

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Magistrado Ponente

SP1612-2018

Radicación n.º 48968

(Acta n.º 153)

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el delegado de la Fiscalía en contra del fallo adoptado por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha el 1.º de septiembre de 2016, mediante el cual absolvió a RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA por el delito de prevaricato por omisión agravado.

HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 2 de abril de 2008, en la vía que de Fonseca conduce a Barrancas (Guajira), mientras se transportaban en un vehículo Henry Ustariz Guerra y los escoltas Wilfrido Fonseca Peñaranda y Luis Mariano Vega Mejía, fueron atacados con armas de fuego desde otro rodante (que luego se encontró incinerado), resultando muertos los dos primeros y herido el último.

Asignada la investigación de estos hechos a la Fiscalía Primera Seccional de Fonseca, su titular, RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA, el 11 de ese mes, elaboró plan metodológico a través del cual dispuso el acopio de distintos elementos de juicio y ordenó a la policía judicial rendir un informe en diez (10) días. Sin embargo, este no se allegó en ese

lapso y el funcionario tampoco llevó a cabo gestiones adicionales en pos de que se cumpliera lo requerido.

2. La Fiscalía 67 Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, formuló imputación el 30 de septiembre de 2015, en contra del Dr. MARTÍNEZ MENDOZA como autor del delito de prevaricato por omisión agravado (artículos 414 y 415 del Código Penal), cargo al que no se allanó.¹

3. Después, el 16 de diciembre de 2015, radicó escrito de acusación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha -Sala Penal- por dicha ilicitud,² realizándose la formulación respectiva el 3 de febrero de 2016³ y la audiencia preparatoria el 5 de abril siguiente.⁴ El juicio oral inició el 10 de agosto del mismo año⁵ y culminó el 24 de ese mes con el anuncio del sentido absolutorio del fallo,⁶ al cual se dio lectura el 1.º de septiembre de esa calenda.⁷

LA SENTENCIA APELADA

La primera instancia, previo estudio de la naturaleza jurídica del delito por el que se procede, señaló que, conforme las estipulaciones probatorias celebradas entre las partes, se acreditó que al Dr. MARTÍNEZ MENDOZA le fue asignada la investigación de los hechos referidos en precedencia el 11 de abril de 2008 y que ese día elaboró programa metodológico donde ordenó a la policía judicial desplegar distintas pesquisas, varias de ellas cumplidas en debida forma.

De igual modo, se estableció que el investigador a cargo sufrió un accidente de tránsito que lo incapacitó entre el 26 de abril y finales de junio de 2008, sin que le fuese designado un reemplazo y que el implicado del 7 al 31 de julio de esa anualidad disfrutó de vacaciones, estando al frente de la investigación solo hasta el 6 de agosto siguiente.

En estas condiciones, ya que en el régimen de la Ley 906 de 2004, los fiscales en la

investigación no desempeñan funciones asociadas a la práctica probatoria como sucedía en la Ley 600 de 2000, sino que su labor se vincula a la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolla la policía judicial, ese rol fue acometido por el funcionario cuestionado pues tuvo encuentros con los investigadores con miras a la consecución de la información delineada en el programa metodológico y además respondió distintas peticiones elevadas en esa actuación, de ahí que no pueda predicarse que omitió o retardó alguna tarea a su cargo.

De otro lado, consideró que las órdenes impartidas a los investigadores no pueden apreciarse encaminadas a omitir los actos de investigación que ameritaba el caso, contrario sensu, se ajustaban a las circunstancias al alcance del Dr. MARTINEZ MENDOZA y confluyeron otras variables que repercutieron en el pronto esclarecimiento de los hechos, tales como la reticencia de la cónyuge de uno de los obitados para suministrar en ese radicado datos relacionados con los autores y móviles del crimen. En consecuencia, la propuesta alternativa de investigación reseñada en la acusación constituye una perspectiva particular acerca del modo en que, en concepto de la Fiscalía, debía adelantarse el asunto, pero su diagnóstico se hace en retrospectiva «desconociendo las realidades propias del momento en que el fiscal afronta [su] conocimiento».

