



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**Tribunal Superior del Distrito Judicial
de Bogotá**
Sala Penal

MAGISTRADO PTE.: JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ
Radicación: 110016000000201800202 03
Procedencia: Juzgado 18 Penal del Circuito
Acusado: Néstor Julio Rodríguez Rúa
Delitos: Homicidio
Motivo: Apelación sentencia ordinaria
Decisión: No anula y confirma
Aprobado Acta N° 031
Fecha: 15 de marzo de 2022

I. Objeto del pronunciamiento

El tribunal resuelve los recursos de apelación interpuestos por la defensa y la apoderada de la víctima en contra de la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá, por medio de la cual condenó a Néstor Julio Rodríguez Rúa como autor del delito de homicidio. El Magistrado Ponente presentó un proyecto por medio del cual se modificaba el fallo y se condenaba al acusado como autor del delito de homicidio culposo. Esta ponencia fue derrotada, motivo por el cual, por acuerdo de la Sala Mayoritaria, este despacho asumió la redacción de la ponencia sustitutiva.

II. Síntesis de los hechos

1. En este proceso, la fiscalía asumió la carga de probar la siguiente hipótesis:

El 1° de mayo de 2005 se llevó a cabo en Bogotá la marcha del día del trabajo, la que contó con el acompañamiento de los miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios -ESMAD- de la Policía Nacional. El desplazamiento de los manifestantes en sentido norte-sur por la Carrera 7ª, entre la Plaza de Toros y la Plaza de Bolívar, estaba acompañado por las Secciones 2ª, a cargo de Julio César Torrijos Devia -costado occidental-, y 3ª, al mando de Édgar Mauricio Fontal Cornejo -costado oriental-. Néstor Julio Rodríguez Rúa integraba la Sección 2ª.

Nicolás David Neira Álvarez, de 15 años, y sus amigos, se unieron a la marcha en la Calle 26 y caminaron por la Carrera 7ª en sentido norte-sur. Entre las Calles 19 y 17 se suscitó un enfrentamiento violento entre manifestantes y los miembros del ESMAD. Néstor Julio Rodríguez Rúa, sin la orden de su superior, disparó el arma de fuego que portaba -lanza gases o trufly- directamente en contra de la multitud e impactó al menor de edad Nicolás David en la cabeza, generándole una fractura de la región occipital izquierda del cráneo y su caída inmediata.

Nicolás David fue auxiliado y conducido a centros de salud, en los que recibió atención médica, pero, a causa de la lesión en su cabeza, falleció el 6 de mayo de 2005.

2. Por estos hechos, Néstor Julio Rodríguez Rúa es judicializado por la posible comisión del delito de homicidio con dolo eventual.

III. Antecedentes procesales relevantes

1. El 8 de octubre de 2007 el Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de jurisdicciones y decidió que la investigación de los hechos relacionados con la muerte violenta de Nicolás David Neira Álvarez era de competencia de la jurisdicción penal ordinaria.

2. El 18 de agosto de 2017 el Juzgado 71 Penal de Control de Garantías de Bogotá presidió las audiencias de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Néstor Julio Rodríguez Rúa, por la posible comisión del delito de homicidio, en modalidad de dolo eventual. La fiscalía le imputó cargos y, previo al interrogatorio, la defensa invocó la falta de jurisdicción y el juzgado remitió el expediente al competente para resolverlo.

El 13 de septiembre de 2017 el Consejo Superior de la Judicatura estudió el caso y determinó que existía una decisión sobre el conflicto propuesto, por lo que se remitió a ella, y compulsó copias penales y disciplinarias en contra de la fiscalía delegada, por la mora en la investigación.

El 20 de octubre de 2017 el Juzgado 71 Penal de Control de Garantías continuó la audiencia. El procesado no aceptó los cargos y el juzgado le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en su domicilio. La fiscalía y la defensa apelaron.

El 21 de febrero de 2018 el Juzgado 30 Penal del Circuito se abstuvo de resolver el recurso de la defensa y, al solventar el interpuesto por la fiscalía, confirmó la decisión.

3. El 18 de enero de 2018 la fiscalía radicó el escrito de acusación, por el mismo cargo. El conocimiento de la actuación le correspondió al Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá.

4. En varias sesiones que se iniciaron el 10 de abril de 2018 la fiscalía y la defensa presentaron un preacuerdo en virtud del cual el acusado aceptaba su responsabilidad como autor de homicidio culposo agravado y la imposición de una pena de 12 años de prisión. El juzgado lo improbió. El 10 de diciembre de 2018 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión.

5. El 21 de mayo de 2019 las partes presentaron un nuevo preacuerdo en el que el acusado aceptaba su responsabilidad como autor de

homicidio culposo agravado y una pena de 12 años, pero en el que se prescindía de algunas medidas reparatorias que habían sido cuestionadas por el tribunal. El 5 de junio de 2019 el juzgado lo aprobó.

6. La apoderada de la víctima interpuso una acción de tutela contra los preacuerdos presentados por la fiscalía. El 23 de abril de 2019, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la negó. Sin embargo, el 16 de julio de 2019, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó ese pronunciamiento y tuteló los derechos fundamentales del actor. Consideró que los preacuerdos presentados eran inconstitucionales porque desconocieron la gravedad de los hechos y la conducta del acusado y despreciaban los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

7. El 29 de julio de 2019 el tribunal acató la sentencia de tutela y, ateniéndose a los lineamientos indicados en esta, confirmó el auto proferido por el juzgado el 10 de abril de 2018.

8. El 16 de septiembre de 2019 el juzgado celebró la audiencia de acusación, en la que la fiscalía mantuvo los términos de la imputación, y adicionó y corrigió el escrito en la relación de los elementos de prueba. En sesiones de 28 de noviembre y 3 y 5 de diciembre de 2019 tramitó la audiencia preparatoria. El 29 de enero de 2020 el tribunal resolvió las apelaciones interpuestas contra el auto que decretó pruebas.

9. En sesiones de 2, 3 y 7 de septiembre; 23, 25, 26 y 27 de noviembre; 9, 10, 11 y 16 de diciembre de 2020 y 25 de enero de 2021 ese despacho tramitó el juicio oral, así:

a. El acusado se declaró inocente.

b. La fiscalía anunció que demostraría que aquel es responsable del delito por el que lo acusó y que por ello solicitaría sentencia condenatoria. La defensa no presentó teoría del caso.

c. Las partes estipularon que, para el 1° de mayo de 2005, Nicolás David Neira Álvarez tenía 15 años y que Néstor Julio Rodríguez Rúa pertenecía al ESMAD de la Policía Nacional, y la identidad de este.

d. La fiscalía ofreció los testimonios de Jairo Fernando Vela Fernández, Laura Piedad Contreras Contreras, Andrés Felipe Ramírez Dueñas, Mercedes Ochoa López, Gonzalo Quijano Mendoza y Andrea Rodríguez Wilches; de los miembros o ex miembros de la fuerza pública, Julio César Torrijos Devia, Demetrio Bravo Chacón, John Jairo Prieto Vega, Edwin Ricardo Alba, Jorge Enrique Cartagena Pastrana, Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez, Carlos Orlando Pérez Olmos y Yefridth Esmith Moreno Cárdenas; de los galenos Jennifer Echeverry Díaz y Germán Arturo Beltrán Galvis, y de los investigadores José Antonio Porras Alonso, Olga Patricia Guarín Mora y Rubén Darío Mejía Salazar.

Además, la fiscalía aportó pruebas documentales: la minuta de vigilancia del 1° de mayo de 2005; la historia clínica No.54444-1 del 1° de mayo de 2005 de Nicolás David Neira Álvarez; la inspección técnica a cadáver del 6 de mayo de 2005; el protocolo de necropsia del 6 de mayo de 2005 y el informe de balística del 29 de junio de 2012.

e. La defensa practicó los testimonios de los miembros y ex miembros de la Policía Nacional Fabio Arley Gutiérrez Beltrán, Víctor Leonardo Vásquez Castro, Héctor Ernando Guerrero Ramos, Héctor Jesús Forero, Juan Carlos Rodríguez Gutiérrez y Eduar Alberto Daza Mosquera; del funcionario de la Defensoría del Pueblo Ascanio Manuel Tapias Vásquez; de la hermana del acusado, Viviana Isabel Rodríguez Rúa, y del investigador Omar Augusto García Camacho.

Adicionalmente, aportó el informe del análisis de información y procedimientos.

f. En los alegatos de conclusión, la fiscalía, la apoderada de la víctima y la agencia del Ministerio Público solicitaron emitir sentencia condenatoria. La defensa pidió emitir un fallo absolutorio.

g. El juzgado anunció el sentido del fallo condenatorio por el delito de homicidio, en modalidad de dolo eventual, y corrió el traslado del artículo 447 del CPP.

10. El 29 de abril de 2021 el juzgado dictó sentencia. La apoderada de la víctima y la defensa apelaron.

11. El 6 de julio de 2021 el proceso fue asignado a la sala de decisión presidida por el magistrado Jaime Andrés Velasco Muñoz y, luego de que la Sala Mayoritaria derrotara la ponencia, el 11 de noviembre de 2021 el magistrado remitió el proceso. Por acuerdo previo entre los integrantes de tal Sala Mayoritaria, este despacho asumió la redacción de la ponencia sustitutiva.

12. El 30 de diciembre de 2021 Néstor Julio fue capturado para el cumplimiento de la sentencia.

IV. Fundamentos de la sentencia recurrida

Fueron los siguientes:

1. En torno a las nulidades, expuso que el Consejo Superior de la Judicatura definió el conflicto de jurisdicciones en la providencia del 8 de octubre de 2007 y que el 13 de septiembre de 2017, ante la nueva controversia planteada por la defensa, se remitió a dicha decisión. En ese orden, no es procedente insistir en un punto de derecho que ya fue definido por el competente.

Por otra parte, resaltó la relevancia de la garantía de disponer de medios y de tiempo razonable para ejercer el derecho de defensa; sin embargo, precisó que se trata de un proceso que se ha prolongado por 15 años y en el que, desde la presentación del escrito de acusación, se inició el descubrimiento probatorio y la defensa conoció con suficiente antelación las pruebas de cargo y pidió varios aplazamientos que le

fueron concedidos. De modo que no hay razones para afirmar la violación del debido proceso o el derecho de defensa.

2. Consideró que los hechos estipulados por las partes y las pruebas practicadas por la fiscalía demostraron que el 1° de mayo de 2005 se llevaron a cabo en Bogotá la conmemoración del día del trabajo y una marcha que avanzó por la Carrera 7ª, que tuvo el acompañamiento de la Sección 2ª del ESMAD, integrada por Julio César Torrijos Devia y Néstor Julio Rodríguez Rúa, entre otros. A la altura de las calles 17 y 19 se suscitó un enfrentamiento entre los manifestantes y los miembros del ESMAD. Nicolás David Neira Álvarez, menor de edad que se encontraba en ese lugar, fue impactado en su cabeza con un lanza gases y sus acompañantes lo condujeron a un centro de salud. Debido a la gravedad de la lesión craneoencefálica, Nicolás David falleció por edema cerebral difuso y contusión hemorrágica cerebelosa.

