias, que el comandante de guardia no estaba obligado a responder funcionalmente por todo lo que ocurría en las instalaciones.

En los siguientes apartados, el actor repite una y otra vez sus argumentos, reiterando que la prueba aportada fue tergiversada, ya que LANDÁZURI MESA ignoraba la minoría

de edad del aprehendido, siguió el procedimiento regular, cumplió con sus obligaciones, no podía estar pendiente de todas las instalaciones de la comandancia, confió en la actividad del patrullero Tamayo, nunca tuvo la posición de garante, no actuó con dolo, y se le responsabilizó objetivamente por el comportamiento de un tercero.

De igual manera, critica que el juzgador, descartando el principio de confianza que opera en los delitos omisivos y violando los postulados de la sana crítica y los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, haya impuesto cargas fácticas al procesado para definir así su responsabilidad, pese a que la prueba recaudada apunta a su absolución por la presencia de dudas insalvables.

Para finalizar, el representante judicial del inculcado exalta de nuevo el salvamento de voto, lamenta la violación de los derechos y garantías de su patrocinado, y pide que revoque la sentencia censurada, disponiendo la libertad del enjuiciado.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. Intervención del defensor del acusado (impugnante).

Como punto de partida, la defensa indicó que se sostenía en los argumentos de la demanda, pues, el

Tribunal quebrantó las garantías fundamentales del procesado al condenarlo por el delito de *homicidio agravado*, aplicando el instituto de la omisión impropia o comisión por omisión, resultado de una errada interpretación del artículo 25 del Código Penal.

Luego, añadió que se violó el principio de legalidad, ya que las instancias ignoraron que para la fecha de los hechos, el menor Cabezas Álvarez le fue entregado al patrullero Tamayo, quien sí tenía el deber jurídico de protección y no su defendido. Por ello, estimó que el Tribunal se sesga cuando erróneamente interpreta que el solo deber funcional permite transmutar la omisión a la fuerza pública.

En este asunto, no se demostró la certeza ni el nexo de causalidad entre el funcionario y el incumplimiento de sus deberes legales; en tal medida, el resultado lesivo, la muerte del joven, no podía imputársele a LANDÁZURI MESA, ya que aquí prima el principio de confianza, tal como lo ha establecido jurisprudencia que cita.

Con base en lo dicho, el casacionista insistió en que su prohijado no tenía la posición de garante, como sí el agente Tamayo, encargado de la sala de reflexión; era imposible, entonces, que evitara el resultado funesto.

Por último, con relación al error de hecho por falso juicio de identidad denunciado, dijo que el *Ad quem*

adicionó y cercenó el testimonio de los captores, ya que no se demostró que el acusado conocía que estuviese confinando a un menor.

Solicitó, por consiguiente, que se revocara la decisión impugnada y se dispusiera la libertad de su representado.

2. Intervención de la Fiscal Cuarta delegada ante la Corte.

Para empezar, la representante de la Fiscalía se refirió a los dos primeros cargos, a cuyo efecto repasó ampliamente la tesis del Tribunal. Es así como afirmó que se presentó la detención irregular de un menor, sobre el cual el subintendente LANDÁZURI MESA tenía un deber jurídico, toda vez que como comandante de guardia debía velar por la seguridad de las instalaciones y todo lo que al interior ocurriera, situación que le exigía supervisar al jefe de control de detenidos, que efectivamente estaba realizando su labor.

Seguidamente, agregó que el solo hecho de que el menor estuviese detenido irregularmente, muestra el desprecio del incriminado por su deber funcional, ya que teniendo la obligación de protegerlo, no lo hizo.

Asimismo, consideró que en los fallos de las instancias se confunden con relación a la posición de garante, ya que señalan que no se asumió debidamente la protección del

adolescente, pero al mismo tiempo reconocen que se creó una situación de riesgo, porque debió enviarse a las autoridades competentes, pero en cambio lo dejaron retenido en la estación de policía.

Para terminar, reiteró que el deber de protección recaía en ambos policiales y pidió que no se case la sentencia demandada.

En lo concerniente a la tercera censura, repasó la postura del actor para luego concluir que el juzgador no tergiversó el sentido de la prueba, ya que los agentes sabían que el retenido era menor de edad, en tanto, se identificó como tal.

Finalmente, tras advertir que algunos puntos fueron tratados en el análisis de los anteriores reproches, solicitó que no se case la providencia censurada por la supuesta violación de la ley sustancial.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cuestión preliminar.

El defensor del procesado JESÚS LANDÁZURI MESA postula tres censuras en las que reclama que se case el fallo condenatorio del Tribunal, para en su lugar absolverlo de la

acusación que recae en su contra por la conducta punible de *homicidio agravado*.

En los dos primeros reproches -que serán respondidos conjuntamente debido a su identidad temática y argumentativa-, el casacionista denuncia la violación directa de la ley sustancial, por la interpretación errónea de los artículos 25 y 9 del Código Penal.

Regulan ellos, en su orden, los delitos de omisión y la posición de garante, así como las categorías dogmáticas de la conducta punible, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En ambos casos afirma el demandante que la equivocada interpretación que las instancias hicieron de dichos preceptos, condujo a que con relación a su prohijado se dedujera responsabilidad penal dolosa, por la vía de los ilícitos de omisión impropia o comisión por omisión, determinando una posición de garante que no se configura en el presente evento.

En el tercer reparo, el memorialista postula la infracción indirecta de la norma sustancial, producto de un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria, considerando que los juzgadores tergiversaron la prueba testimonial al concluir que el procesado LANDÁZURI MESA conocía de la minoría de edad

del joven que fue detenido en las instalaciones de la comandancia de policía a su cargo.

A continuación, la Sala responderá las inquietudes del impugnante en el orden propuesto, no sin antes aclarar que no aludirá a los ostensibles defectos de fundamentación advertidos en su escrito, pues, la previa admisión del mismo implica dejarlos de lado, toda vez que ha adquirido el derecho a que se resuelva de fondo.