Ahora, en cuanto a que el procesado no exigió la entrega de la información requerida fenecidos los diez días dispuestos para ello, ese término solo constituía un referente para que la policía judicial obtuviese datos que permitiesen conocer otros adicionales, sobre todo en un evento de esta magnitud que «no podía resolverse en tan precario tiempo y menos con la incipiente información con la que se contaba». Por eso, destacó que no puede pregonarse el prevaricato por omisión por el llano incumplimiento de ese lapso temporal y menos aun cuando no se evidenció que el Dr. MARTÍNEZ MENDOZA dirigió su comportamiento de manera deliberada a conculcar algún deber legal.

LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal 67 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá apeló esta determinación, bajo la prédica de que en este asunto se configuró el verbo rector «retardar» como modalidad típica del artículo 414 del Código Penal.

Luego de reseñar el contenido del programa metodológico elaborado por el implicado el 11 de abril del 2008, las órdenes que rubricó con posterioridad relacionadas con la devolución de distintos elementos, la carga laboral de la Fiscalía Primera Seccional de Fonseca y su estadística, aduce que el Dr. MARTÍNEZ MENDOZA no realizó ningún acto tendiente al control de la actividad investigativa y permitió que transcurriera un lapso considerable en el que no adelantó gestiones para dilucidar las condiciones en que se cometieron los hechos, pese a contar con suficiente personal de policía judicial para cumplir con la tarea encomendada.

Llama la atención en que se estaba ante un evento de relevancia, de connotación para la región, ya que la víctima era el esposo de la alcaldesa de Barrancas, Yandra Brito Carillo, «se señalaba, por fuera de los actos de investigación [...] como probable autor al ex gobernador de la Guajira» y el modo en que se ejecutó el atentado criminal, por varias personas, en un vehículo en movimiento y con armas de largo alcance, demandaba estar al tanto de las labores investigativas, siendo inaceptable «esperar meses y meses para que pocos actos se evacuaran, dando al traste con lo que esos actos pudieran arrojar para poder seguir investigando».

Así mismo, en su concepto, no tiene asidero la sentencia al afirmar que el Dr. MARTÍNEZ MENDOZA estuvo atento al desarrollo del programa metodológico, porque el primer policía judicial asignado, Daniel Francisco Cabeza García, estuvo incapacitado dos meses, interregno en el que ordenó la entrega del vehículo involucrado en los sucesos y por ende, si se mantuvo al tanto, como lo predica el Tribunal, necesariamente debió percatarse de tal situación. De hecho las diligencias fueron evacuadas por un servidor distinto, Yilmar Arias García, después del mes de junio de 2008 y con él tampoco podía comunicarse, pues en el

mes de julio de esa anualidad el fiscal disfrutó de vacaciones.

En este sentido, manifiesta que no se trataba de resolver el caso en diez días, «se trataba de que en los meses siguientes, abril, mayo y junio de 2008, se hiciera el control a esas órdenes emitidas, se hiciera el seguimiento normal y evidente que la naturaleza de los hechos averiguados requerían», por lo que le era imperativo cumplir con su deber funcional y más aún cuando en todo ese lapso existía la posibilidad de comunicarse con la policía judicial, para establecer sus avances.

En cuanto al aspecto subjetivo de la infracción, dice, la experiencia del Dr. MARTÍNEZ MENDOZA le permitía estar al corriente del mandato de control y seguimiento que surgió con posterioridad a la culminación del término fijado en el programa metodológico, su carga laboral no era obstáculo y la entrevista al sobreviviente del atentado no ameritaba dificultad. «Si se hubiera hecho el control desde el mes de abril de 2008, para finales de mayo de 2008 se hubieran evacuado las diligencias, teniendo en cuenta los tiempos que le llevó a Arias García evacuar lo que inició en julio».

Por consiguiente, deprecia a la Corte revocar la sentencia y en su lugar dictar condena.

LOS NO RECURRENTES

La defensa solicitó que el recurso se rechace por extemporáneo al no ser interpuesto en la oportunidad procesal prevista para el efecto, esto es, en la audiencia de lectura de fallo. Señaló que la fecha de esa diligencia se fijó con la debida antelación y las partes se mostraron de acuerdo, entonces, pese a que la Fiscalía allegó petición para que se reprogramara por virtud de una comisión, a la cual no dio respuesta el Tribunal, discrepa del criterio de esa Corporación que halló justificada su ausencia y optó comunicar la decisión con miras a su eventual apelación, la cual, a la postre, se presentó y sustentó.