3. En relación con el debate subjetivo, consideró que existían pruebas suficientes que daban cuenta de que Néstor Julio recibió entrenamiento policivo, fue capacitado para prestar sus servicios en el ESMAD, usar el lanza gases y, pese a ello y a que sabía que al disparar ese elemento contra una multitud podía matar a otro, disparó el arma de fuego directamente contra un grupo de personas y dejó el resultado librado al azar. Además, hizo una reseña dogmática del instituto del dolo eventual y valoró las pruebas que daban cuenta de que fue Néstor Julio, y no otra persona, la que disparó, sin orden de su superior, en contra de Nicolás David, hasta el punto de que se burló del resultado de su acción.

Afirmó que la controversia de la defensa en torno a la credibilidad de los testigos de cargo no era relevante; que se sabía el motivo por el cual, pese a que Néstor Julio no estaba en la minuta como gaseador, ejerció esa función el día de los hechos, y que Nicolás David murió a causa del impacto con ese elemento.

4. El juzgado valoró la prueba de descargo, descartó su relevancia, y encontró que la información aportada por el testigo Omar Augusto

Camacho no era fiable y no tenía soporte en las pruebas debidamente aducidas al juicio.

5. Concluyó que la fiscalía probó que la conducta desplegada por Néstor Julio Rodríguez Rúa fue típica -homicidio con dolo eventual-, antijurídica y culpable y que había lugar a proferir una sentencia condenatoria en su contra.

6. Con base en estos argumentos, el juzgado declaró la responsabilidad penal del acusado. Luego, tuvo en cuenta el daño real causado al bien jurídico, la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo eventual y la necesidad de la pena e impuso la pena mínima: 208 meses de prisión.

Adicionalmente expuso que el reproche procede porque Néstor Julio acabó con la vida de una persona de corta edad, que estaba en proceso de formación, con un arma de fuego que no estaba destinada a matar a personas y que entrañaba un riesgo que conocía y que dejó librado al azar. Además, adujo que su acción dejó una huella imborrable en su familia y en la sociedad.

Finalmente, le negó la suspensión de la condena y la prisión domiciliaria y compulsó copias disciplinarias y penales en contra de Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez y Julio César Torrijos Devia.

V. Fundamentos de los recursos interpuestos

1. La apoderada de Yuri Enrique Neira Salamanca, padre de Nicolás David Neira Álvarez, solicitó incrementar la pena impuesta a Néstor Julio Rodríguez Rúa. Expuso que, en la motivación para la individualización de la pena, el juzgado tuvo en cuenta que el acusado segó la vida del adolescente debido a su condición de superioridad por ser miembro de la Policía Nacional y aprovechó las circunstancias que dificultaron la investigación de los hechos. En ese orden, si bien consideró las circunstancias de menor punibilidad que concurrían, no

hizo lo mismo con las de mayor punibilidad, como haber ejecutado la conducta mediante ocultamiento, con abuso de condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa de la víctima.

Néstor Julio incumplió su deber de protección y utilizó un arma de dotación oficial para asesinar a un adolescente que ejerció su derecho a la manifestación y se favoreció de las perversas estrategias institucionales de encubrimiento de los hechos, lo que entorpeció la justicia por más de 16 años, y de hostigamiento a los familiares de la víctima, lo que mantiene en el exilio al padre de Nicolás David. En consecuencia, merece mayor reproche penal, pues la imposición de la pena mínima en estas circunstancias es desproporcional.

2. La defensa hizo tres solicitudes. La primera, declarar la nulidad por falta de competencia de la jurisdicción ordinaria; la segunda, anular el proceso a partir de la audiencia preparatoria, por violación del derecho de defensa, y la tercera, absolver a Néstor Julio Rodríguez Rúa o condenarlo por homicidio culposo. Expuso los siguientes argumentos:

a. Néstor Julio debe ser juzgado por el juez natural que es la jurisdicción penal militar: debe recibir el trato que merece un integrante de la Policía Nacional que prestó sus servicios como patrullero del ESMAD en una manifestación violenta. En el año 2007 el Consejo Superior de la Judicatura definió la jurisdicción, pese a que no había claridad en los hechos y a que ordenó que se esperara hasta su esclarecimiento y, 10 años más tarde, cuando ya había más claridad, en una decisión superficial, la institución se remitió a aquella determinación sin estudiar el asunto de fondo. Igual pasó con la acción de tutela que interpuso.

Es imperativo que, en una decisión en la que se aborden los hechos y las pruebas, se decida de fondo sobre la jurisdicción. En un proceso similar a este, en el que murió Dilan Cruz en circunstancias parecidas, los posibles responsables fueron juzgados por la jurisdicción penal militar.

b. El juzgado afirmó que la defensa tuvo suficiente tiempo, desde 2005, para conocer los elementos probatorios de la fiscalía, lo que es un argumento inadmisibile. Es preciso remitirse a los actos del descubrimiento probatorio para advertir las falencias: el ente acusador descubrió cerca de 400 elementos después de la audiencia preparatoria y solo incorporó cinco. Tampoco es viable decir que desde la audiencia de acusación la defensa conocía el material, pues en el escrito solo se hace una enunciación de un listado, pero no se puede acceder a su contenido.

La defensa de confianza pidió un solo aplazamiento de la audiencia preparatoria y el juzgado solo le concedió un día y la obligó a continuar con la diligencia, lo que atentó contra la garantía a la defensa. No tuvo la oportunidad de adelantar la labor investigativa.

c. La condena tiene fundamento en dos testimonios; sin embargo, en el juicio se practicaron más pruebas de cargo y de descargo que los contradicen y el juzgado no las valoró ni tuvo en cuenta. No hay conocimiento de las circunstancias modales: todos los testigos dieron versiones contradictorias de la ubicación del acusado en la fila, de la víctima y de lo que pasó después con esta.

Quedó probado con la minuta de servicio, incorporada con el testimonio de Jorge Enrique Cartagena Pastrana, que Néstor Julio estaba capacitado y fue designado el 1° de mayo de 2005 para el rol de escudero, no de gaseador. No hay un conocimiento más allá de duda razonable de que él haya fungido como gaseador ni de que haya impactado a la víctima: ese día había más de 8 gaseadores.

No es creíble que el testigo Julio César Torrijos Devia haya identificado a Néstor Julio: se acreditó con múltiples pruebas que los miembros del ESMAD estaban con uniformes negros, botas negras, casco negro, pasamontañas y sin ningún tipo de identificación.

No hay prueba de que Nicolás David haya muerto a causa del impacto de un lanza gases, pues pudo haber sido a causa de otro impacto, a más de que no se acreditó que hubiese recibido una atención médica oportuna.

Por último, como pretensión subsidiaria, solicitó degradar la modalidad de su condena a título de culpa, pues su actuar de ninguna manera fue doloso.

3. Como no recurrentes intervinieron la agencia del Ministerio Público y la defensa.

a. El primero pidió confirmar la sentencia. En torno al recurso de la apoderada de las víctimas, solicitó no modificar la pena, pues ello violaría el principio de congruencia. La fiscalía no endilgó circunstancias de menor ni mayor punibilidad, por lo que lo procedente era ubicarse en el primer cuarto punitivo. El juzgado hizo una argumentación ambigua, pues se llenó de razones para reprochar con más gravedad la conducta, pero individualizó la pena en la mínima: ello no es incorrecto, dado que hace parte de su ámbito de discrecionalidad.

En relación con el recurso de la defensa, precisó que el tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre la definición de jurisdicción; ya lo hizo la autoridad que sí la tenía y el hecho de que no haya sido favorable a esa parte, no la hace una decisión incorrecta. Además, manifestó que, desde la imputación, la defensa dispuso de un tiempo razonable para preparar y estructurar su hipótesis.

Por último, refirió que sí hay pruebas de que Néstor Julio fungió como gaseador, dado que de ello dieron fe: Yefridth Esmil Moreno Cárdenas, Carlos Orlando Pérez Olmos, Julio César Torrijos Devia y Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez; de que el acusado accionó el lanza gases y celebró la lesión de Nicolás David: Julio César y Héctor Eluid Steward, y de que la muerte de Nicolás David se causó por el arma no letal del ESMAD: el dictamen de medicina legal.

b. La defensa pidió no acceder a la modificación requerida por la apoderada de la víctima. Argumentó que ello iría en contravía del principio de congruencia y que las manifestaciones de la apoderada se dirigieron a atacar a la institución y al montaje de encubrimiento, que fue descartado por un testigo que afirmó que el general Rodolfo Palomino estaba en México.

VI. Fundamentos de la decisión

A. Competencia

1. Con base en el artículo 34.1 del CPP, esta sala es competente para conocer de este proceso, pues se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juzgado penal del circuito, en un proceso penal adelantado por hechos ocurridos en esta sede. Tal competencia la ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que habilita al tribunal para pronunciarse sobre los puntos objeto de inconformidad de los recurrentes.

En esa dirección, expondrá los argumentos que sustentan su decisión, ocupándose inicialmente de la validez de la actuación y luego de la inocencia o responsabilidad del procesado.

B. Legitimidad de la actuación

2. Como se sabe, el tribunal debe determinar si el proceso que se adelantó en contra de Néstor Julio Rodríguez Rúa es válido, pues solo sobre esa base puede emitir una decisión de fondo.

En torno a ese particular, la sala encuentra que funcionarios judiciales competentes adelantaron este proceso, ya que los juzgados de control de garantías, las fiscalías seccionales y los juzgados penales del circuito han sido habilitados por el ordenamiento jurídico para conocer de este tipo de actuaciones.

De otro lado, en este caso se respetó la estructura lógica del proceso. Ello por cuanto la fiscalía formuló la imputación y presentó el escrito de acusación y el juzgado de conocimiento realizó las audiencias de acusación, preparatoria y juicio oral, anunció el sentido del fallo y dictó la sentencia de rigor.

Finalmente, al acusado se le garantizó un juicio con todas las garantías y a las partes e intervinientes se les permitió el cumplimiento de su rol procesal.

3. Sin perjuicio de lo anterior, la defensa cuestiona la validez de la actuación por falta de jurisdicción y por violación de los derechos al debido proceso y de defensa.

4. En relación con lo primero, el artículo 256.6 de la Constitución establece que le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones. El artículo 112.2 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia -Ley 270 de 1996-, que desarrolló dicha disposición, otorgó esa facultad a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

En este caso, en la investigación del homicidio de Nicolás David Neira Álvarez, ocurrido en Bogotá el 1° de mayo de 2005, en el marco de las movilizaciones del día del trabajo, existió un conflicto negativo de jurisdicciones. De un lado, la Fiscalía General de la Nación, a cargo de la Fiscalía 37 Seccional, y el Juzgado 37 Penal de Control de Garantías tuvieron en cuenta que los elementos probatorios sugerían que, bajo las órdenes de sus superiores y en desarrollo de la función, miembros del ESMAD disuadieron la marcha por medio de la violencia y, con los bastones que portaban para ese fin, agredieron al menor de edad, ocasionando las heridas que produjeron su muerte. Por ese motivo el juzgado remitió la investigación a la jurisdicción penal militar.

De otro lado, el Juzgado de Primera Instancia de la Inspección General de la Policía Nacional concluyó que, a partir del material probatorio, existían dos hipótesis: una, que Nicolás David hubiera sido agredido despiadadamente por miembros de ESMAD, lo que sería un acto contrario a los derechos humanos y no cobijado por el fuero castrense; y otra, que el menor de edad hubiera sido arrollado por la multitud de manifestantes civiles. Entonces, como las dos hipótesis excedían la órbita de la jurisdicción penal militar, trabó el conflicto negativo de competencias y remitió la actuación al Consejo Superior de la Judicatura.