Así las cosas, antes de abordar el estudio del asunto jurídico propuesto –en el que se tratarán temas como los delitos de comisión por omisión dolosa, la posición de garante y, desde luego, la incidencia de estos en el caso concreto-, la Corte, de acuerdo con lo probado, establecerá el marco fáctico que permitirá, en últimas, adoptar la decisión que corresponda.

2. Aspecto fáctico.

Los hechos investigados en este caso ocurrieron en la ciudad de Cali (Valle del Cauca), en la noche del jueves 30 de julio de 2009.

Ese día, los patrulleros de la Policía Nacional Hugo Leandro Romero Barahona y Juan Carlos Cortés Guzmán, adscritos a la Estación El Diamante, ubicada en el barrio El Poblado de la aludida localidad, se encontraban patrullando por el sector cuando, dicen, fueron abordados por un

conductor de taxi que les hizo saber que minutos antes había sido víctima de un intento de atraco por parte de un joven, cuyas características físicas les dio a conocer.

Los uniformados, quienes ni siquiera tomaron los datos de identificación y ubicación del taxista, lo cual hubiese sido útil para llamarlo a declarar en aras del esclarecimiento de los hechos en su fase previa, de inmediato se desplazaron al lugar en el que se presentó el supuesto conato de atentado patrimonial.

Allí, sin explicar qué hacía en el momento, encontraron a un varón que obedecía a las descripciones ofrecidas y que, según aseveran, se mostró agresivo y portaba un frasco de sacol, sustancia que claramente corría por sus fosas nasales, y un cuchillo, motivo por el cual fue abordado y capturado.

El aprehendido resultó ser David Alexánder Cabezas Álvarez, quien se identificó como menor de edad, situación que fue desatendida por los gendarmes, ya que procedieron a conducirlo hasta la Estación de Policía El Diamante.

La hora exacta de éste suceso nunca fue establecida, pese a que uno de los citados agentes mencionó que a las 10:30 p.m., que no se compadece con las horas que se reportan de los acontecimientos posteriores.

Lo cierto del asunto es que esta versión de los policiales captores fue desvirtuada con otros elementos de juicio que dan cuenta de que Cabezas Álvarez se encontraba tranquilamente observando una partida de dominó, en compañía de su primo Alexis Vicente Álvarez Quiñones, quien así lo ratificó en su testificación jurada, asegurando que su pariente estaba normal y fue capturado sin motivo alguno, a pesar de que exhibió su tarjeta de identidad, acreditando ante ellos que era menor de edad.

En refuerzo de lo anterior, se tiene que los funcionarios nunca dejaron a disposición de la autoridad competente el líquido que le fue hallado al joven, como tampoco el arma blanca que aseguran portaba en ese momento.

Como si fuera poco, la perito química Martha Cecilia Triviños Guzmán, miembro del laboratorio de toxicología forense del Instituto Nacional de Medicina Legal, analizó la prueba de orina de Cabezas Álvarez -desde luego, luego de su fallecimiento- y conceptuó que no había consumido ningún tipo de estupefaciente, contradiciendo así la versión de los gendarmes, quienes afirmaron que estaba impregnado de sacol.

La ilegal captura del menor, entonces, fue a causa de la decisión caprichosa y arbitraria de los agentes Romero Barahona y Cortés Guzmán.

Posteriormente, los citados policiales, como se anotó antes, condujeron al joven aprehendido hasta las instalaciones de la Estación de Policía El Diamante, en cuya entrada se encontraba en una caseta el intendente JESUS LANDÁZURI MESA, para ese momento comandante de guardia y, como tal, encargado general del lugar.

Al pasar por allí, los agentes Romero Barahona y Cortés Guzmán, sin mayores explicaciones, le comunicaron que traían un detenido, al cual ordenó conducir a la sala de reflexión, en ese instante al mando del también agente de policía Jorge Hernán Tamayo.

No se demostró, entonces, que los funcionarios que realizaron la captura le informaron al comandante de guardia que la persona privada de la libertad era menor de edad.

En esas condiciones, los gendarmes condujeron al joven hasta la sala de reflexión, en donde simplemente lo dejaron a disposición de Tamayo para que realizara el informe respectivo y dispusiera su confinamiento en una de las celdas, ubicada a unos 33 metros del comando de guardia, tal como lo constató la funcionaria María Cristina Mañosca Tamayo, miembro del Cuerpo Técnico de Investigación, encargada de elaborar el plano topográfico.

Luego, los uniformados abandonaron el lugar, en el cual apenas quedaron el detenido, los citados LANDÁZURI

MESA y Tamayo, y el agente Steven Alexánder Arias Ospina, quien en ese momento dormía en una de las habitaciones.

Poco después, sin que se sepa cuánto tiempo transcurrió, pero en todo caso en un lapso breve, Tamayo llamó desesperadamente al comandante de guardia para informarle que Cabezas Álvarez se había suicidado, ahorcándose. Ello fue escuchado por el uniformado Arias Ospina, quien se despertó y corrió hasta el lugar para verificar qué había sucedido.

Dice Arias Ospina, pues, nunca se supo la versión de sus compañeros⁴, que cuando llegaron a la celda encontraron al retenido amarrado a los barrotes, aún vivo, al cual intentaron reanimar, pero como no fue posible lo condujeron -él y LANDÁZURI MESA- hasta un hospital local, donde finalmente se produjo su deceso.

Desde ese momento, los policiales quisieron hacer creer que el menor se había suicidado, ahorcándose él mismo, lo cual fue desechado en el curso de la instrucción, estableciéndose que su muerte fue causada por estrangulamiento y que previamente fue sometido a una severa golpiza.

⁴ Tan solo aparece que en el juicio oral declaró el agente José Steve Quijano Ospina, del control interno de la policía, quien afirma que Tamayo le manifestó que el joven Cabezas Álvarez se estaba ahorcando.