Pone de relieve que a través de derecho de petición dirigido a la Fiscalía pidió información

acerca de los motivos de la inasistencia, indicándose que se relacionaban con un evento académico. Por ende, citando jurisprudencia, anota que su delegado debió prever tal situación y ejercitar medidas de choque, de manera que ha de asumir las consecuencias de faltar a la audiencia.

En subsidio, solicitó ratificar el proveído confutado, pues calificó deficiente la sustentación de la alzada y además esta no se compadece con las pruebas aportadas al plenario, toda vez que en el juicio Daniel Francisco Cabeza García declaró que el fiscal, previo a su accidente, lo contactó para coordinar el avance de la investigación, actitud que infirma cualquier dolo en el supuesto retardo de la función pública. Esta circunstancia la corroboró el investigador Yilmar Arias García, pese a que en su testimonio no recordó con precisión las fechas en que entablaron conversaciones sobre el tema.

Aunado a lo anterior, estima que el recurrente desconoce la realidad en la que el acusado desempeñaba su labor, es decir, con escasos medios a su alcance, abocado a otros casos de connotación, la sección de criminalística se centralizaba en Riohacha estando él en Fonseca y los pocos funcionarios de policía judicial disponibles también debían atender diferentes misiones de trabajo.

Concluye que la polémica del impugnante no supera una visión subjetiva del asunto, «toda la argumentación está orientada a lo que se dejó de hacer pudiendo hacerse -bajo su perspectiva personal-, o lo que pudo hacerse mejor, y no se hizo», siendo esta postura insuficiente para la configuración del ilícito por el que se convocó a juicio y que no se materializa de manera culposa ni a título de dolo eventual, como parece entenderlo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en las diligencias, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 32, numeral 3.º, de la Ley 906 de 2004, al recaer en una decisión emitida en primera instancia por el Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Riohacha en virtud de la calidad foral -Fiscal Seccional- que le asiste al Dr. RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA (artículo 34, numeral 2.º, ibídem), condición acreditada en la actuación y sobre la cual no existe controversia alguna.

2. Ahora, pese a la inconformidad de la defensa con el criterio del a quo que consideró justificado el motivo esgrimido por el delegado de la Fiscalía para ausentarse de la audiencia de lectura de fallo,⁸ diligencia llevada a cabo el 1.º de septiembre de 2016, la interposición de la apelación fuera de dicha oportunidad no resulta extemporánea, en tanto se dio en el marco de la hipótesis prevista en el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.⁹

La dinámica en la que se suscitó la presentación de la solicitud de aplazamiento y la manifestación del funcionario que la invocó, a la postre corroborada por la defensa,¹⁰ dieron paso a que el juez colegiado advirtiera la configuración de un contexto excepcional frente al principio de oralidad que motivó a que se diera lectura a la sentencia de primera instancia pese a la ausencia de los delegados de la Fiscalía y la Procuraduría. En ese orden, para solventar la posibilidad de recursos contra la misma y más aún cuando ya había anunciado su sentido absolutorio, dispuso comunicarla a través de oficios librados por la secretaría de esa Corporación,¹¹ librados al día siguiente, allegándose la sustentación de la alzada en debida forma.

Entonces, no se aprecia irregularidad alguna sobre el particular ante la convergencia de esta situación coyuntural, que dio cabida a una figura residual y válida prevista en la legislación procesal penal (cfr. CSJ SP, 21 Sep. 2011, rad. 36023).

Así mismo, pese a que el método argumentativo acometido en la apelación no es propiamente un modelo a seguir por razón de la innecesaria transcripción del fallo y de las estipulaciones probatorias -sugiriendo el no recurrente que debe declararse desierta por falta de sustentación-, se postulan premisas mínimas que delimitan la inconformidad por cuenta del retardo en que, asevera el delegado de la Fiscalía, incurrió el acusado en la

dirección de una investigación a su cargo, de cara al lapso temporal que fijó a la policía judicial para la obtención de diversa información.