5. El 8 de octubre de 2007 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura consideró que existían dudas sobre quién era la persona responsable de la muerte de Nicolás David Neira Álvarez: si se trató de un miembro del ESMAD o de un manifestante; sin embargo, tuvo en cuenta que las pruebas recaudadas demostraban que hubo una agresión inhumana y desmedida que generó severas lesiones en el cráneo del menor de edad y que, de tratarse de un miembro del ESMAD -como lo señalan las investigaciones disciplinarias-, no estaría cobijado por el fuero militar. En ese orden, resolvió que la competencia radicaba en la Fiscalía General de la Nación, a la que instó a dar celeridad a la investigación.

Tras 10 años, luego de que la fiscalía identificara que el posible responsable era un miembro del ESMAD, Néstor Julio Rodríguez Rúa, le imputó cargos y la defensa planteó, nuevamente, el conflicto de jurisdicciones. En esa oportunidad, el 13 de septiembre de 2017, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura concluyó que el conflicto expuesto ya había sido decidido por la corporación el 8 de octubre de 2007. En consecuencia, se abstuvo de resolver y devolvió el proceso a la jurisdicción penal ordinaria.

6. De este modo, el tribunal advierte que la autoridad judicial competente, designada por la Constitución Política para dirimir conflictos de esa índole, resolvió que la jurisdicción que debía investigar los hechos que rodearon la muerte violenta de Nicolás David Neira

Álvarez y de juzgar al responsable -hasta ese momento indeterminado- era la penal ordinaria, no la penal militar. Para adoptar tal decisión se valió de un argumento legítimo y razonable: si el posible responsable fue un miembro del ESMAD, su acción desviada correspondería a un acto contrario a los derechos humanos, no cobijado por el fuero militar y, por tanto, debe ser juzgado por la jurisdicción ordinaria. Y, si el posible responsable fue un manifestante, por su condición de civil, debe ser juzgado por esa misma jurisdicción.

Luego de la investigación penal, la fiscalía reunió elementos de prueba suficientes para considerar que el posible responsable de la muerte de Nicolás David Neira Álvarez no fue un manifestante, sino un miembro del ESMAD de la Policía Nacional: Néstor Julio Rodríguez Rúa. Por ese motivo, ante el nuevo cuestionamiento de la jurisdicción, la autoridad competente para pronunciarse reconoció la existencia, el valor y la fuerza de la cosa juzgada.

7. La defensa insiste en desconocer estas decisiones judiciales por considerarlas arbitrarias. Lo hizo por medio de la jurisdicción constitucional, previo a la instalación del juicio oral, alegando violación al derecho a la igualdad frente a un caso de connotación similar, la que no le dio la razón¹; lo reiteró en sus alegatos finales, y ahora lo presenta ante esta segunda instancia.

8. Entonces, la Constitución Política de Colombia le asignó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la competencia para resolver los conflictos de jurisdicción; en este caso, esa autoridad resolvió el conflicto que plantea la defensa hace más de 14 años por medio de una decisión legítima, razonable y que tiene alcance de cosa juzgada. Por ese motivo, las autoridades y las partes

¹ La Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No.3, de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de septiembre de 2020, radicado STP8763-2020, declaró improcedente la acción interpuesta por Néstor Julio Rodríguez Rúa en contra de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por considerar que es el proceso penal el mecanismo ordinario para dilucidar la controversia. La Sala de Casación Civil, en sentencia de tutela del 30 de septiembre de 2021, radicado STC12858-2021, confirmó el fallo de primera instancia.

procesales tienen el deber de reconocerla y de respetarla, incluso aunque no la compartan.

La defensa de Néstor Julio no comparte esa decisión y por ello insiste en su alegato; no obstante, esa actitud procesal, por más persistente que sea, no genera consecuencias jurídicas. Como las autoridades judiciales se rigen por el imperio de la ley y del Estado de derecho, y no por las posturas particulares de las partes procesales, al tribunal le corresponde respetar la decisión del Consejo Superior de la Judicatura.

9. Adicional a lo anterior, la defensa considera que, por virtud del principio de igualdad, este proceso debe seguir la misma suerte que la investigación y el proceso adelantados por la muerte de Dilan Mauricio Cruz Medina. Pues bien, esa parte invocó este caso por ser de público conocimiento y, de igual forma, por tratarse de decisiones judiciales públicas, el tribunal conoce que por ese asunto el Juzgado 189 de Instrucción Penal Militar y la Fiscalía General de la Nación trabaron un conflicto positivo de competencias, que el 13 de diciembre de 2019 la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió a favor de la jurisdicción penal militar.

La madre del joven fallecido interpuso acción pública de tutela en contra de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura. El 7 de julio de 2020 la Sala de Casación Penal concedió la tutela, dejó sin efectos la providencia cuestionada y ordenó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria emitir una nueva decisión que dirimiera el conflicto de jurisdicciones. El 9 de septiembre de 2020 la Sala de Casación Civil confirmó el fallo.

El 20 de agosto de 2020, en cumplimiento de las órdenes judiciales, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria asignó una vez más el conocimiento del asunto a la jurisdicción penal militar.

La Corte Constitucional² seleccionó el expediente para revisión y concluyó que la autoridad judicial accionada había ignorado elementos de prueba y omitido valorar integralmente las declaraciones de los uniformados, de los cuales se deducía que existía una duda razonable respecto de la relación entre el servicio y la conducta del oficial investigado y por ello, debió haber aplicado la regla según la cual, ante dudas probatorias sobre el vínculo inmediato entre el servicio y la conducta investigada, el asunto debía ser conocido por la jurisdicción ordinaria.

La corte amparó los derechos fundamentales al juez natural, al debido proceso y a un recurso judicial efectivo de Yenny Alejandra Medina Pulido, madre de Dilan Mauricio Cruz Medina. Entre otras determinaciones, dejó sin efectos el auto del 20 de agosto de 2020, mediante el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dio cumplimiento al fallo de tutela de primera instancia y, en su lugar, dispuso que el proceso penal en contra del oficial de la Policía Nacional Manuel Cubillos Rodríguez, por la muerte de Dilan Mauricio, fuera trasladado a la jurisdicción ordinaria.

10. Ante este panorama, si bien al momento de formular la apelación el estado de cosas en el proceso de connotación citado por la defensa como similar a este era otro, lo cierto es que la autoridad que tiene a su cargo la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución Política concluyó que la competencia para su investigación y judicialización es de la jurisdicción penal ordinaria.

En consecuencia, el tribunal encuentra que este reparo invocado por la defensa tampoco tiene vocación de prosperidad. La corporación reitera: respeta y reconoce la decisión del 8 de octubre de 2007 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y, con fundamento en el principio de igualdad en la aplicación del derecho y como reafirmación de sus contenidos jurídicamente correctos y materialmente justos, acoge el razonamiento de la sentencia de

² Corte Constitucional, sentencia SU-190 de 2021

unificación de la Corte Constitucional que orientó la interpretación de la Carta Política en un caso similar a este. En ese orden, el tribunal no encuentra motivos de ninguna índole para apartarse del criterio sentado por la doctrina constitucional en este proceso.

11. Por estos motivos, la sala no accederá a la solicitud de nulidad invocada por la defensa.

12. En torno a la segunda petición de nulidad, el tribunal tiene en cuenta que en este proceso la defensa contractual de Néstor Julio Rodríguez Rúa ha sido ejercida por dos profesionales del derecho, uno que actuó en la audiencia de formulación de imputación del 18 de agosto de 2017 y otro que actuó a partir de la segunda sesión de ese acto -20 de octubre de 2017-; si bien otra abogada representó al acusado, lo hizo como defensa suplente del principal.

La fiscalía presentó el escrito de acusación el 18 de enero de 2018 y en él relacionó los hechos jurídicamente relevantes, la calificación jurídica de la acusación y aproximadamente 300 elementos materiales probatorios, más la relación de los testigos de cargo. A partir de ese momento y hasta el 29 de julio de 2019, la estrategia defensiva iba dirigida a optar por un proceso anticipado y negociar con la fiscalía los términos de la responsabilidad penal de Néstor Julio, hasta el punto de que presentaron dos preacuerdos; no obstante, esa alternativa no prosperó por la oposición de la víctima y el respaldo de la jurisdicción constitucional, la que afirmó la inconstitucionalidad de tales preacuerdos y la violación de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes que promovían.

El 16 de septiembre de 2019 la fiscalía acusó a Néstor Julio y presentó las modificaciones al escrito de acusación: eliminó los elementos probatorios que estaban repetidos, adicionó otros y suministró datos más específicos de los testigos. Las partes e intervinientes estuvieron de acuerdo con que la fiscalía no hiciera lectura integral, pues ya conocían el escrito. Al finalizar la diligencia, el juzgado fijó fecha para la audiencia preparatoria -1° de noviembre de 2019- y la defensa pidió

una fecha más lejana, dado que las recientes decisiones de improbación del preacuerdo habían cambiado su estrategia, se encontraba en proceso de recolección de pruebas y requería un plazo mayor para estudiar los documentos relacionados por la fiscalía.

El juzgado accedió y agendó la audiencia preparatoria para el 26 de noviembre de 2019 y aclaró que, al margen de las negociaciones y de la presentación de los preacuerdos, desde que la fiscalía presentó el escrito de acusación la defensa conocía los elementos probatorios por descubrir. De otro lado, le solicitó a la fiscalía revisar qué elementos tenían verdadera vocación probatoria para dar celeridad al trámite de las solicitudes. Por último, precisó que, como se trataba de un proceso en el que distintas autoridades habían solicitado celeridad, no admitiría más aplazamientos.

Sin perjuicio de esto, el 19 de noviembre de 2019 la defensa radicó un memorial en el que requirió el aplazamiento, pues la fiscalía le había entregado los elementos del 11 de octubre de 2019 y aún estaba pendiente de remitirle otros. Adicionalmente, el 26 de noviembre informó que el 20 de ese mes la fiscalía había culminado el descubrimiento probatorio, que requería más tiempo para desplegar su labor investigativa y pedía el aplazamiento de la audiencia preparatoria.

El 26 de noviembre de 2019 el juzgado aplazó la audiencia para el día siguiente. Ese día, en audiencia, la defensa pidió nuevamente el aplazamiento. Argumentó que durante los trámites del preacuerdo no investigó y tampoco conoció todos los elementos probatorios de la fiscalía; que conoció la integridad del escrito de acusación el 16 de septiembre de 2019; que la fiscalía entregó parcialmente los elementos el 11 de octubre y el 20 de noviembre; y, en ese orden, no había tenido el tiempo suficiente para revisarlos y ejercer actos de investigación defensivos, hasta el punto de que solo el 31 de octubre radicó los oficios en las distintas entidades para solicitar los documentos e información útiles para la defensa.

Leyó los múltiples elementos pendientes por entregar por parte de la fiscalía; el juzgado le solicitó que aludiera solo aquellos que tenían vocación probatoria, no los oficios o citaciones, y finalmente la fiscalía exhibió la constancia suscrita por los investigadores de la defensa, en los que constaba que sí recibieron dichos elementos y la explicación de la no entrega de otros que no hacían parte del proceso.

El juzgado reiteró que la defensa sí había contado con el plazo razonable para ejercer su defensa, pues se trataba de hechos de 2005 y de un proceso en el que se presentó el escrito de acusación hacía más de un año; ordenó continuar la diligencia y la defensa hizo la enunciación probatoria, dejando constancia de que consideraba que no contaba con garantías judiciales.