Así se determina en el acta de necropsia, introducida al proceso a través del testimonio del médico legista Oscar Alonso Plaza Patiño, cuya opinión pericial fue del siguiente tenor:

“SE TRATA DE UN ADULTO JOVEN DE RAZA MESTIZA, ASPECTO CUIDADO, SE REALIZA PROCEDIMIENTO DE NECROPSIA CON DISECCIONES ESPECIALES EN CUELLO, DORSO Y LEVANTAMIENTO FACIAL, SE ENCUENTRAN LESIONES COMPATIBLES CON ESTRANGULAMIENTO PREVIOS TRAUMAS CONTUSOS EN CUERO CABELLUDO Y DORSO, FALLECE EN EL CONTEXTO DE UNA ANOXIA SECUNDARIA A INSUFICIENCIA RESPIRATORIA AGUDA DEBIDA A FRACTURA DEL ESQUELETO LARINGEO POR ESTRANGULAMIENTO”.

En su declaración juramentada, el mencionado profesional reiteró que el deceso se produjo por falta de oxígeno, por estrangulamiento, previo a unos traumas en cráneo y dorso. De igual manera, descartó que se presentara un ahorcamiento, por la posición de las heridas y los hallazgos, los cuales dejan un patrón diferente, causando lesiones en el mentón, lo cual no ocurre en este caso, en el que se evidenció la fractura del cartílago tiroides, situación que determina que la persona fue estrangulada y no ahorcada.

Además, precisó el médico legista, si una persona intenta ahorcarse ella misma, a lo sumo apenas perdería el conocimiento.

Desde otro ángulo y también con el objeto de descartar la teoría del suicidio, se tienen los testimonios del ya citado Alexis Vicente Álvarez Quiñones, primo del occiso, Teófilo Álvarez Castillo, tío, y Eufemia Castillo, abuela, quienes hacen saber que su pariente era una persona alegre y sana, con expectativas favorables de vida, ya que una semana antes se había graduado de bachiller y próximamente viajaría a Ecuador para estudiar Medicina, carrera que sería financiada por su progenitora, residente en España.

Además, como se lee en el protocolo de necropsia, se trataba de un joven de “*aspecto cuidado*”, lo que no se compadece con la lamentable descripción ofrecida por los funcionarios de policía.

En otras palabras, Cabezas Álvarez no tenía motivo alguno para quitarse la vida.

Contrario a ello, la defensa intentó desprestigiar al joven, con un testimoniante que ofrece una deponencia que no ofrece ninguna credibilidad. Se trata del investigador privado Jaime Rivero Torres, quien dijo haberse dirigido hasta la calle en la que se ubica la residencia de Cabezas Álvarez, en donde fue informado por sus habitantes que éste era consumidor de estupefacientes y que en dos ocasiones intentó suicidarse ahorcándose. Lo cierto es que nunca especifica quiénes le suministraron semejante información.

En todo caso, está ampliamente comprobado que David Alexánder Cabezas Álvarez no se suicidó, sino que fue víctima de un delito de *homicidio*, ocurrido en el interior de la celda en que estaba confinado en la Estación de Policía.

Nunca se supo a ciencia cierta quién fue el autor material del hecho, aunque se ventila que pudo haber sido el agente Tamayo, quien poco después de los acontecimientos se suicidó, según se señala, por el remordimiento que le causó el haber asesinado al menor.

En tales condiciones, la Fiscalía acusó por la conducta punible de *homicidio agravado* al intendente LANDÁZURI MESA, deduciendo que por su labor como comandante de guardia, tenía una posición de garante que lo obligaba a evitar la muerte del joven Cabezas Álvarez.

En virtud de ello, la Sala estima que es importante, para terminar, transcribir las obligaciones consagradas en el Manual de Funciones -aportado por la administradora de empresas Liliana Madrid Murillo, trabajadora al servicio de la Policía Nacional-, en el cual se especifican los deberes “*esenciales*” que debían atender el comandante de guardia -LANDÁZURI MESA- y el auxiliar de control de retenidos -Tamayo-.

Funciones del comandante de guardia (intendente jefe):

- Coordinar la seguridad del personal e instalaciones policiales.
- Aplicar las directrices del comando con respecto al personal.
- Informar al personal visitante la ubicación de las dependencias y quiénes son los respectivos jefes.
- Supervisar el servicio de los centinelas con respecto a la seguridad.
- Registrar en los libros las entradas y salidas de vehículos y personal al servicio.
- Coordinar con los diferentes estamentos las medidas de seguridad del sector donde funciona el complejo policial.
- Garantizar la seguridad de armamento, oficinas y de personal que labora en el complejo.
- Informar al jefe inmediato cualquier novedad que se presente con el personal de seguridad.
- Verificar datos del personal que ingresa.

Funciones del auxiliar de control de retenidos:

- Velar por el orden y cuidado del retenido dentro de su estadía en la sala de reflexión.
- Organizar pesquisas dentro de la sala de reflexión a fin que no ingresen elementos que puedan causar lesiones a los demás retenidos.

- Dirigir el control de visitas y regular los horarios de las mismas para mantener el orden de la sala de reflexión.
- Atender cualquier requerimiento del retenido si presenta anomalía en su estado de salud.
- Llevar un registro actualizado del ingreso y traslado de retenidos para cualquier requerimiento de entidades judiciales.
- Realizar la requisita necesaria del retenido para evitar el ingreso de objetos, armas o sustancias que le puedan servir para hacerse daño.

3. Aspectos jurídicos.

En éste acápite se abordarán los temas concernientes a **los delitos de comisión por omisión dolosa y la posición de garante**, a partir de su consagración normativa y lo que la jurisprudencia de la Sala ha sostenido sobre dichos tópicos.

En efecto, los delitos de omisión se regulan en el artículo 25 del Código Penal, cuyo texto es como se consigna a continuación:

“ACCIÓN Y OMISIÓN. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

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, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo 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”.

La Corte ha proferido varias decisiones en las que ha realizado múltiples estudios sobre los delitos dolosos en la modalidad de comisión por omisión y la posición de garante.

Por ejemplo, en la sentencia del 14 de noviembre de 2007 (Radicado 28.017), aludiendo específicamente a la temática, consideró:

“El comportamiento delictivo puede consistir en una acción positiva que determina una variación en el mundo exterior, pero también puede derivarse de una acción negativa, es decir, de índole omisiva, así definida por el legislador al incluir taxativamente el deber, cuyo incumplimiento se sanciona independientemente del resultado (omisión propia), como ocurre con los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros.