De este modo, se advierte una discusión jurídica precisa, por lo que el análisis de su hipotética validez contrastada con la decisión objeto de censura, constituirá el tema a dilucidar por la Corte.

3. Con esta salvedad, la Sala anticipa que la providencia impugnada será confirmada, por las siguientes razones:

3.1. La tipicidad, entendida como la definición que hace la ley penal en forma inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales del comportamiento que la normatividad reputa contrario a derecho, contrae un doble cariz que ha indicado la jurisprudencia y la doctrina se compone del tipo objetivo y subjetivo.

El tipo objetivo, se vincula a la acción catalogada ilícita e incluye los aspectos descriptivos y normativos que deben concurrir para que una conducta específica se ajuste a aquella previamente determinada como punible.

Respecto del prevaricato por omisión, ha dicho la Corte que se trata de un tipo objetivo compuesto en la medida en que abarca diferentes núcleos rectores (omitir, retardar, rehusar y denegar) alrededor de los cuales puede construirse una imputación jurídico penal independiente. Y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, retardar, modalidad de reproche endilgada al Dr. MARTÍNEZ MENDOZA, equivale a «diferir, detener, entorpecer, dilatar». Desde esta óptica, la mora ilegal aludida por el recurrente tan solo es aparente, con lo que se descarta la configuración de la tipicidad objetiva.

3.1.1. No existe discusión en cuanto a que el fiscal primero seccional de Fonseca RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA, el 11 de abril de 2008, le dio diez (10) días a la policía judicial para que llevara a cabo actos de investigación relacionados con el ataque en el que

se segó la vida de Henry Ustariz Guerra y Wilfredo Fonseca Sarmiento.¹² Así mismo, que el informe correspondiente se allegó solo hasta el 8 de agosto de 2008.¹³

La Fiscalía se restringe a subrayar el llano transcurso formal de los diez días en cita, sin que aquel se rindiera, como circunstancia que materializa el tipo penal, pero no acredita cómo el Dr. MARTÍNEZ MENDOZA detuvo, entorpeció o dilató las actividades investigativas ordenadas en el programa metodológico y sobre todo pasa por alto diversos elementos de juicio que concurren a explicar dicho escenario, más allá de la perspectiva abstracta y sesgada proijada en la alzada.

En el juicio oral, el investigador Daniel Francisco Cabeza García reportó que realizó los actos urgentes en esa actuación y que una vez se le encargó con la misión de trabajo en cuestión, desplegó gestiones para dilucidar lo ocurrido, en especial, tendientes a determinar los responsables del ataque. Manifestó que como se acostumbra en este tipo de casos, se entrevistó con los familiares de los occisos a fin de obtener datos que permitieran orientar las pesquisas, sin embargo, la colaboración de éstos fue nula.

También relató que como los hechos se dieron en un sitio despoblado, vía nacional, no pudo contactar moradores en la zona que se hubieren percatado de los mismos y dio cuenta de cómo para la época sufrió un grave accidente de tránsito que le impidió continuar con esa labor.

De otro lado, afirmó que previo a su accidente el fiscal primero seccional de Fonseca, RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA, se comunicaba con él a efectos de constatar el estado de las averiguaciones, en las cuales no avanzó mucho por razón del contexto reseñado en precedencia:

«Hacia llamadas, me citaba [...] como le digo, como nos encontrábamos mucho porque eso era ahí mismo en el pueblo y yo iba mucho a la Fiscalía [...] nosotros teníamos que ir casi que constante allá, pues preguntaba cómo iba la cuestión [...]. Me llamaba, me preguntaba

y cuando iba a hablar al despacho de él qué cómo iban las investigaciones y empezaba a hacer ese tipo de preguntas. PREGUNTADO: Cuándo lo llamaba, cómo, adónde lo llamaba. CONTESTO: A mi teléfono. PREGUNTADO: Que le decía [...]. CONTESTÓ: Qué cómo estábamos y yo le dije que ajá, que estábamos revisando las cuestiones, pero que estaba así, o sea, lo poco que se podía, que era citar la esposa del señor y hacer labores como para tener en sí indicios, pero nada [...].14

Además señaló que para esa época tenía a su cargo otras investigaciones y que el tiempo, como los recursos disponibles, eran escasos de cara al cúmulo de tareas que tenía asignadas.