13. En el recurso de apelación de la sentencia, la defensa presentó nuevamente los mismos argumentos que invocó en la audiencia preparatoria para afirmar la violación del derecho de defensa y pedir la nulidad del proceso desde la audiencia preparatoria.

Pues bien, el tribunal advierte que la fiscalía descubrió las pruebas en las oportunidades legales para hacerlo y que la entrega de los elementos materiales probatorios a la defensa fue efectiva; si bien esa parte se esforzó por argumentar lo contrario -con la intención de promover el aplazamiento de la audiencia-, lo cierto es que la fiscalía acreditó que cumplió con su deber de descubrimiento y por ese motivo el juzgado tramitó la diligencia.

Además, la defensa sí contó con un plazo razonable para ejercer su rol. Desde la audiencia de imputación conoció la hipótesis de la fiscalía de la cual debía defenderse el imputado y la decisión que este tomó en ese momento, con la asesoría de la defensa, fue la de ejercer su derecho a un juicio; desde la radicación del escrito de acusación supo qué elementos -unos con vocación probatoria y otros de mero trámite- integraban la investigación de la fiscalía, y entre ese acto y la audiencia preparatoria transcurrió un año y diez meses. De este modo, es

incomprensible que la defensa sostenga que no tuvo tiempo de conocer las pruebas de la fiscalía ni de investigar.

De un lado, si bien la estrategia defensiva estuvo dirigida inicialmente a optar por un proceso penal abreviado, por medio de la negociación de la responsabilidad penal de Néstor Julio, lo cierto es que el derecho que le asiste al acusado, desde su vinculación al proceso, es a un juicio justo, con todas las garantías judiciales; aquella alternativa por un proceso abreviado está sometida a un control judicial que, en este caso, no prosperó. Si la defensa optó por no ejercer las garantías derivadas del derecho de defensa durante el proceso, como desplegar actos de investigación para repeler la acusación, esa decisión correspondió a la estrategia por la que se inclinó, pero de ninguna manera conlleva violación de las garantías procesales.

De otro lado, es cierto, como lo afirma la defensa, que la fiscalía enunció múltiple evidencia documental en el escrito de acusación y adicionó otra durante la audiencia de acusación; sin embargo, también lo es que, en el ejercicio que realizó el juzgado durante las objeciones de la defensa al descubrimiento de la fiscalía, la defensa demostró que estaba en capacidad de diferenciar qué evidencia tenía valor probatorio y qué otra no lo tenía. Entonces, aun cuando la fiscalía presentó *todos* los documentos que componen la investigación en contra de Néstor Julio, quedó claro que la defensa tenía la capacidad de discernir cuáles eran relevantes para el ejercicio de su estrategia y cuáles no. Además, contó con personal técnico que estudió dichos elementos, pues plasmó sus resultados en el informe técnico que adujo como prueba documental.

Así, el argumento de que no tuvo tiempo para revisar los *más de 400 elementos* no tiene mayor peso; a más de que quedó claro que en el juicio no se practicó una sola prueba que la defensa no hubiera conocido.

14. Por último, la sala reconoce que está ante un proceso en el que la fiscalía tardó más de 12 años en ejercer la acción penal y, por ello, es

comprensible que el juzgado de conocimiento haya desplegado actos de gerencia judicial y evitado las maniobras dilatorias injustificadas, como la que pretendió realizar la defensa al pedir el aplazamiento de la audiencia preparatoria afirmando la falta de descubrimiento, cuando unos días antes sus investigadores y auxiliares firmaron la constancia de recibo a satisfacción.

15. En fin, el tribunal está ante un proceso penal legítimo y respetuoso de los derechos al debido proceso y de defensa de Néstor Julio Rodríguez Rúa y no hay motivos serios para fundamentar la nulidad propuesta por la defensa. Por ello, la sala no anulará el proceso.

C. Acerca de la inocencia o responsabilidad del acusado

1. Fundamento para dictar sentencia condenatoria

16. Como quiera que la defensa en su recurso de apelación cuestiona el fallo condenatorio, hay que tener en cuenta que según los artículos 7º, 372 y 381 del CPP, para proferir una sentencia de esa índole debe existir un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

Además, de acuerdo con el artículo 103 del CP, el que matare a otro comete el delito de homicidio.

Así las cosas, en el presente caso, la sala debe determinar si la prueba practicada en el juicio demuestra, más allá de toda duda razonable, la comisión de este delito por parte de Néstor Julio Rodríguez Rúa y la responsabilidad que pueda asistirle. De ser así, confirmará el fallo recurrido; de lo contrario, lo revocará.

2. Valoración probatoria

17. La situación es la siguiente: la fiscalía acusó a Néstor Julio Rodríguez Rúa por haber disparado un arma de fuego no letal de dotación del ESMAD en contra de la multitud de marchantes que se

movilizaron el 1° de mayo de 2005 por la Carrera 7ª con Calle 19 de Bogotá y haber impactado al adolescente Nicolás David Neira Álvarez, causándole un trauma craneoencefálico de gravedad que le produjo la muerte. Luego del juicio oral, el juzgado lo declaró penalmente responsable del delito de homicidio, en dolo eventual, y lo condenó a 208 meses de prisión.

La apoderada de la víctima no está de acuerdo con la sentencia de primera instancia, pues considera que la pena debe ser mayor, y la defensa valora como incorrecto el fallo porque la fiscalía no acreditó más allá de duda razonable la responsabilidad penal de Néstor Julio en la muerte de Nicolás David, porque el juzgado no valoró integralmente las pruebas y, finalmente, porque la conducta debe adecuarse en la modalidad culposa.

El tribunal debe tomar postura en este debate.

18. Luego de una detenida revisión de los testimonios practicados y los documentos aportados por la fiscalía, la sala está en capacidad de reconstruir la siguiente secuencia fáctica:

a. El 1° de mayo de 2005 se celebró en Bogotá la marcha del día internacional del trabajo. Por la Carrera 7ª, en sentido norte sur, se movilizó una multitud de personas con destino a la Plaza de Bolívar.

b. En la Estación de Policía ubicada en La Perseverancia estaba la segunda compañía del ESMAD -integrada por aproximadamente 150 hombres- al mando de Mario Infante Pinzón, que se componía de tres secciones comandadas por este, Julio César Torrijos Devia y Édgar Fontal Cornejo. La orden consistió en que dos secciones acompañaran la parte final de la marcha de la Carrera 7ª.

Cada sección tenía unidad de mando y estaba integrada por aproximadamente 50 hombres. Un comandante, tres grupos de escuderos -con armadura, casco, pasamontañas, escudo y bastón de mando- que se organizaban en orden de estatura; gaseadores -con

armadura, casco, pasamontañas, el fusil lanza gases o *truflly* y chaleco con 16 gases-; manos libres o *speed* -con armadura, casco, pasamontañas, gases de mano, granadas de aturdimiento, tomba y esposas-, y personal de primeros auxilios.

Las dos secciones se formaron en la cancha de deportes de la estación de policía, los patrulleros designados revisaron que los demás solo llevaran los implementos de dotación, Julio César Torrijos Devia elaboró la minuta de servicios de su sección -en esta Néstor Julio Rodríguez Rúa quedó registrado en el puesto 40 y sin ninguna asignación de rol- y los comandantes impartieron las directrices del servicio de acompañamiento que prestarían, entre ellas, extremar al máximo las medidas de seguridad, no provocar ni dejarse provocar por los manifestantes, no consumir bebidas embriagantes durante el servicio y velar y proteger los derechos humanos.

c. En ese momento, un patrullero le informó a Julio César Torrijos Devia que un gaseador se había ausentado y él dio la orden de solucionar la situación.

Los patrulleros que declararon en el juicio coincidieron en que los acompañamientos de las marchas del 1° de mayo son excepcionalmente grandes, requieren la participación del personal completo -hasta el punto de que el armerillo prestó servicio ese día- y que, si bien cada uno tenía el rol para el cual había recibido entrenamiento en la escuela y la reasignación de roles requería que la persona hubiera hecho el curso o la especialidad, en ese acompañamiento excepcional se procede por unidad de mando, por decisión del comandante.

Por esa razón, Edwin Ricardo Alba, Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez, Carlos Orlando Pérez Olmos y Yefridth Esmil Moreno Cárdenas reconocieron que Néstor Julio Rodríguez Rúa no tenía asignado el rol de gaseador ni la dotación; sin embargo, por esa situación excepcional y por la orden del superior, confirmaron que él

fungió como gaseador ese día y salió al servicio con la dotación de ese rol, pese a que no quedó expresamente registro en la minuta.

d. En la Carrera 7^a, Laura Piedad Contreras se unió a la marcha en el Parque Nacional. Jairo Fernando Vela Fernández, Nicolás David Neria Álvarez, Andrés Felipe Ramírez Dueñas y Gonzalo Quijano Mendoza se integraron a ella a la altura del Planetario Distrital y caminaron detrás de un camión que amplificaba el sonido de la banda de punk que estaba tocando. Al frente del camión marcharon los sindicalistas -entre ellos, Gonzalo Quijano Mendoza y Mercedes Ochoa López- y detrás se ubicaban los más jóvenes, entre los que estaban los que pertenecían a los *punks*, los *skins* comunistas y los *skins* apolíticos que, según Andrés Felipe Ramírez Dueñas, no tenían buena relación con otros grupos.

e. Las dos secciones del ESMAD empezaron el acompañamiento desde la Calle 26. La sección comandada por Julio César Torrijos Devia se formó en fila de escuadras en el andén occidental de la Carrera 7^a: los escuderos se organizaron del más alto -Eduar Alberto Daza Mosquera- al más bajo -John Jairo Prieto Vega-, los gaseadores -Carlos Orlando Pérez Olmos, Yefridth Esmít Moreno Cárdenas y Néstor Julio Rodríguez Rúa- y los manos libres se repartieron intercalados de forma equilibrada en la fila -Néstor Julio se ubicó al frente de Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez-. Entre cada hombre había una distancia aproximada de 3 metros. El comandante no tenía un puesto fijo, sino que subía y bajaba. La otra sección iba por el andén oriental. Ambas secciones avanzaron hacia el sur y los manifestantes marcharon por las dos calzadas de la Carrera 7^a.

f. A la altura de la Carrera 7^a con Calle 18, desde el local en el que trabajaba, Andrea Rodríguez Wilches escuchó la banda y vio que los manifestantes estaban bailando, como golpeándose. Julio César Torrijos Devia desde su posición vio que un grupo de personas subió por la Calle 19 hacia la Carrera 7^a con cascos y bates de béisbol, y que arrojaron explosivos. En ese momento se escuchó un ruido muy fuerte

y los manifestantes y los miembros del ESMAD empezaron a correr y se formó el caos.

g. En este punto, la Sala Mayoritaria comprende que está ante una situación caótica, de impacto y de desorden en la que las distintas percepciones de los testigos, desde sus diferentes roles y puntos de vista, pueden no ser armónicas, ser pasionales e incluso contradictorias, y advierte que ello es razonable en el contexto en el que sucedieron los hechos y compatible con la capacidad de recordar hechos traumáticos; no obstante, los eventos relevantes para este caso guardan coherencia en las distintas versiones.