No obstante, hay ocasiones en que el resultado producido con una conducta activa por antonomasia, es conseguido a través de una omisión, esto es, de un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley (omisión impropia o comisión por omisión), para lo cual se utiliza por regla general la fórmula de las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Hoy, la acción no se identifica con un movimiento muscular como transformador del mundo físico, sino desde un punto de vista normativo, así también se entiende el comportamiento omisivo del cual se entra a verificar el nexo de evitación, esto es, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado”.

Para la Corporación, del inciso segundo del citado artículo 25, se extracta que 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.

También en la sentencia SP7135, 5 jun. 2014, Rad. 35113⁵, la Sala hace un exhaustivo análisis sobre las figuras, del siguiente tenor:

“1. Tratándose de acciones negativas o de índole omisivas, suelen distinguirse las de omisión propia, cuando se sanciona el incumplimiento del deber definido por el legislador independientemente del resultado, como en los delitos de inasistencia alimentaria (art. 233 C.P.), omisión de medidas de socorro (art. 131), omisión del agente retenedor o recaudador (art.

⁵ El cual se reitera en el auto AP6462, 22 oct. 2014, Rad. 44505.

402) prevaricato por omisión (art. 414), entre otros, y las de omisión impropia o comisión por omisión, que 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 que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.

Para este comportamiento omisivo se entra a verificar el nexo de evitación, es decir, la conducta esperada que de haber sido realizada, el sujeto habría interrumpido o evitado el resultado, y a fin de equiparar la causación de éste y la relación del omitente con el bien protegido, se ha de analizar el deber jurídico de la persona llamada a evitar esa consecuencia, precisar así quién debe garantizar su no causación, ora mediante la función de protección o de vigilancia.

La posición de garante (Garantenstellugen), es entendida como el deber jurídico que tiene el autor de evitar un resultado típico, ubicación que le imprime el obrar para impedir que éste se produzca cuando es evitable.

La Corte (CSJ SP 14 Nov. 2007, rad 28017), se ocupó de reseñar cómo la jurisprudencia a la luz del Código Penal de 1980 y de la Constitución Política de 1991, estableció los criterios normativos para configurar los deberes de aseguramiento o las obligaciones de actuar y que de cumplirlas el sujeto evitaría la producción del resultado (garante de la evitación del resultado).

Allí se destacó que en el Decreto-Ley 100 de 1980 al consagrar como modalidad del hecho punible tanto la acción como la omisión (art. 19), también se previó en el artículo 21 el principio

de causalidad, según el cual, «Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo».

De tales preceptos emerge la «cláusula de equivalencia» entre acción y omisión, equiparando la acción con el no hacer y no impedir conscientemente el resultado.

Se subrayó que si bien en el anterior estatuto sustantivo no se precisaron los deberes jurídicos o las fuentes de la posición de garante y con la Constitución Nacional de 1886 se dificultaba la punición de conductas omisivas impropias, en cuanto mediaba una amplia discrecionalidad judicial para integrar la comisión por omisión, con la Constitución Política de 1991 y el replanteamiento del modelo sociopolítico del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, el ámbito de las garantías ciudadanas, el establecimiento y preeminencia de valores superiores que se dio con la expedición de la nueva norma superior, se establecieron deberes jurídicos no sólo para los servidores públicos, sino para los particulares, que les fija, en uno y otro evento, el deber de evitar ciertos resultados típicos.

Principalmente, desde el artículo 1° de la Constitución Política al contemplar que Colombia es un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general, así como por la consagración en el artículo 95 de los deberes y obligaciones ciudadanos, específicamente el 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», se dijo

que se predicaban deberes de competencia institucional y también por organización, es decir, obligaciones normativamente específicas para los servidores públicos que como agentes estatales deben siempre atender los fines esenciales del Estado, o deberes generales de los ciudadanos de velar por la conservación de determinados bienes jurídicos.

En la posición de garante que surge de la competencia institucional, como obligaciones normativas específicas, el deber jurídico emerge del propio artículo 2° del texto superior, según el cual, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, sin alguna discriminación, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

Así mismo, del artículo 6° del mismo texto al contemplar que los servidores públicos son responsables no sólo por infringir la Constitución y las leyes, sino por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de lo cual se dibujan unos deberes positivos frente a la amenaza de los bienes jurídicos”.

De manera específica, respecto de los miembros de la fuerza pública, en el citado precedente se señala que:

“...[p]roviene de las finalidades de las fuerzas militares, de defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional (artículo 217 de la Constitución), o de la Policía Nacional del mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes en Colombia, convivan en paz (artículo 218 ejusdem).

A su turno, en aplicación del bloque de constitucionalidad se ha acudido a Instrumentos Internacionales, como las normas del Derecho Internacional Humanitario que protegen a la población civil en caso de conflicto armado interno, específicamente, los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y 8 de junio de 1977, que en sus artículos 4° y 13 preceptúan:

ARTÍCULO 4. Garantías fundamentales.

1°. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.

Artículo 13: Protección de la población civil.

1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3° Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación.

De esa forma, como el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

Desde el punto de vista del Estado democrático, edificado sobre las ideas de libertad de las personas y de su igualdad, y de un concepto de su dignidad que pasa en esencia por la atribución de ambas cualidades, se revela como necesaria la protección de quienes carecen de capacidades de autoprotección. Más allá de la idea del Estado democrático y derivada ya de la propia idea del Estado viene a colación la función de defensa de la colectividad frente a los ataques externos, la función de protección de los ciudadanos frente a los ataques de otros conciudadanos, y la protección de los ciudadanos y de la sociedad frente a los daños graves que proceden de la naturaleza.