Por ende, si no se allegó el informe en el término otorgado lo fue por razones ajenas a la voluntad del fiscal acusado, en particular, por los escasos elementos de juicio que se tenían acerca de los móviles del crimen a causa del resquemor que predominaba en la zona donde se perpetró, lo que se constata, verbi gratia, en la entrevista que el subintendente Cabeza García le recibió a Yandra Brito Carrillo, cónyuge de Henry Ustariz Guerra, el 17 de abril de 2008. En el formato respectivo, aparece lo siguiente:

«PREGUNTADO: Diga usted si su esposo alguna vez fue objeto de amenazas por parte de algún grupo armado ilegal. CONTESTÓ: Nunca. PREGUNTADO: Diga usted si su esposo tuvo alguna vez problemas personales con alguna persona. CONTESTÓ: Nunca. PREGUNTADO: Tiene usted sospecha de alguna persona capaz de causarle daños a su esposo. CONTESTÓ: No. PREGUNTADO: Diga si alguna vez usted o algún miembro de su familia (sic) hayan recibido amenaza por parte de algún grupo al margen de la ley. CONTESTÓ: Nunca [...].15

De igual modo, con este testimonio se evidenció que el Dr. MARTÍNEZ MENDOZA sí estuvo al tanto de la dirección de la investigación al requerir a la policía judicial por resultados en el interregno temporal resaltado por la Fiscalía, (resultados que a la postre fueron precarios), y

que el investigador designado tuvo un accidente que le impidió continuar con sus gestiones.

3.1.2. La Sala ha decantado tratándose del prevaricato que el estudio de la infracción debe hacerse mediante un juicio ex ante, o sea, a partir de las circunstancias en las que el operador jurídico se encontraba al momento en que debía cumplir con su función legal: «para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora» (Cfr. CSJ SP, 27 Jun. 2012, rad. 37733).

Entonces, en esa línea de pensamiento, no puede pasar desapercibido que en este asunto el paso de los diez (10) días en comento, obedeció a diversas vicisitudes que estaban fuera del ámbito de acción de los servidores públicos llamados a la verificación del programa metodológico.

Para ahondar más en este punto, vale la pena traer a colación el informe «privado y confidencial» del 22 de agosto de 2008, dirigido por el director del CTI de Riohacha a la Directora Nacional con ocasión de la audiencia que solicitó la señora Yandra Cecilia Brito Carrillo con el Fiscal General «para denunciar directamente a los autores del asesinato de su esposo Henry Ustariz Guerra», donde consta:

«Antes de iniciar su relato, la entrevistada es enfática en advertir que denunciará los hechos pero que la dirección de la investigación sea asumida por un fiscal designado directamente por el Fiscal General, que no tenga ningún nexo con el departamento de La Guajira y que le garantice a ella y a su familia la imparcialidad y la protección para sus vidas. Ella denuncia como autor intelectual del crimen, al señor Juan Francisco Gómez Cerchar, alias “Quico Gómez”, quien además, después de la muerte de su esposo, le ha hecho llegar

mensajes amenazantes, a través del actual alcalde, Juan Carlos León Solano y el presidente del Concejo Municipal de Barrancas Augusto Hernández Ureche. Dichos mensajes consisten en advertirle que se abstenga de hacer alguna “vuelta” para vengar la muerte de su esposo, porque de lo contrario la manda a matar a ella y a sus hermanos [...].

CONCLUSIONES:

Es evidente que existe en la región un temor o prevención a hablar sobre las personas que aquí se han mencionado como posibles partícipes en el crimen del señor Henry Ustariz Guerra, pero es igualmente inocultable que se les endilga labores de sicariato, narcotráfico, hechos turbios y responsabilidad como partícipes en los dos hechos de sangre que coinciden en el modus operandi, antes tratados.