El estruendo, los gritos de la gente y la presencia de humo desencadenaron una estampida humana. De un lado, los manifestantes corrieron en varias direcciones y se separaron de los grupos en los que marchaban; y, de otro lado, las filas del ESMAD se rompieron y Julio César Torrijos Devia perdió el control de su sección. Jairo Fernando Vela Fernández y Nicolás David Neira Álvarez, que iban juntos, luego de pasar la Calle 19, se separaron, y aquel avanzó algo más de una cuadra hacia el sur oriente.

h. Mientras Julio César Torrijos Devia avanzaba hacia el sur, antes de llegar a la Calle 18, escuchó detrás de él la detonación del lanza gases y vio que, a cinco metros de él, en diagonal, un joven que iba por la mitad de la calzada, se levantó y cayó al piso. De inmediato se volteó, reconoció por la fisionomía del rostro -pues tenía el visor del casco arriba- y por la estatura -que es similar a la de él- que el que había accionado el lanza gases había sido Néstor Julio Rodríguez Rúa. Lo reprendió fuertemente por dispararlo sin su orden y siguió avanzando.

Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez, que iba detrás de Néstor Julio Rodríguez Rúa, también vio que este accionó el trufly a lo que él cree que fueron cero grados, y que la munición impactó al joven -que estaba a menos de seis metros de él- en la parte posterior de la cabeza, levantándolo y ocasionado su caída.

Yefridth Esmít Moreno Cárdenas, que estaba ubicado a la derecha de Néstor Julio Rodríguez Rúa, también vio el momento en que este, sin la orden del comandante, disparó el trufly contra la multitud, pero no alcanzó a ver el impacto.

Estos tres testigos manifestaron que, pese al humo, tuvieron visibilidad para observar los sucesos, así como la tuvieron los demás testigos.

i. En el momento en que Julio César Torrijos Devia advirtió que el joven que recibió el impacto no se volvió a parar, y que su cuerpo estaba tendido en el piso en sentido norte-sur, ordenó a los miembros del ESMAD hacer un cuadro de protección que rodeara a tal menor. Esa escena la percibieron Laura Piedad Contreras, Mercedes Ochoa López y Gonzalo Quijano Mendoza, quienes infirieron que lo estaban golpeando, se acercaron a proteger y auxiliar al adolescente caído, vieron que estaba herido, gritaron por una ambulancia y por ayuda, mientras culpaban a los patrulleros de lo sucedido. El ESMAD rompió el cuadro de protección y se retiró.

En ese momento, Jairo Fernando Vela Fernández y Andrés Felipe Ramírez Dueñas escucharon que había una persona herida y, como no vieron a Nicolás David Neira Álvarez, se devolvieron y lo vieron tendido en el piso, sobre la calzada cerca al andén oriental, en mal estado, con la mirada perdida, con un golpe en la cabeza, con espuma blanca en la boca y balbuceando que sentía dolor. Estaba rodeado de unas mujeres que no conocían. Entre Jairo Fernando, Andrés Felipe y Gonzalo Quijano Mendoza levantaron a Nicolás David, lo llevaron a una banca en el costado oriental, lo iban a montar al camión de los parlantes, pero Mercedes Ochoa López les dijo que no, que tenían que llevarlo a un hospital. Esta y Jairo Fernando, con Nicolás David en sus piernas, abordaron un taxi que los llevó al CAMI de La Perseverancia.

Por otra parte, los miembros del ESMAD llegaron a la Plaza de Bolívar. Varios patrulleros, entre ellos, Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez y Néstor Julio Rodríguez Rúa, se subieron a un camión institucional y aquel escuchó cuando este empezó a mofarse del joven que impactó

con el arma, dijo “*si vio cómo se levantó ese niño, de chimba*”, con lo que aquel no estuvo de acuerdo, pues se trataba de un menor herido.

j. A la 1:17 p.m. la médica general Jennifer Echeverry Díaz recibió al adolescente Nicolás David, lo ingresó por trauma craneoencefálico y somnolencia, lo remitió de inmediato a reanimación y ordenó su traslado urgente para valoración por neurología y TAC de cráneo. El amigo que estaba con él le dijo que los hechos eran confusos, que al parecer se había caído de su propia altura y que había sido golpeado con un bolillo. Describió que el paciente presentaba hematoma, inflamación del tejido y herida de dos centímetros en la región occipital, con vestigios de sangrado, pero no activo. Durante las seis horas que estuvo bajo su cuidado, suturó la herida, atendió los dos episodios convulsivos que presentó y reportó que el paciente estuvo estable y con signos vitales. Después de finalizado su turno, Nicolás David fue remitido a la Clínica Saludcoop.

k. A las 3: 45 p.m. del 6 de mayo de 2005 Nicolás David Neira Álvarez falleció en la Clínica Saludcoop. José Antonio Porras Alonso realizó la inspección técnica del cadáver. Registró que el cuerpo presentaba herida y hematoma en la región occipital derecha, heridas detrás de las orejas, raspones en la nuca, en los omoplatos, y una herida en el pie.

l. El 7 de mayo de 2005 el patólogo Germán Arturo Beltrán Galvis recibió el cuerpo de Nicolás David, adolescente, delgado, con antecedente de trauma craneoencefálico y con signos de intervención médica. Examinó el cuerpo: halló un trauma craneoencefálico severo, una fractura del cráneo en la región occipital que se extendía por el agujero magno, con una herida suturada y escoriación; y hematoma epidural. Interpretó que la zona de impacto -con energía moderada- fue la región occipital, que se fracturó, que provocó la inflamación del encéfalo y aumento de la presión cerebral, y que el trauma en las zonas blandas, en la médula espinal, fue con energía menor, posterior y consecuencia de su gravedad: la sangre descendió y formó coágulos.

El patólogo explicó que la información con la que contaba era que Nicolás David se había caído de un camión o había sido golpeado con un bastón, pero ninguna de esas situaciones explicaba el trauma severo que fracturó el cráneo, además de que no había hallado lesiones de contragolpe, es decir, que la cabeza no estuvo en movimiento al recibir el impacto. Por eso, no pudo identificar el elemento contundente.

Sin embargo, en el juicio, explicó que en 2017 la fiscalía le comunicó que había una hipótesis según la cual el impacto que había recibido Nicolás David había sido con la cápsula de gas de un lanza gases, lo que él consideró que era más compatible con la energía que ocasionó la fractura del cráneo y la gravedad de la lesión.

m. Tras la difusión de la noticia de la muerte de Nicolás David, Julio César Torrijos Devia le comentó la situación acaecida a su superior, Mario Infante Pinzón, y este le dio la orden de reunir al personal de su sección, ordenarle que dijera que nadie vio nada y que se limitara a relatar el suceso del cuadro de protección. Así, en cumplimiento de esa orden, mintió y ordenó a los patrulleros de su sección que también mintieran para que los hechos no salieran a la luz.

n. Después de los hechos, Jairo Fernando Vela Fernández y otros de sus compañeros menores de edad que estuvieron en la marcha, recibieron amenazas de muerte en caso de revelar lo sucedido, hasta el punto de que aquel no pudo volver al colegio y muchos no quisieron comparecer como testigos. Mercedes Ochoa López fue hostigada y perseguida luego de la muerte de Nicolás David. Héctor Eluid Steward acató la orden del comandante y mintió ante las autoridades y, cuando salió del ESMAD -en 2008 o 2009-, decidió decir la verdad y por ello fue hostigado, amenazado, forzado a permanecer activo y trasladado a una zona roja del país, lo que le conllevó enfermedades mentales.

Por su parte, tras una condena penal por favorecimiento, Julio César Torrijos Devia también optó por relatar los hechos, decir la verdad, aceptar el estigma institucional de ser *el delator* y recibir también una sanción disciplinaria.

19. Las fuentes de información citadas en esta reconstrucción de los hechos son altamente fiables: en conjunto, suministran una explicación razonable de lo sucedido con Nicolás David; es decir, del motivo por el cual perdió la vida y del responsable de ello: fue impactado en el cráneo por un proyectil de un lanza gases que fue disparado por Néstor Julio Rodríguez Rúa.

También explican el motivo por el cual la investigación se desvió y durante doce años no fue posible promover un proceso que permitiera la realización de los fines que le son inherentes -aproximarse a la verdad y hacer ciertos los efectos previstos en las normas sustanciales y todo ello en un marco de estricto respeto de los derechos de los intervinientes-: ello se debió a un plan que se concibió y ejecutó sistemáticamente con el fin de mantener ese delito en la impunidad y que comprendió la orden dada a los miembros del ESMAD de dar una explicación falsa de los hechos, el hostigamiento y las amenazas dirigidas contra los compañeros de la víctima y potenciales testigos y la persecución de aquellos miembros del ESMAD que develaron ese plan criminal.

Ante este panorama, el tribunal encuentra que la fiscalía probó que el 1° de mayo de 2005 Néstor Julio Rodríguez Rúa fungió como gaseador del ESMAD y que existen tres testigos que presenciaron el instante en el que disparó el arma de fuego que portaba directamente contra la multitud e impactó a Nicolás David Neira Álvarez en la cabeza: el primero escuchó el disparo, vio el impacto sobre la víctima y la forma como esta se levantó del piso y cayó, de inmediato se dio cuenta de que el acusado era quien había disparado y le recriminó por ello; el segundo observó el momento en que el acusado disparó el arma, que no lo hizo en forma parabólica sino directamente contra la multitud y que por eso causó el daño en la humanidad del joven, a más de que le indignó que en el automotor se mofara de la reacción de la víctima, y el tercero vio que el acusado impactó hacia la turba, hacia los manifestantes, pero no vio que hubiera agredido a alguien en particular.

Entonces, tres personas diferentes, desde lugares distintos, se percataron de la secuencia según la cual Néstor Julio Rodríguez Rúa, sin recibir orden alguna de su superior, disparó el lanza gases de dotación y lo hizo directamente contra los manifestantes e impactó a la víctima.

Además, la fiscalía acreditó que la munición impactó la región occipital del cráneo de Nicolás David, lo que le produjo la caída inmediata y el compromiso de su sistema neurológico, y que, debido a la energía del impacto de la cápsula de gas, el adolescente sufrió una lesión severa que fracturó su cráneo, inflamó su cerebro y, a pesar de la intervención médica, falleció por el trauma craneoencefálico. Este, de acuerdo con el perito, es incompatible con una caída o con un golpe con un bolillo y coherente con un disparo de gran energía.

De modo que, existen pruebas suficientes que acreditan la configuración del tipo objetivo del delito de homicidio.

20. Ahora bien, como la fiscalía acusó a Néstor Julio Rodríguez Rúa por cometer la conducta punible en la modalidad de dolo eventual, el tribunal expondrá la índole del elemento subjetivo y valorará si las pruebas aducidas demuestran su configuración.

El dolo eventual se compone de dos presupuestos: que el agente se represente como probable la producción del resultado típico y que deje librada al azar la no producción del resultado dañoso, es decir, “...*le da lo mismo si se da o no, no le importa, con lo cual el reproche que se hace sobre su esfera volitiva es el de asumir con apatía, indiferencia o indolencia su producción*”³. Claro, la prueba de si una persona se representó el resultado no siempre es directa y, por ello, la jurisprudencia penal ha acogido nociones de la doctrina especializada que suministran insumos para inferir si en un determinado caso el sujeto actuó con dolo eventual.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 28 de julio de 2021, radicado 47063; del 9 de mayo de 2018, radicado 45889; del 12 de febrero de 2014, radicado 36312, y del 15 de septiembre de 2004, radicado 20860.