‘Estos deberes del Estado democrático deben constituirse como deberes de garantía al menos en dos grupos de supuestos. En primer lugar, en el caso de los deberes de protección de quien no tiene capacidad de protegerse, porque no se trata de proteger de cualquier modo su autonomía, o los presupuestos de su autonomía, sino de protegerla de un modo equivalente a la autoprotección de quien si puede desempeñar tal función. En segundo lugar, en los casos en los que el Estado limite la autonomía del individuo para su autodefensa, limitando por ejemplo la posesión y el uso de armas y las posibilidades de autodefensa agresiva, pues debe compensar esa limitación con la asunción plena y equivalente de las funciones de defensa impedidas’.

No se desconoce que con la Ley 599 de 2000 se precisaron normativamente las posiciones de garante en las cuales la persona tiene la obligación de controlar o proteger determinado bien jurídico o de vigilar a otras personas ante una fuente de riesgo, pues en el artículo 10º y como principio rector se plasmó la necesidad que, en sede de tipicidad, en los tipos de omisión el deber esté consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley, en tanto que el artículo 25 prevé,

La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo 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.

La norma establece cuatro situaciones de las que se reputa la posición de garante, de ahí que la fuente de la misma debe entenderse estrictamente normativa. El numeral primero alude a la asunción del agente sobre una fuente de riesgo o la protección sobre una persona; el segundo y el tercero se refieren a deberes positivos emanados de las relaciones institucionales que a su vez se fundamentan en expectativas de acción en donde el garante debe prestar ayuda. Esos deberes positivos emergen de instituciones como el matrimonio, las relaciones paterno filiales, las de confianza y los deberes del Estado frente a los ciudadanos. El numeral cuarto apunta a deberes negativos que se dan cuando el agente crea un comportamiento antecedente de índole antijurídico promotor de un peligro o de una situación riesgosa, surgiéndole el deber de asegurar esa fuente de riesgo o de adoptar las medidas de salvamento que correspondan.

Para hechos acaecidos con anterioridad al Código Penal de 2000, por ejemplo, en casos similares de «masacres» cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado tal categoría jurídica, pues desde el propio bloque de constitucionalidad el Estado se constituye en garante, posición que se materializa a través de sus agentes o servidores públicos.

Ello impone determinar previamente la competencia del sujeto, esto es, si 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.

1. Situación de peligro para el bien jurídico.

2. No realización de la conducta debida, por no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado lo que eleva el riesgo creado.

3. 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 i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) tener los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado.

4. Producción del resultado.

Como corolario de lo expuesto, 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”.

En síntesis, para la Corte la posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Por ello,

cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona dicha posición de garante.

En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas⁶.

Quiere destacar la Sala, para la resolución del asunto, cómo la posición de garante no opera desde un plano general o abstracto, pues, independientemente de que se tenga previamente o asuma el rol, es lo cierto que la atribución de responsabilidad penal demanda no solo de conocimiento respecto de la existencia del riesgo específico,

⁶ Así lo sostuvo en la sentencia del 27 de julio de 2006, Radicado 25536, y lo ratificó en el fallo del 4 de febrero de 2009, Radicado 26409.

sino de posibilidad material de evitación, en tanto, el nexo causal se construye precisamente a partir de la demostración de estos dos elementos y la verificación de su incidencia capital en el resultado.

Suficiente la anterior reseña normativa y jurisprudencial, para que se aborde el estudio y la resolución del presente asunto.

4. El caso concreto.

Como punto de partida, debe resaltarse que se torna en un hecho incontrastable y cierto, que el menor David Alexánder Cabezas Álvarez fue asesinado, víctima de estrangulamiento y una feroz golpiza, la noche del jueves 30 de julio de 2009.

Ello ocurrió en el interior de una de las celdas de la Estación de Policía El Diamante de la ciudad de Cali, en donde además del citado, quien se encontraba privado de la libertad, se hallaban los agentes de policía JESÚS LANDÁZURI MESA, intendente comandante de guardia, Jorge Hernán Tamayo, auxiliar encargado de la sala de control de retenidos, y Steven Alexánder Arias Ospina, quien pernoctaba en una de las habitaciones del lugar.

Los pormenores de éste suceso ya fueron consignados por la Sala en el acápite en el que se reseña el marco fáctico

de acuerdo con las probanzas aportadas. Por ahora, entonces, basta reiterar que nunca se supo quién fue el autor material del homicidio, si bien se ventiló que pudo haber sido perpetrado por el agente Tamayo, quien por esa razón posteriormente se suicidó, presa de un gran remordimiento.

Tamayo fue vinculado a la actuación como procesado y a pesar de que en su contra se formuló imputación, nunca pudo ser acusado formalmente ya que su deceso se produjo antes de la realización de la actuación respectiva.

En tales condiciones, el único vinculado al trámite es el hoy enjuiciado LANDÁZURI MESA, en quien las instancias dedujeron una posición de garante, aduciendo, en lo básico, que por su cargo como comandante de guardia y atendiendo a la función de “*supervisar*” que le fue asignada, debía estar pendiente de todo lo que ocurría en la sede de la comandancia, pues, de esa forma habría podido evitar el resultado dañoso, esto es, la muerte de Cabezas Álvarez.

Efectivamente, esto fue lo estimado por el juzgador de primer grado:

“Si Jesús Landázuri Mesa, en situación de comandante de guardia, hubiera observado o cumplido con el manual de funciones, por lo menos la relativa a verificar datos de personal que ingresa fácilmente se había dado cuenta que el retenido

transitorio era menor de edad y que los motivos de retención eran infundidos (sic) y de acuerdo a sus conocimientos básicos de policía y relaciones humanas, máxime que estaba en rigor el Código de la Infancia y Adolescencia y que esa estación no era el establecimiento adecuado para retener menores, muy seguramente había ordenado de forma inmediata su liberación y nada le hubiera ocurrido a DACA, pero como omitió este procedimiento policivo y en su lugar le ordeno (sic) verbalmente a los patrulleros que lo condujeran a la sala de reflexión, actitud que en vez de garantizar los derechos fundamentales del menor de edad, se los desconoció de facto y correlativamente incremento (sic) el riesgo para la vida e integridad personal del aludido joven.