Las condiciones para que esta investigación sea adelantada por un fiscal de esta seccional, no está exenta de la capacidad de infiltración, intimidación, amedrentamiento o soborno que tiene en el departamento el señor Gómez Cerchar [...]».¹⁶

En consecuencia, carece de respaldo probatorio la presunta desidia del implicado en exigir la consecución de actos investigativos transcurridos los diez días iniciales otorgados a la policía judicial para el efecto, ya que la alegada omisión no existió y confluieron circunstancias que conspiraron contra el recaudo de lo ordenado, por lo menos en ese lapso y en el inmediatamente posterior.

3.1.3. De igual modo, es infundada la aseveración del apelante en cuanto a que el acusado contaba con suficiente policía judicial para esclarecer lo ocurrido, toda vez que la Unidad Básica de Investigación Criminal de Fonseca para esa fecha estaba integrada por cuatro subintendentes y seis patrulleros¹⁷ que como lo mencionaron los deponentes Cabeza García y Arias García tenían a cargo múltiples investigaciones, por lo tanto, no todos podían dedicarse únicamente a dicho asunto.

Ahora, aun cuando en el informe del director del CTI de La Guajira anotado en precedencia se consigna que las averiguaciones desplegadas por la Fiscalía Seccional de Fonseca ante los homicidios habían sido nulas, tal aserto no se ajusta a las constancias allegadas a este trámite, al avizorarse que se le recibió entrevista a la esposa de unos de los occisos y que se cumplieron otras acciones encomendadas en ese interregno -por ejemplo, las pericias dispuestas respecto de los vehículos involucrados y varios exámenes de balística-, siendo una cuestión distinta que no se hayan obtenido los resultados que el recurrente reclama, se recalca, desde una perspectiva alejada de las condiciones objetivas en las que el procesado desempeñaba su función y de las variables que rodeaban el pronto esclarecimiento de los hechos, por lo menos en los citados diez (10) días.

3.2. Adicionalmente, tampoco concurren visos asociados a la materialización del tipo subjetivo, es decir, el dolo, como única modalidad de comisión del delito de prevaricato por omisión, entendido este como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo.

El investigador Yilmar Arias García, se encargó de plasmar en declaración cómo una vez retomó los actos investigativos cumplidos por su compañero Cabeza García, el fiscal MARTÍNEZ MENDOZA siguió al tanto del desarrollo de las pesquisas, desvaneciéndose así el atribuido ánimo dilatorio a la hora de gestionar su oportuna consecución.¹⁸

De otro lado, su informe del 8 de agosto de 2008, convalida el contexto de intimidación y prevención hacia las autoridades que entorpecía una diligente labor, al igual que el cumplimiento de algunas tareas contempladas en el programa metodológico del 11 de abril de ese año:

«[...] Mediante solicitud al técnico en automotores se realizó experticio técnico al rodante donde iban las víctimas y posteriormente fue entregado.

Se realizó entrevista por parte del señor subintendente Daniel Cabeza García a la señora Yandra Cecilia Brito Carrillo, no se pudo entrevistar al actual alcalde y tampoco al señor

patrullero Luis Mariano Vega Mejía, pese a sus heridas [...].

Mediante solicitud al técnico en automotores se realizó examen a las improntas del rodante incinerado logrando establecer (sic) mediante el perito, presume ser un vehículo marca Ford no siendo posible determinar el color, modelo ni propietario.

Se realizó experticio técnico a las armas halladas en el lugar de los hechos por parte del técnico en balística (sic) a lo cual se anexa.

Se le solicitó al cuerpo técnico de investigación CTI verificar las llamadas entrantes y salientes que existen en el celular V3 hallado en el lugar de los hechos en espera de respuesta.

Mediante nuevas órdenes a policía judicial donde ordena realizar entrevista a la señora Yandra Cecilia Brito Carrillo, al actual alcalde de Barrancas y al señor patrullero Luis Mariano Vega Mejía, se logró lo siguiente:

* El día 08-08-08 nos desplazamos hasta el municipio de Barrancas con el fin de entrevistarme con la señora Yandra Cecilia Brito Carrillo, la cual en entrevista sostenida manifestó no declarar porque todo el mundo sabe quién mató a su esposo y la fiscalía no ha hecho nada con respecto al caso pero ella tampoco quiso decir quien lo mató y que le daba miedo declarar con la fiscalía de Fonseca.