Recientemente, en un caso en el que se discutía la prueba del dolo eventual, la Corte Suprema de Justicia⁴ acogió en la valoración probatoria los conceptos de las *conductas especialmente aptas para provocar el resultado* y las *conductas neutras* de la doctrina especializada, que establece lo siguiente:

“... la experiencia social distingue, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, entre conductas especialmente aptas para ocasionar ciertos resultados y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento. La distinción entre conductas especialmente aptas y este segundo grupo de conductas —que en adelante serán denominadas “conductas neutras”— debe ser el criterio rector en la práctica para decidir cuándo una alegación de desconocimiento del riesgo concreto deberá ser creída.

En esta distinción influyen cuestiones muy diversas, como la utilidad social de determinadas actividades, la habituación que existe a ellas o la frecuencia estadística con la que su ejecución lleva al acaecimiento del resultado. **En el caso del homicidio, por ejemplo, pueden citarse como especialmente aptas para causar una muerte conductas como disparar contra el cuerpo de otra persona o hacer explotar una potente bomba en un lugar concurrido.** En cambio, otros comportamientos como conducir un automóvil son sólo neutros en relación con el resultado, pues, aunque objetivamente pueden ocasionar una muerte, en la experiencia social esta consecuencia no es algo indisociablemente ligado a su realización”⁵.

21. Sobre esa base, entonces, se tiene lo siguiente:

a. El perito en balística analizó los lanzadores de gases y los cartuchos contenedores de cápsulas lacrimógenas utilizados por el ESMAD.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de julio de 2021, radicado 47063.

⁵ Negrita fuera del texto. Ramón Ragués I Vallés, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*. En Revista de estudios de la justicia, n. 4 (2004), ps. 24 y 25, citado en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de julio de 2021, radicado 47063.

Estableció que los primeros eran armas de fuego, tipo “tiro a tiro”, que tienen capacidad de alojar un cartucho; y que los segundos eran cápsulas que contenían tres subcápsulas, de 32 gramos cada una.

Luego de efectuar múltiples disparos en campo abierto, advirtió que, al accionar el arma de fuego, la cápsula permanece en el arma y las tres subcápsulas avanzan de acuerdo con el ángulo del disparo y sin guardar una trayectoria estable. El disparo a 0° grados, a una altura de 1.50 metros, permite que la munición avance 29 metros aproximadamente y, al poner un objetivo fijo a 5 metros de distancia y a una altura entre 1.50 y 2 metros, las tres subcápsulas lo impactaron y traspasaron. Concluyó que la munición salía disparada con la fuerza propia de un arma de fuego; que, ante un disparo a 0° grados y a una corta distancia, la certeza de impactar el objetivo es mayor, y por la energía cinética, el impacto en un ser humano podía causar una lesión mortal.

b. Como lo reconocieron los testigos miembros o ex miembros de la Policía Nacional, todos aprobaron la escuela de formación para graduarse como patrulleros de la institución y cursaron la especialidad del ESMAD. Entonces, todos estaban capacitados para conocer que en ese cuerpo todas las acciones y los procedimientos se ejecutan por unidad de mando: que solo se procede por orden del superior, más en manifestaciones multitudinarias; estaban al tanto del uso de armas de fuego; aprendieron la teoría y las funciones de los distintos roles; estaban capacitados para ejercer el rol de escuderos y algunos recibían una capacitación en los roles especializados, por ejemplo, en el manejo de los gases, en el caso de los gaseadores.

Esto quedó en evidencia en el juicio. Por una parte, Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez, que era escudero, manifestó que aprendió en la escuela que el trufly se tiene que disparar en movimiento parabólico, para que caiga sin fuerza, porque el gas de frente a una multitud hace daño. Julio César Torrijos Devia, que nunca fungió como gaseador, afirmó conocer la teoría del funcionamiento del lanza gases: un arma no letal, que dispara unos discos que contienen gas

lacrimógeno y que, al ser accionado, la munición sale a gran velocidad y en distintas direcciones.

Por otra parte, Carlos Orlando Pérez Olmos y Yefridth Esmít Moreno Cárdenas, que sí eran gaseadores, confirmaron el conocimiento general: que el trufly solo se dispara con orden del superior, en movimiento parabólico -45° grados- y nunca contra multitudes, hogares infantiles o ancianatos, por el riesgo de impactar a alguien. Además, corroboraron que la función es disparar las cápsulas en movimiento parabólico para que estas se abran, liberen y dispersen el gas y que no tiene ningún sentido disparar de frente -0° grados- porque las cápsulas no se abren, se corre el riesgo de lesionar a otro, se asusta a la multitud y las personas se pueden caer y ser arrolladas.

c. Los testigos informaron que los roles que desempeñaban los patrulleros eran asignados de acuerdo con las competencias desarrolladas en la escuela de formación, las habilidades personales, la decisión del comandante de la sección y previo al servicio. Sin embargo, también reconocieron que era usual que se presentaran situaciones en las que, antes del servicio, faltara personal y era necesario suplir la ausencia; en particular, indicaron que los acompañamientos de las marchas del 1° de mayo requerían la reorganización del personal porque, por la cantidad de manifestantes que usualmente marchan, debía salir el personal completo.

Para el 1° de mayo de 2005 la sección comandada por Julio César Torrijos Devia estuvo integrada, entre otros, por los patrulleros que hacía dos meses se habían graduado de la escuela de formación: John Jairo Prieto Vega y Héctor Eluid Steward Cubides Rodríguez, escuderos; Carlos Orlando Pérez Olmos y Yefridth Esmít Moreno Cárdenas, gaseadores, y Néstor Julio Rodríguez Rúa. Este último, según los testigos que fueron sus compañeros de escuela, no hizo o no recuerdan que hubiera hecho la capacitación de una semana en gases; según la minuta, al momento de la formación y antes de que le informaran al comandante que hacía falta un gaseador, no tenía asignado ningún rol,

y según los testigos policías, salió al servicio con la dotación de gaseador.

d. De modo que la sala advierte que Néstor Julio Rodríguez Rúa, al igual que los servidores que aprobaron la escuela de formación de la policía y cursaron la especialidad del ESMAD, conocía que en la institución a la que pertenecía tenía que actuar por orden de su superior; estaba al tanto del funcionamiento de las armas de fuego; sabía que el trufly era un arma de esa índole que disparaba a gran velocidad un número plural de cápsulas que contienen gas y que debía ser accionada en movimiento parabólico y nunca directamente en contra de una multitud, por el riesgo de impactar a una persona.

Además, la Sala Mayoritaria considera que este conocimiento lo adquirió no solo por sus cursos especializados, sino por el conocimiento común adquirido, incluso, intuitivamente por los seres humanos a partir de su propia existencia.

22. En este orden, como Néstor Julio tenía los conocimientos suficientes para saber que accionar un lanza gases en contra de una multitud entrañaba el riesgo de impactar a una persona, como el 1° de mayo de 2005 disparó el trufly a aproximadamente 0° grados en contra de la multiplicidad de jóvenes que se encontraban a su alrededor y a pocos metros de distancia y como quiera que la jurisprudencia penal y la doctrina reconocen que un disparo contra el cuerpo de una persona es una conducta social especialmente apta para causar la muerte, el tribunal concluye que Néstor Julio advirtió como probable la producción del resultado -lesionar de gravedad a una persona que resultara impactada por una de las cápsulas de gas-, pero, aun así y sin esperar la orden de su comandante, la disparó y dejó el resultado librado al azar.

Además, como la fiscalía acreditó que el impacto de las cápsulas disparadas a 0° grados por un lanza gases, a una altura de 1.50 metros y a una corta distancia, puede ocasionar una lesión mortal; que el disparo de Néstor Julio impactó aproximadamente a cinco metros a

Nicolás David y le ocasionó un trauma craneoencefálico severo y el acusado observó el resultado de su acción, hasta el punto de que le causó gracia la caída del joven que impactó, existen pruebas suficientes que permiten concluir que a él, a Néstor Julio, le dio igual la materialización del resultado previsible -la muerte de Nicolás David- y lo asumió con absoluta indolencia.

23. En fin, de la valoración integral de las pruebas de cargo, la Sala Mayoritaria infiere que existen elementos de juicio que dan cuenta de la ocurrencia de los hechos, la modalidad dolosa con que Néstor Julio Rodríguez Rúa cometió el homicidio en contra del menor de edad y la responsabilidad penal de aquel. Es decir, las pruebas aportadas por la fiscalía corroboran la hipótesis planteada por ella como teoría del caso: tal persona es responsable de ese homicidio doloso. No obstante, la corporación solo puede llegar a una conclusión definitiva después de valorar la prueba de descargo.

24. La defensa presentó pruebas testimoniales y una prueba documental; el tribunal las revisó con detenimiento y advirtió que los testigos miembros o exmiembros del ESMAD que estuvieron presentes en la marcha del 1° de mayo de 2005 también incurrieron en múltiples incoherencias y contradicciones al relatar los hechos acaecidos durante la confrontación: esto fue así hasta el punto de que Víctor Leonardo Vásquez Castro recordó que el joven que cayó, luego se sentó, se paró y se fue. No obstante, con el mismo argumento con el que la Sala Mayoritaria no tuvo en cuenta las percepciones imprecisas de algunos de los testigos de la fiscalía, también lo hará con los testigos de la defensa.

25. Los testigos de descargo reiteraron las características de la formación en escuadras, de los distintos roles y del proceso de capacitación y formación del ESMAD. A su vez, coincidieron en las condiciones del servicio del 1° de mayo de 2005: las formaciones en líneas por las dos aceras de la Carrera 7ª, la presencia de un camión que amplificaba **en** sonido de una banda de música, la alteración de los manifestantes, el comienzo de los disturbios a la altura de la Calle 18,

la caída de un joven al piso, el repliegue de la sección y la formación del cuadro de protección.

26. Los miembros o ex miembros del ESMAD pusieron énfasis en el proceso de capacitación. Indicaron que para ser patrulleros debían graduarse de la escuela -luego de una formación de 13 meses-, en la que adquirirían los conocimientos propios de la función, entre otras, no disparar en línea recta contra multitudes, escuelas o ancianatos, y respetar la unidad de mando.

Explicaron que en el año 2005 el curso de la especialidad del ESMAD tenía una duración de cinco semanas: la capacitación general -con una duración de cuatro semanas en competencias básicas y teoría- y un reentrenamiento -de una semana de práctica-. Las conferencias de las primeras semanas eran dictadas por varios instructores antidisturbios: sobre manejo de multitudes, agentes químicos -teoría básica y especificaciones técnicas del trufly, según el instructor del ESMAD Fabio Arley Gutiérrez Beltrán-, enfermería, operaciones tácticas y normatividad de derechos humanos, entre otros, a las que debían asistir todos los patrulleros por igual, para adquirir los conocimientos de los distintos roles -escudero, gaseador, manos libres y enfermero-.

En ese proceso básico de formación los instructores identificaban las competencias y perfiles de los estudiantes y, los más respetuosos, disciplinados y responsables eran seleccionados para recibir el reentrenamiento de una semana como gaseadores.

De acuerdo con el instructor del ESMAD, Fabio Arley, lo ideal era que el rol de gaseador fuera ejercido en los servicios por el personal con más antigüedad; según el subcomandante del ESMAD, Héctor Jesús Forero, y Eduar Alberto Daza Mosquera -que en la actualidad es comandante de sección-, ante una situación especial que ameritara cambios de roles y de asignación de dotación se requería un reemplazo capacitado y la orden del comandante de sección, y de ninguna manera la decisión autónoma de un patrullero o del armerillo, y todos coincidieron en que

la formación y cualquier cambio debía quedar registrado en la minuta que diligenciaba el comandante antes de salir al servicio.