Desde el instante mismo que Jesús Landázuri Mesa, ordeno (sic) la privación de la libertad de DACA, en la sala de retenidos, en la estación de policía El Diamante, asumió la posición de garante de orden legal y constitucional en su órbita como autoridad policial de mayor jerarquía, asumió la posición de garante al avalar la retención y ordenar la privación de la libertad de DACA, cuando sabía era ilegal.

Ahora bien, bajo esa óptica de era (sic) exigible a Jesús Landázuri Mesa, supervisor si su subalterno control de retenidos Jorge Hernán Tamayo, estaba cumpliendo a cabalidad los procedimientos policivos, habida cuenta que José Steve Quijano Ospina, como adscrito por la época a la inspección general oficina control interno disciplinario, le tomo (sic) al extinto Jorge Hernán Tamayo una declaración bajo el juramento, y aquel le hizo saber en esa diligencia que además de ejercer el cargo de control de retenidos, también hacia (sic) centinela en la parte posterior de la estación de policía. Luego entonces habían dos motivos para supervisar al patrullero Jorge Hernán Tamayo, una como control

de retenidos y dos como centinela, pero por ninguna de esas razones desplegó función alguna el intendente en jefe Landázuri Mesa, omisión esta que de haberse desarrollado conforme al manual muy seguramente, estaría realizando actos de prevención y control de posibles daños que le pudieran ocurrir al retenido transitorio DACA”.

A su turno, el Tribunal consideró:

“Conforme lo anterior, la Sala concuerda con el recurrente sobre la imposibilidad de que el señor JESÚS LANDÁZURY MESA desde el comando de guardia pudiera observar lo que acontecía en la Sala de Reflexión, sin embargo esta imposibilidad estructural o en razón de distancia y falta de visibilidad directa no exime al procesado de la obligación que le asistía respecto de la seguridad que debía garantizar sobre el retenido D.A.C.A., cuyo cumplimiento implicaba la debida y periódica supervisión a la labor encomendada al Patrullero Tamayo, pues insistimos, pese a que la Sala de reflexión estaba bajo la responsabilidad directa de este gendarme, el Sargento LANDÁZURY tenía compromiso y posición de garante por deber institucional sobre todo lo que sucediera en la Estación de Policía el Diamante, y para ello le era necesario ejercer rigurosamente sus funciones, máxime cuando era conocedor de la presencia de una única persona en la Sala de Reflexión y además sabía que desde el Comando de Guardia no podía avizorar lo que en ese lugar sucedía, circunstancia, se insiste, que le exigía mayor control y eficiencia en su labor, lo que implica que estaba obligado a pasar revista periódica por el lugar y verificar de esta forma la normalidad en esta zona...”.

Para el *Ad quem*, entonces, el procesado debía, en razón de sus funciones “*supervisar la labor del Patrullero Tamayo y verificar que todo estuviese en orden, además por ser una estación grande y con doble entrada, el deber de vigilancia se incrementa ante la posibilidad del ingreso al lugar de personas ajenas que pueden cometer ilícitos como ocurrió en este evento*”.

Para la Corte, en cambio, dicha posición de garante no se configura en el presente asunto.

En efecto, dada la dinámica de los acontecimientos, que se presentaron en un breve lapso, era imposible para el acusado, pese a que era el encargado general del lugar, que el trágico resultado le fuera evitable y cognoscible.

Claro está, si examinamos los elementos ya esbozados para la configuración del instituto de la posición de garante, no podríamos desconocer, en primer lugar, que sí hubo una situación de peligro para el bien jurídico, en éste caso referido a la vida del adolescente David Alexander Cabezas Álvarez.

Tampoco puede ignorarse que se produjo un resultado dañoso, consistente en la muerte del joven. Y que de haberlo sabido, LANDÁZURI MESA estaba en la obligación de impedirlo.

Sin embargo, en éste caso nos encontramos con que el procesado no incurrió en una omisión trascendente, por lo que no puede reprochársele que no haya actuado, en tanto, no estaba en condiciones de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida, ya que no tenía conocimiento de la situación típica, es decir, que el resultado se va a producir, como tampoco contaba con los medios necesarios para impedirlo y la posibilidad de utilizarlos con el propósito de efectivamente evitarlo.

Son varios los factores que permiten a la Sala llegar a dicha conclusión.

Recuérdese que luego de la ilegal e infundada captura del joven David Alexander Cabezas Álvarez, realizada por los policiales Hugo Leandro Romero Barahona y Juan Carlos Cortés Guzmán, lo condujeron hasta la sede de Estación de Policía con el fin de que fuera privado de la libertad, a pesar de que ningún hecho irregular podía atribuírsele y además se identificó ante ellos como menor de edad.

Al pasar por el comando de guardia, ubicado en la entrada de la edificación y en el cual se encontraba el agente LANDÁZURI MESA, encargado general del sitio, los funcionarios captores apenas le informaron que traían un detenido y por ello, atendiendo el procedimiento rutinario, indicó que fuera conducido hacia la sala de reflexión.

En todo caso, al comandante de guardia jamás le hicieron saber quién era la persona aprehendida, el motivo por el cual fue llevada hasta allí, ni mucho menos que se trataba de un menor de edad.

En esas condiciones, los gendarmes llevaron al capturado hasta la sala de reflexión, en donde lo dejaron a disposición del agente Jorge Hernán Tamayo, para esa fecha encargado del control de retenidos, con el fin de que elaborara el informe respectivo -lo que permite asumir que a él sí le dieron la información pertinente-, y dispusiera que el menor fuera encerrado en una de las celdas.

Lo dicho significa, ni más ni menos, que la posición de garante respecto de la vida del joven Cabezas Álvarez recaía en el agente Tamayo, no solo porque fue dejado a directamente a su disposición, sino también porque esa noche fungía como encargado de la sala de control de detenidos.