* Se logró entrevistar al señor alcalde de Barrancas Juan Carlos León Solano, el cual manifestó en dos renglones no saber nada del caso ni de los posibles autores ni móviles y que sea la fiscalía la que investigue.

* No se pudo entrevistar al patrullero Luis Mariano Vega Mejía ya que se encuentra laborando en la ciudad de Riohacha, por tal motivo se ofició al señor capitán Carlos Andrés Correa comandante de la Sijin Guajira para que ordenara a quien corresponda realizarle la entrevista y estamos en espera de respuesta».19

Se tiene entonces, que en el juicio se auscultaron las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a los sucesos que soportaron la acusación por el delito de prevaricato por omisión en contra del Dr. MARTÍNEZ MENDOZA, reconstruyéndose un escenario fidedigno que descarta la presencia de retardo doloso de su parte en la dirección de la investigación de los hechos en los que perdió la vida el señor Henry Ustariz Guerra, su escolta Wilfredo Fonseca Sarmiento y donde resultó herido su compañero Luis Mariano Vega Mejía.

Se demostraron en ese entorno factores intrínsecos a la labor de la Fiscalía -la falta de medios suficientes-20 y extrínsecos a lo que podrían denominarse los lineamientos convencionales de cualquier investigación -el temor de las personas llamadas a brindar información,21 al igual que el modo en que se perpetró el crimen-22, que incidían en la pronta resolución del caso. En consecuencia, la ausencia de resultados válidos bajo la óptica del fiscal acusador (quien enarbola a efectos de endilgar juicio de reproche una postura ideal basada en lo que, desde su punto de vista, debía haberse hecho, alejado de la realidad en la que el implicado estaba inmerso), no conlleva la materialización de los cargos que formuló.

4. Recapitulando, resulta palmario que los argumentos encaminados a la revocatoria de la decisión absolutoria son baladíes, porque en ningún momento desvirtúan la tesis del Tribunal que en forma consistente con la actuación procesal, concluyó que en este evento el comportamiento del Dr. RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA no configuró en sede de

tipicidad objetiva ni subjetiva el delito de prevaricato por omisión.

En este aspecto se evoca su estadística²³ pero no se hace un ejercicio intelectual que enseñe porqué ese reporte administrativo se asociaría a la omisión enrostrada, al no cotejarse ese rendimiento funcional de cara a este asunto, ni con la producción cuantitativa o cualitativa de otros despachos del mismo nivel en la citada localidad, en orden a evidenciar que el Fiscal Primero Seccional de Fonseca podía dedicarse en absoluto al caso y que dolosamente no lo hizo. Por el contrario, esos guarismos demuestran que la investigación de marras no era el único trámite a su cargo.

Es más, al predicar la Fiscalía en abstracto que el procesado infringió su deber funcional, se entrevé que asimila la comisión de una hipotética falta disciplinaria con un ilícito penal, incluso, edifica en apartes de la alzada su censura desde la imprudencia. Esta confusión conceptual es muestra representativa de lo infundado del recurso y así, conforme se anticipó, la determinación atacada será confirmada.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

CONFIRMAR la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha -Sala Penal- el 1.º de septiembre de 2016, a favor de RAFAEL EDUARDO MARTÍNEZ MENDOZA.

Contra esta decisión no procede ningún recurso

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folio 23 cuaderno actuación.

2 Cfr. Fl. 33 y siguientes ibídem.

3 Cfr. Fl. 68 ídem.

4 Cfr. Fl. 93 id.

5 Cfr. Fl. 118 id.

6 Cfr. Fl. 160 id.

7 Cfr. Fl. 166 id.

8 «Comisión los días 30 de agosto de 2016 y los días 1 y 2 de septiembre de 2016 para la ciudad de Medellín, hecho que me confirmaron cuando ya había sido fijada la fecha en este asunto para el día 1 de septiembre de 2016» (Cfr. Fl. 165 c.a).

9 «Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados [...]. En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En ese evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación [...]».

10 El Fiscal 67 Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá señaló que para el instante en que se fijó la diligencia no tenía conocimiento con respecto a si su permiso para asistir al XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal a celebrarse en la misma fecha en la ciudad de Medellín había sido aprobado (Fl. 275 cuaderno apelación), lo cual sucedió con posterioridad, según se deduce del oficio 9582 del 26 de septiembre de 2016, suscrito por la Subdirección Seccional de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana de Bogotá (Fl. 7 cuaderno Corte)

11 Cfr. récord 2:40 y s.s. audiencia del 1.º de septiembre de 2016.

12 Estipulaciones probatorias 8 y 10. Se dispuso «1. Acreditar la procedencia del rodante incinerado, teniendo en cuenta sus guarismos reportados en las improntas, practicar experticio técnico al vehículo donde iban las víctimas, a fin de establecer su originalidad y a las armas de fuego que se hallaron en el lugar del hecho, para establecer sus características generales y demás aspectos que interesen. 2. Realizar entrevistas al alcalde de Barrancas, la viuda Yandra Brito Carrillo, al agente herido patrullero Luis Mariano Vega Mejía, para que digan qué saben sobre los móviles y autores intelectuales y materiales del doble homicidio. 3. Entrevistar a los soldados que avisaron sobre la presencia del carro que después fue incinerado por el

corregimiento de San Pedro, para que digan qué observaron, cuántas personas iban, si escucharon disparos y qué destino cogieron esas personas luego de abandonar el carro, si vieron alguna placa a ese carro, etc. 4. Establecer el propietario del carro incinerado, dónde estaba matriculado, si era de procedencia venezolana o colombiana, qué concesionario lo importó y lo vendió, y además, establecer con el mismo perito de balística si la vainilla hallada cerca del carro quemado fue percutida con la misma arma o armas que percutieron las vainillas halladas en el lugar del hecho. 5. Establecer mediante perito si con la pistola hallada en el lugar de los hechos se percutieron algunas de las vainillas encontradas en el mismo lugar del suceso. 6. Allegar las necropsias y someter a reconocimiento médico legal al agente de policía que resultó herido y allegar la historia clínica desde el centro médico donde ha sido atendido. 7. Establecer o verificar mediante perito idóneo del CTI Riohacha, las llamadas entrantes y salientes que existan en el celular marca Motorola V3 color gris, hallado dentro del rodante donde iban las víctimas. 8. Entrevistar a las personas que sean mencionadas por otras entrevistadas que tengan información sobre autores y móviles».

13 Estipulación 20.

14 Cfr. sesión de juicio oral del 10 de agosto de 2016, récord 1:42:50 y s.s.

15 Estipulación 12.

16 Estipulación 24.

17 Estipulación 25.

18 Cfr. sesión de juicio oral del 10 de agosto de 2018, récord 2:33:15 y s.s.

19 Estipulación 20.

20 El patrullero Yilmar Arias García indicó que las labores de criminalística, tales como los estudios de balística, debían agotarse en Riohacha (audiencia 10 de agosto de 2016, récord 2:43:10 y s.s).

21 En el citado informe «privado y confidencial» del CTI, obra que el comandante de policía del departamento de La Guajira «coincide en la misma apreciación de tener conocimiento por rumores en la población, que señalan a “Quico Gómez”, Marco Figueroa y “Perra Ñata” como los autores del crimen de Henry Ustariz Guerra, que en efecto, se tiene conocimiento por inteligencia de la banda de sicarios que comanda “Marquitos Figueroa”, pero que no existe hasta el momento ningún elemento material probatorio, evidencia física o denuncia directa o indirecta, que permita judicializar a esas personas por este hecho» (estipulación 24).

22 «[...] íbamos por la altura del kilómetro 13, en cercanías al motel Hawai, fuimos interceptados por un vehículo Ford Explorer de color azul placas colombianas, los ocupantes del vehículo nos dispararon indiscriminadamente [...] no sé cuáles fueron los móviles, estos señores a mí nunca me dijeron que tenían amenazas ni sabía si tenían nexos con algún grupo ilegal o delincuencial [...] eran cuatro particulares, características físicas así no les alcancé a ver, ellos tenían la cara (sic) encapuchada, llevaban medias veladas en la cara [...] era una camioneta [...] de placas colombianas no alcancé a ver las letras ni los números [...] no pronunciaron ni una palabra [...]». Entrevista de Luis Mariano Vega Mejía del 11 de agosto de 2008 (estipulación 21).

23 Estipulación 26.