No obstante, frente a lo último, Fabio Arley explicó que era posible que el comandante diligenciara la minuta y registrara los nombres de los funcionarios, su formación y su rol, pero que, antes de un servicio, constatará que su personal no estaba completo y, en ese orden, debía dejar la novedad del cambio.

27. Estas pruebas le permiten a la sala constatar que todos los miembros del ESMAD, al margen de su especialidad, estaban capacitados para saber unas consignas básicas institucionales y de humanidad: el respeto por la unidad de mando y la prohibición de disparar directamente un arma de fuego en contra de una multitud.

Además, que existía un deber ser de las cosas y que podían concurrir situaciones excepcionales: si bien el rol de gaseador solo debía ser ejercido por el personal más antiguo y con experiencia, todos coincidieron en que tres de los recién graduados -dos testigos de cargo- fungieron como gaseadores el 1° de mayo de 2005 y, si bien todos coincidieron en que de ninguna forma un escudero sin capacitación podría fungir ni tener dotación de gaseador y que en todo caso cualquier cambio debía quedar en la minuta, lo cierto es que el 1° de mayo de 2005 el comandante de la sección ordenó suplir el puesto del gaseador ausente, tres testigos vieron que Néstor Julio Rodríguez Rúa, pese a ser escudero, fungió como gaseador, y que la minuta aducida como prueba no descarta ese hecho.

28. Para poner en duda este punto de llegada, la defensa suministró los testimonios de Eduar Alberto Daza Mosquera, Víctor Leonardo Vásquez Castro, Juan Carlos Rodríguez Gutiérrez y Héctor Ernando Guerrero Ramos. Los tres primeros afirmaron que el día de los hechos Néstor Julio prestó el servicio de escudero; Eduar Alberto y Víctor Leonardo precisaron que el acusado estaba en otra escuadra atrás de ellos, que no lo vieron durante la confrontación con los manifestantes, que tampoco vieron al comandante llamarle la atención ni lo vieron

disparar el trufly. Esto tiene una explicación sensata: el cambio del rol se hizo luego de la formación, de llenar la minuta y antes de salir al servicio; además, durante este, el procesado iba atrás de Eduar Alberto y Víctor Leonardo en la formación, por lo que es razonable que los testigos recuerden que Néstor Julio era escudero y, como nada más vieron, los demás hechos relevantes no les constan.

En similar sentido, Héctor Ernando no recuerda nada relacionado con la posición ni el rol del acusado; no obstante, si manifestó que luego de que lanzaran unos gases, las personas se dispersaron y después se hizo una formación en cuadro para proteger a una persona. Lo que es coherente con lo acreditado por la fiscalía.

En este orden, la información aportada por los testigos de descargo para generar una duda razonable, en verdad, no tiene ese potencial; por el contrario, corrobora algunas circunstancias de la hipótesis de la fiscalía.

29. Ahora, como la prueba del momento ejecutivo del homicidio reside en tres testigos de cargo: Julio César Torrijos Devia, Héctor Eluid Stiward Cubides Rodríguez y Yefridth Esmít Moreno Cárdenas, la defensa también dirigió su estrategia a cuestionar su credibilidad.

a. En torno al primero, los testigos Eduar Alberto y Víctor Leonardo se esforzaron por afirmar que Julio César estuvo todo el tiempo junto a ellos y, como Néstor Julio estaba atrás, no es posible que aquel lo hubiera visto; sin embargo, también reconocieron que se presentaban situaciones en las que el capitán se movilizaba y desplazaba. Pues bien, como se probó, esa fue la situación que se presentó: Julio César perdió su formación en el momento del disturbio y, cuando intentaba volver a su puesto –al lado de Eduar Alberto y Víctor Leonardo- vio el impacto del lanza gases en un manifestante, se volteó hacia atrás y vio a Néstor Julio y lo cuestionó por lo que había hecho.

b. En relación con el segundo, Eduar Alberto, Víctor Leonardo, Héctor Ernando y Juan Carlos lo describieron como una persona charladora,

fantasiosa, mitómana, recochera, ludópata y de temperamento fuerte y, adicionalmente, manifestaron que, desde sus posiciones, no lo vieron en la formación, tampoco vieron carabineros ni recuerdan ninguna charla que el general Rodolfo Palomino les hubiera dado.

De igual forma, Héctor Ernando refirió que en 2015 se reencontró con Héctor Eluid Steward en el departamento del Meta y este le comentó que declararía en este proceso, porque la fiscalía lo ayudaría a salir del país. No obstante, aquel no tomó su manifestación como un ofrecimiento o dádiva, pues pensó que, si la fiscalía lo necesitaba, lo requeriría eventualmente.

El tribunal considera que esta información no tiene los alcances que pretende la defensa. Como quedó en evidencia a lo largo del juicio, no todos los testigos que asistieron a la marcha del 1° de mayo de 2005 presenciaron las mismas situaciones, por lo que, el hecho de que los demás testigos no se hayan percatado de lo mismo que Héctor Eluid Steward –la presencia de carabineros–, no le resta credibilidad a su dicho. De otro lado, la opinión personal de los testigos en torno a otro declarante no es motivo para cuestionar su credibilidad y, en todo caso, considerar fantasiosa la versión que suministró de los hechos, cuando tiene respaldo en dos versiones más, resulta ilógico: habría que pensar que todos los testigos que relataron lo que sí vieron, pero que no coinciden con la perspectiva de la defensa, son mitómanos y charlatanes.

Ahora bien, antes de la recepción del testimonio de Héctor Eluid Steward, la fiscalía dejó la constancia de que se trataba de un testigo que manifestaba que había recibido amenazas por cuenta de este caso y que no declararía si la fiscalía no le brindaba protección. Por ese motivo, desplegó los mecanismos para integrarlo a un programa de protección, pero, al ser un miembro activo de la Policía Nacional, no fue posible hacerlo y, aun así, el testigo rindió su testimonio. En ese orden, el tribunal no considera que se trate de una situación de relevancia ni que amerite pensar en un entramado de corrupción de parte de la fiscalía.

Finalmente, el testigo cuestionado nunca refirió que el general Palomino les hubiera dado una charla o instrucciones de mentir, lo que afirmó fue que, en el momento en que rindió su declaración contraria a la realidad en la *Metropolitana*, vio a dicho general y este le hizo una manifestación sobre lo que debía decir; por lo que, es normal que el resto de testigos no hubieran presenciado este hecho.

c. Frente al tercero, como quiera que Yefridth Esmít Moreno Cárdenas manifestó que Néstor Julio había reemplazado como gaseador a John Jairo Prieto Vega, que se ausentó el 1° de mayo de 2005, los testigos de descargo manifestaron que John Jairo era escudero y que sí asistió. La sala considera que se trata de una contradicción menor, pues el mismo John Jairo Prieto Vega aclaró esa situación en el juicio y en esos términos el tribunal valoró las pruebas de la fiscalía.

30. Por último, la información que suministraron los demás testigos de la defensa es muy limitada: el delegado de la Defensoría del Pueblo - Ascanio Manuel Tapias Vásquez- rindió una versión de los hechos a la que el tribunal no le dará valor, pues la fiscalía impugnó su credibilidad de forma legítima y quedó en evidencia que se trata de un testigo que sin ningún inconveniente suministra distintas versiones ante las autoridades. La hermana del acusado se refirió a las calidades personales del procesado, pero en este ámbito no se lo juzga por su personalidad, sino por un hecho específico.

Finalmente, el aporte del investigador Omar Augusto García Camacho es muestra, de un lado, de que la defensa sí tuvo la capacidad de atender el descubrimiento probatorio de la fiscalía, como lo concluyó la Sala en el acápite de la validez del proceso y, de otro lado, de un profundo desconocimiento del sistema acusatorio colombiano. El testigo dedicó sus esfuerzos a yuxtaponer los elementos probatorios que componen la investigación de la fiscalía y a poner en evidencia las falencias y las contradicciones en que incurrieron distintas personas que fueron entrevistadas previo al juicio oral.

Esta exposición fue irrelevante, pues en el proceso penal colombiano los juzgadores solo pueden valorar las pruebas que fueron practicadas en el juicio oral y objeto de contradicción y publicidad. Como se vio, la defensa no confrontó ni impugnó la credibilidad de ningún testigo de la fiscalía con el material probatorio con el que contaba, y pretendió hacerlo mediante un informe técnico, lo que es contrario a las reglas probatorias.

31. Entonces, la prueba de la defensa no altera en nada el panorama probatorio de la fiscalía. El tribunal valora el esfuerzo desplegado por esa parte con el fin de mantener vigente la presunción de inocencia que ampara al acusado; con todo, su aporte probatorio no suministra otra hipótesis alternativa explicativa de los hechos excluyente de la responsabilidad de aquel y generadora, al menos, de una duda razonable que haya de resolverse en su favor.

32. El tribunal se pronuncia sobre los cuestionamientos adicionales de la defensa.

No es cierto que la condena de Néstor Julio tenga fundamento en dos testimonios. El tribunal valoró cada una de las pruebas de cargo y de descargo, descartó las contradicciones e incoherencias menores en que *todos* los testigos incurrieron al recordar el momento de la confrontación y solo tuvo en cuenta la información que era verdaderamente importante para esclarecer los hechos jurídicamente relevantes: lo que los testigos sí vieron y de lo que pueden dar fe y lo que no vieron y no les consta.

En ese proceso encontró que había tres testigos presenciales del momento ejecutivo del homicidio, múltiples testimonios de cargo y de descargo que coinciden sustancialmente en lo que sucedió en seguida con la víctima y prueba pericial que demuestra que el impacto del trufly fue la causa de la muerte de Nicolás David, y no otra causa, como posibles fallas médicas, como las que especuló la defensa en el recurso.

Entonces, sí hay pruebas; otra cosa es que no se quiera verlas. Esto es comprensible en una parte procesal comprometida con la defensa de un interés en el proceso, pero es inadmisibles en un juzgador, pues debe valorar la prueba con imparcialidad.

33. Contrario a la perspectiva de la defensa, la corporación encontró que la omisión de asignarle a Néstor Julio un rol en la minuta de servicio del 1° de mayo de 2005 no conlleva concluir que fungió como escudero: los testigos de la fiscalía pusieron de presente la situación excepcional que se presentó, la orden del comandante y testificaron que observaron que Néstor Julio, a pesar de ser escudero, ese día fungió y adquirió la dotación del gaseador, hasta el punto de que lo vieron sostener y accionar el lanza gases contra la multitud. Los testigos de descargo no alteraron ese panorama: los patrulleros que acompañaron la marcha ese día se limitaron a afirmar que Néstor Julio era escudero desde la escuela y que ese día no lo vieron, pues iba detrás o delante de ellos en la formación.

34. Las versiones de los testigos coincidieron en que, para la época de los hechos, los uniformes de los agentes del ESMAD eran, valga la redundancia, uniformes y no permitían distinguirse unos de otros. Esto es cierto, pero también lo es que Julio César Torrijos Devia era el comandante, conocía a los miembros y la formación de su sección, y como, entre los aproximados 50 hombres que componían su grupo solo había 4 gaseadores y uno de ellos estaba al frente de la formación, es razonable, tal como el testigo lo expuso, que reconociera que Néstor Julio estaba en ese punto de la sección.

Además, lo hizo hasta el punto de que, cuando observó el impacto del trufly sobre Nicolás David, se volteó, vio e identificó a Néstor Julio, y de inmediato le reclamó por su acción insubordinada.

35. Por último, el tribunal considera que una persona adulta está en capacidad de comprender que si dispara un arma de fuego directamente contra una multitud es muy posible que mate a una persona o que la hiera gravemente. Para que tal persona se percate de

ello, se requiere un adecuado ejercicio de la inteligencia. No más. No necesita cursos especializados.

Si ello sucede con una persona adulta, con mayor razón sucede con un agente de la Policía Nacional, pues está capacitado para el manejo de armas de fuego y para conocer las consecuencias de accionar un elemento de esta índole directamente en contra de una multitud. De este modo, no se muestra razonable considerar que, por falta de formación especializada, no se trató de dolo eventual, sino de culpa inconsciente: según esta forma de pensar, disparar un arma de fuego directamente contra una multitud sería tanto como que al agente se le cayera el arma, esta se disparara y matara a alguien. Los dos casos serían culposos.

Aunado a lo anterior, ateniéndose a la hipótesis de la defensa, resultaría que todo el burdo montaje de que da cuenta el proceso y por el cual ya hay varias personas condenadas, se urdió para ocultar una suerte de accidente y que los familiares de la víctima y los testigos que evidenciaron el fraude fueron sometidos a hostigamientos y amenazas -hasta el punto de que el padre de la víctima tuvo que exiliarse en Europa- solo por la pretensión de que el supuesto accidente no se aclarara. Semejante despliegue criminal para ocultar un accidente es inconcebible: constituye un asalto a la razón. Por el contrario, él toma todo el sentido si se comprende que se desplegó para ocultar una conducta homicida dolosa.

En consecuencia, la Sala Mayoritaria no encuentra motivos razonables para considerar que Néstor Julio deba ser condenado como autor de homicidio culposo, pues su actuar fue, como se demostró, con dolo eventual. Y ello con la particularidad adicional de que la condena a título de homicidio culposo no sería posible por la sencilla razón de que, de haber sido así, la acción penal habría prescrito: como en ese caso, el término de prescripción de la acción penal sería de doce años, tal fenómeno habría acaecido en el 30 de abril 2017.

36. En definitiva, ni las pruebas ni los argumentos de la defensa les restan ningún valor ni credibilidad a las pruebas de cargo.

37. En fin, la corporación está ante múltiples pruebas de cargo sólidas, consistentes y coherentes que merecen credibilidad y que suministran una explicación confiable de los hechos y de la responsabilidad penal del acusado y que satisfacen con holgura el estándar probatorio requerido para la condena.

Además, no hay dudas probatorias insalvables. Esta es una suposición de la defensa y nada más. Esa parte puede estar convencida de ello, pero ese convencimiento, en caso de existir, no tiene soporte probatorio.

En suma, el tribunal está ante una sentencia jurídicamente correcta y moralmente justa, por lo que la confirmará.

3. Consecuencias punitivas

38. La apoderada de la víctima controversió la sentencia de primera instancia en punto a la individualización de la pena. Desde su perspectiva, pese a que concurrían circunstancias de mayor punibilidad, a que el juzgado contaba con un margen de movilidad y a que identificó con detenimiento que estaba ante hechos de suma gravedad, optó por imponer la pena mínima, cuando lo razonable era haber impuesto una mucho mayor. En consecuencia, le pide al tribunal que incremente la condena de Néstor Julio Rodríguez Rúa. Por su parte, la agencia del Ministerio Público considera que la pena es legal y que las consideraciones del recurrente vulneran el principio de congruencia. Con argumentos similares a este, la defensa también solicitó no acceder a tal pedimento.

39. Pues bien, en el ámbito de la determinación de las consecuencias punitivas del comportamiento, existen dos tipos de límites. Por una parte, todo juzgador debe respetar el principio de legalidad de la pena; es decir, no debe desconocer el máximo y el mínimo punitivos fijados en la respectiva disposición. Y, por otra, dentro de esos límites, debe

ejercer de manera proporcionada y razonable el margen de discrecionalidad reglada; o lo que es lo mismo, debe dar cuenta expresa de los motivos por los cuales, dentro de ese rango, se inclina por un monto específico. En caso de desconocer esos límites, la pena es ilegal, y en caso de ejercer indebidamente el mencionado margen de discrecionalidad, la pena deviene incorrecta.

40. Sobre esa base, el Tribunal advierte que el juzgado de primera instancia indicó que la pena para el delito de homicidio oscila entre 208 y 450 meses de prisión; determinó el ámbito de movilidad, los cuartos punitivos y, por la concurrencia de la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales, se ubicó en el primer cuarto, cuyos límites oscilan entre 208 y 268.5 meses de prisión. Luego valoró los criterios del artículo 61 del CP e individualizó la pena en 208 meses.

En este orden, el tribunal está ante una pena legalmente impuesta.

41. Sin perjuicio de esto, la apoderada de la víctima cuestiona la ubicación en el primer cuarto punitivo, pues considera que concurren dos circunstancias de mayor punibilidad -haber ejecutado la conducta mediante ocultamiento y con abuso de condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa de la víctima- y por ello la individualización de la pena debe hacerse en los cuartos medios.

Pues bien, el tribunal advierte que, por virtud del principio acusatorio, debe existir congruencia entre la imputación, la acusación y la sentencia, y que tal congruencia debe ser personal, fáctica y jurídica. Así, de acuerdo con el artículo 448 del CPP, el acusado no puede ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales la fiscalía no pidió condena. La jurisprudencia penal ha establecido que el principio de congruencia se infringe, entre otros casos, cuando un juzgador condena por el delito por el que la

fiscalía acusó, pero le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad⁶.

En este caso, la fiscalía formuló imputación y acusación en contra de Néstor Julio Rodríguez Rúa por el delito de homicidio, sin que, en ninguno de dichos actos, ni en las alegaciones finales, incluyera ni fáctica, ni jurídicamente ninguna circunstancia de mayor punibilidad. En ese orden, el juzgador no estaba legitimado para tener en cuenta las circunstancias aducidas por la apoderada de la víctima como circunstancias de mayor punibilidad, con el objeto de incrementar la pena: obrar como tal interviniente lo pretende conllevaría la trasgresión de los principios de congruencia y acusatorio.

42. Ahora bien, en punto a la corrección del margen de discrecionalidad reglada, la corporación encuentra que el juzgado, de un lado, tuvo en cuenta el daño real causado a la vida de la víctima, la gravedad de la conducta, la intensidad del dolo eventual y la necesidad de pena y, de otro lado, advirtió que Néstor Julio acabó con la vida de una persona de corta edad, en proceso de formación, que lo hizo con un arma de fuego que no estaba destinada a matar a personas y que entrañaba un riesgo que conocía y que dejó librado al azar, que su acción había dejado una huella imborrable en su familia y en la sociedad y que todo ello lo hacía merecedor de una pena proporcional. Con fundamento en estos argumentos consideró justo imponerle 208 meses de prisión.

El tribunal comprende que, al tratarse de una pena alta, es frecuente que los juzgadores, en ejercicio de esa discrecionalidad reglada, opten por imponer el mínimo. Y esto es comprensible: no pueden ser insensibles al rigor punitivo con el que el legislador reprocha ciertas conductas punibles, pues, si bien la determinación de los extremos de la pena es una decisión política que le incumbe a tal rama del poder público, su concreción en casos concretos debe enmarcarse en criterios de justicia y no en el más puro retribucionismo.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias del 1° de julio de 2020, radicado 49485, del 15 de mayo de 2008, radicado 25913 y del 16 de marzo de 2011, radicado 32685

En ese contexto, la pena que impuso el juzgado de primera instancia es razonable y coherente con los fundamentos que expuso para su individualización, a más de que es compatible con la injusticia y la culpabilidad evidenciados en este proceso.

43. Para la Sala Mayoritaria, en este caso quedó en evidencia que se concibió y ejecutó un plan deliberado para ocultar la verdad de los hechos y para engañar a las autoridades judiciales. Los actos de encubrimiento y de hostigamiento también afectaron a los testigos de los hechos -algunos de los cuales eran menores de edad- y a la familia de la víctima, hasta el punto de obligar al exilio al padre de esta. El plan, por lo menos hasta cierto punto, dio resultado; no obstante, luego, la mentira fraguada, al amparo del mando y de una malentendida solidaridad de cuerpo, se hizo evidente y varios uniformados reconocieron haber actuado fraudulentamente y reportaron lo que en verdad había sucedido. Por obrar de esta forma, también fueron hostigados, perseguidos y amenazados.

A pesar de que estas lamentables y reprochables situaciones quedaron probadas en este proceso y de que deben ser investigadas y judicializadas por las autoridades competentes; no hay una base probatoria para imputarlas al acusado y por ello no pueden tenerse en cuenta como criterio para incrementar la pena, así sea en el primer cuarto, tal como lo solicita la apoderada de la víctima.

44. Dada la evidencia de un entramado criminal institucional dirigido a ocultar la verdad de los hechos y engañar a las autoridades judiciales, y teniendo en cuenta que el tribunal desconoce el estado de las investigaciones y procesos penales y disciplinarios, la sala compulsará copias del proceso con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que, si no lo han hecho, adelanten e impulsen las investigaciones penales y disciplinarias que cursen en contra de los miembros y exmiembros de la Policía Nacional que posiblemente participaron en ese plan delictivo.

45. Por otra parte, ante los actos de hostigamiento y persecución a que han sido sometidos varios de los testigos de cargo que comparecieron al juicio, el tribunal le solicitará a la Fiscalía General de la Nación que evalúe su seguridad personal y que, de ser necesario, les suministre la protección necesaria para garantizar su vida e integridad.

46. En definitiva, para la sala no hay motivos para anular el proceso, revocar o modificar la condena ni para acceder al incremento de la pena requerido por la apoderada de la víctima. En ese orden, confirmará en su integridad la sentencia apelada.

VII. Decisión

Con base en las consideraciones expuestas, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. No anular el proceso.

Segundo. Confirmar la sentencia apelada.

Tercero. Compulsar copias del proceso con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación para que, si no lo han hecho, adelanten e impulsen las investigaciones penales y disciplinarias que cursen en contra de los miembros y exmiembros de la Policía Nacional que posiblemente participaron del entramado criminal dirigido a ocultar la verdad de los hechos y engañar a las autoridades judiciales.

Cuarto. Solicitarle a la Fiscalía General de la Nación que evalúe las condiciones de seguridad de los testigos de cargo que concurrieron a este proceso que reportaron actos de hostigamiento, amenazas y persecuciones, y que les suministre la protección necesaria para garantizar su vida e integridad.

Este fallo queda notificado por estrados. Procede el recurso extraordinario de casación, el que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes.

Cúmplase

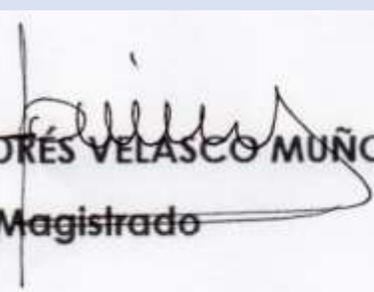
Los magistrados,



José Joaquín Urbano Martínez



Leonel Rogeles Moreno
Magistrado



JAIME ANDRÉS VELASCO MUÑOZ
Magistrado

(Con salvamento de voto)

110016000721201900618 01
Néstor Julio Rodríguez Rúa

Firmado Por:

Jose Joaquin Urbano Martinez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f99ee600c8038560cef2c1a50cc893621f49155333d536e3bb0f6d5
21afcb516

Documento generado en 01/04/2022 10:48:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>