En refuerzo de lo anotado, basta mirar las obligaciones que debía cumplir el oficial Tamayo como auxiliar al mando de los confinamientos, previstas en el Manual de Funciones, en el que expresamente se le asignan las tareas de *(i) velar por el orden y cuidado del retenido dentro de su estadía en la sala de reflexión*, *(ii)* organizar pesquisas dentro de la sala de reflexión a fin que no ingresen elementos que puedan causar lesiones a los demás retenidos, *(iii)* dirigir el control de visitas y regular los horarios de las mismas para

mantener el orden de la sala de reflexión, *(iv)* atender cualquier requerimiento del retenido si presenta anomalía en su estado de salud, *(v)* llevar un registro actualizado del ingreso y traslado de retenidos para cualquier requerimiento de entidades judiciales, y *(vi)* realizar la requisa necesaria del retenido para evitar el ingreso de objetos, armas o sustancias que le puedan servir para hacerse daño.

Como puede apreciarse, se trata de labores muy específicas, en las cuales se ha destacado la de **velar por el orden y cuidado del retenido dentro de su estadía en la sala de reflexión**. De ahí que no quepa duda acerca de su posición de garante.

Lo anterior, a diferencia de las funciones encomendadas al comandante de guardia, de carácter general, las cuales se repasan: *(i)* coordinar la seguridad del personal e instalaciones policiales, *(ii)* aplicar las directrices del comando con respecto al personal, *(iii)* informar al personal visitante la ubicación de las dependencias y quiénes son los respectivos jefes, *(iv)* **supervisar** el servicio de los centinelas con respecto a la seguridad, *(v)* registrar en los libros las entradas y salidas de vehículos y personal al servicio, *(vi)* coordinar con los diferentes estamentos las medidas de seguridad del sector donde funciona el complejo policial, *(vii)* garantizar la seguridad de armamento, oficinas y de personal que labora en el complejo, *(viii)* informar al jefe inmediato cualquier novedad que se presente con el

personal de seguridad, y (ix) verificar datos del personal que ingresa.

Se ha resaltado el término *supervisar*, puesto que ha sido uno de los fundamentos para edificar la condena por parte de las instancias, aduciendo que dada la posición de garante que ostentaba LANDÁZURI MESA como comandante de guardia, estaba obligado a ejercer dicha actividad, pero no lo hizo.

Sí, en efecto, *supervisar* lo define el Diccionario de la Real Academia Española como el acto de “*ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros*”, lo cual implica la facultad de vigilar determinadas actividades, con el objeto de que se desarrollen de forma satisfactoria.

Empero, si bien es cierto que al comandante de guardia le concernía la función de *supervisar* a los centinelas en relación con la seguridad de la estación, tal como se establece en el Manual de Funciones, es lo cierto que en éste caso, dada la dinámica de los acontecimientos, como se anotó con antelación, no era razonable que pudiera ejercerla, no solo porque se dedicaba a sus labores en la caseta asignada para el efecto, sino también porque los hechos se desencadenaron con una inusitada rapidez, que lógicamente impiden determinar que omitió cumplir con su deber.

Bajo esa perspectiva, se tiene que la labor de **supervisar** que el Manual de Funciones le encomienda al comandante de guardia, es más de carácter general, en la medida en que simple y llanamente debe verificar que los centinelas sí estén cumpliendo con sus funciones.

Centinela es, acorde con la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el *“soldado que vela guardando el puesto que se le encarga”* o la *“persona que está observando algo”*.

De manera más específica, el citado texto señala que el *“centinela de vista”* es aquél a quien *“se pone al preso para no perderlo de vista”*.

Las referidas definiciones sin duda alguna se avienen a la actividad que le correspondía realizar al agente Tamayo, cuya labor como centinela debía ser verificada por el comandante de guardia, en ejercicio de la función de supervisar que establece el reglamento policial.

Siendo ello así, era el auxiliar del comando de guardia quien debía velar por la seguridad del interno, observándolo de manera permanente sin perderlo de vista, bajo la supervisión que, en términos razonables, debía hacer el intendente comandante de guardia.

Claro está, se habla de términos razonables porque en el citado Manual de Funciones por parte alguna se indica

cada cuánto tiempo debía hacerse esa supervisión, lo cual seguramente dependería del número de oficiales que estuviesen laborando en la comandancia, teniendo en cuenta además, para el asunto del rubro, que la noche de los hechos sólo había un centinela y únicamente una persona privada de la libertad.

De todos modos, por más que el intendente LANDÁZURI MESA realizara inspecciones continuas en las instalaciones del comando policial, los hechos ocurrieron con una prontitud tal, que no le es censurable que para ese momento no haya hecho verificación alguna en la sala de reflexión.

Tampoco puede desconocerse, tal como quedó acreditado con el estudio topográfico y el registro de fotografías, que la sede de la comandancia es bastante amplia y que entre la celda donde murió el menor y la caseta donde se encontraba el comandante de guardia, hay 33 metros de distancia, es decir, algo alejada, lo cual conduce razonablemente a concluir que tampoco era posible que escuchara o viera lo que estaba sucediendo en el interior de la sala de reflexión, como para tomar alguna medida al respecto⁷.

El desenvolvimiento de los hechos permite deducir, sin lugar a equívocos, que entre la aprehensión de Cabezas

⁷ Incluso, así lo reconoció el Tribunal en su sentencia confirmatoria, página 30. Al respecto, véase la parte de dicho fallo que fue transcrita en esta providencia.

Álvarez y su deceso violento en las instalaciones de policía, transcurrió un breve lapso, habida cuenta que el comandante de guardia todavía no había empezado a ejercer los actos de supervisión.

De todas maneras, nunca estableció la Fiscalía a qué hora fue perpetrado el homicidio, pues, pese a la importancia del asunto, adelantó una deficiente labor investigativa y tampoco supo aprovechar los testimonios recaudados en el juicio oral que podían despejar la duda acerca del momento exacto del acometimiento.

Tan solo se reportaron dos horas, las 22:40 y las 22:50 de la noche, aportadas por los testigos Alexis Vicente Álvarez Quiñones (tío del occiso) y Hugo Leandro Romero Barahona (agente captor), pero son referidas exclusivamente al momento previo a la captura del menor.

De ahí en adelante nada hizo el ente instructor, pudiendo hacerlo, para dilucidar los tiempos posteriores, es decir, por ejemplo, no interrogó sobre el particular al agente Steven Alexánder Arias Ospina, quien bien pudo hacerle saber a qué hora fue despertado cuando escuchó las supuestas voces de auxilio de Tamayo.

Tampoco allegó el informe policial que debió haber realizado el auxiliar de la sala de detenidos, con base en la información suministrada por los funcionarios que llevaron a cabo la retención.

Ni mucho menos ofició al Hospital Carlos Holmes Trujillo de Cali para indagar por la hora en que fue llevado el joven, el estado en que llegó o quién o quiénes lo condujeron hasta ese centro asistencial.

Por todo lo anterior, difícilmente puede concluirse, como lo hicieron las instancias, que fue la violación a ese deber de supervisar, la que generó la posición de garante en el acusado LANDÁZURI MESA, pues, ni siquiera se tiene claro a qué hora fue asesinado el menor Cabezas Álvarez, para poder definir si transcurrió o no un tiempo razonable.

En esa medida, la Corte insiste en que en este asunto no se demostró que el procesado conocía el hecho dañoso, ni que tenía la posibilidad en concreto de evitarlo, a más que las funciones generales asignadas como comandante de guardia no le entregaban el cuidado directo del retenido, atribuido, se reitera, al ya fallecido agente Tamayo.

Y si bien el deber de garantía, como lo anotó la Sala en uno de los precedentes anteriormente citados, es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, se debe analizar la relación que éstos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto.

De lo contrario, deducir la posición de garante por el solo hecho de tener en cuenta el cargo ocupado y la

condición de servidor público miembro de la Policía Nacional, sin analizar los pormenores que rodearon los acontecimientos, conduciría a aplicar una responsabilidad objetiva, proscrita en nuestra legislación penal sustantiva en el artículo 12 de la Ley 599 de 2000, hasta el absurdo, debe recalcar, que entonces todos los miembros de la Policía Nacional, no importa si podían o no conocer del riesgo o conjurarlo, deberían ser vinculados al hecho solo por virtud de ese deber general de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes.

Lo anterior, se insiste, porque el acusado LANDÁZURI MESA no incurrió en una omisión trascendente, ni mucho menos puede estructurarse un nexo causal entre su comportamiento y el hecho dañoso, el cual no pudo impedir, porque razonablemente no estaba en condiciones de hacerlo.

Es que, si se mira bien el soporte de la condena proferida en contra del acusado, ella parte de conceptos generales e incluso equívocos en su efecto, al punto que jamás se concreta cómo la tarea de supervisión implicaba necesario que acudiera a verificar las condiciones de cada uno de los detenidos, pese a que dicha función, debe reiterarse, se asigna específicamente al encargado de la sala de reflexión, o cuándo, específicamente, debió hacer dicha actividad, dentro de las tantas que la dicha supervisión encara, para definir inconcuso que, en efecto, en los minutos o momentos en los cuales debería estar revisando

las celdas, fue que se ejecutó la conducta violenta que condujo al deceso del confinado allí.

Se debe destacar, porque no ha sido objeto de controversia, que en atención a su función de comandante de guardia, lo primordial era que el inculcado estuviera a cargo de la caseta donde la labor debía desarrollarse, precisamente porque le era inmanente a dicha función atender al personal interno y público en general que ingresaba a las instalaciones policiales, incluso registrando en libros esas novedades.

Si ello es así y, además, se tiene debidamente acreditado que la distancia existente entre la comandancia de guardia y el lugar del deceso es bastante amplia, no advierte la Corte cuál en concreto es la omisión que se atribuye al acusado o cómo pudo conocer lo que repentinamente aconteció al interior de la celda, para después verificar que en efecto estuvo en posibilidad de impedirlo.

En la acusación y los fallos, también se destaca, jamás se precisa en concreto cómo podía conocer el procesado lo que estaba ocurriendo en la celda, o mejor, cuál de las funciones generales asignadas al comandante de guardia, lo impelía a haber estado allí en el preciso momento de la agresión violenta.

Por contera, se dejó de señalar expresamente en qué consistió la omisión precisa que obliga atribuirle el delito, pese a que, tampoco puede desconocerse, este fue ejecutado por un tercero, incluso, al parecer, la misma persona que directamente tenía a su cargo el cuidado y protección de la víctima.

Entiende la Corporación que en este caso el hecho ocurrió por ocasión de la intervención directa y dolosa de un tercero, en circunstancias no solo desconocidas, sino imposibles de conjurar por el acusado, razón por la cual la intención de la Fiscalía de atribuirle, por la vía del deber de garante, similar responsabilidad, opera no solo artificiosa, sino infundada.

En ese sentido, le asiste la razón al casacionista cuando denuncia la interpretación errónea del artículo 25 del Código Penal, en tanto, a través de un estudio equivocado, los juzgadores dedujeron en el enjuiciado una posición de garante que para el caso concreto no se presentó.

De igual manera, advierte la Corte que se aplicó indebidamente el artículo 12 del mismo Estatuto, pues, lo decidido por los falladores, como antes se explicó, constituye una verdadera responsabilidad objetiva.

Lo dicho quiere significar que lo alegado en el cargo primero, reiterado en el segundo reproche, prospera. De ahí que por sustracción de materia, no sea necesario que la Sala aborde el estudio de la tercera censura, en la que se postulan yerros de hecho en la apreciación probatoria.

5. Cuestiones finales.

Acorde con lo anotado en precedencia, la Sala casará el fallo impugnado, para en su lugar absolver al acusado JESÚS LANDÁZURI MESA del cargo que por la conducta punible de *homicidio agravado* recae en su contra.

Consecuentemente, se ordenará la libertad inmediata del procesado, actualmente detenido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Villahermosa de la ciudad de Cali (Valle del Cauca).

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. CASAR la sentencia recurrida, para en su lugar **absolver** al procesado JESÚS LANDÁZURI MESA de la incriminación que recae en su contra por el delito de *homicidio agravado*.

2. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** la libertad inmediata del acusado LANDÁZURI MESA, actualmente detenido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Villahermosa de la ciudad de Cali (Valle del Cauca).

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VISCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria