

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP340-2018

Radicación No. 49760

(Aprobado Acta No. 054)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la Fiscalía contra la sentencia absolutoria que el 12 de octubre de 2016 profirió una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta a favor de José Luis Alvear Arrieta.

HECHOS

José Luis Alvear Arrieta, en condición de Fiscal 33 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta, conoció del sumario 48446 seguido contra Yovani Pabón Cárdenas, como presunto autor de los delitos de homicidio y lesiones personales, por hechos ocurridos en la madrugada del 11 de enero de 2004, en los que, como consecuencia de varios disparos de arma de fuego, se presentó la muerte de Jerson Manuel Cortés González y Oliva Osorio Ramírez resultó herida. Los días 25 de mayo y 23 de julio siguientes, dicho funcionario decretó el cierre y la preclusión de la investigación respectivamente, por considerar que no existían pruebas que permitieran llevar a juicio al indiciado.

El 25 de marzo de 2009, la Fiscalía 52 Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá compulsó copias para que se investigara la aparente responsabilidad penal del fiscal José Luis Alvear Arrieta, dado que, según una publicación de la Revista Cambio, en el allanamiento de un inmueble se encontraron documentos de la nómina de abogados del reconocido paramilitar Rodrigo Tovar Pupo, alias “JORGE 40”, en los cuales se anotó un supuesto pago a su favor para que en la prenombrada actuación otorgara la libertad a Yovani Pabón Cárdenas, quien también estaba vinculado a las Autodefensas Unidas de Colombia.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En resolución fechada 30 de abril de 2014, la Fiscalía Tercera Delegada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta decidió:

a. Acusar a José Luis Alvear Arrieta como presunto autor del delito de prevaricato por acción, pues las resoluciones en que dispuso el cierre y la preclusión de la investigación son manifiestamente contrarias a derecho, dado que no se había vencido el término legal de la etapa de instrucción ni recaudado la prueba necesaria para calificar el mérito del sumario surtido contra Yovani Pabón Cárdenas.

b. Anular parcialmente el cierre de la instrucción y continuar la investigación respecto de los aparentes delitos de concierto para delinquir y cohecho propio.

c. Decretar la ruptura de la unidad procesal.

José Luis Alvear Arrieta interpuso reposición y, en subsidio, apelación contra la resolución de acusación. El 12 de junio de 2014, se resolvió desfavorablemente el recurso horizontal y, además, se adicionó la circunstancia de agravación prevista en el artículo 415 del Código Penal; el 28 de noviembre siguiente, la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia confirmó el pliego de cargos.

d. La etapa de la causa correspondió a una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, la cual el 12 de octubre de 2016 absolvió a José Luis Alvear Arrieta. La Fiscalía apeló la sentencia y el recurso se concedió, en el efecto suspensivo, ante la Sala de Casación Penal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo realizó un recuento detallado de la indagación 48446 adelantada contra Yovani Pabón Cárdenas en la Fiscalía 33 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta y profirió sentencia absolutoria por considerar que la conducta del fiscal José Luis Alvear Arrieta es atípica tanto en el aspecto objetivo como en el subjetivo, dado que las resoluciones de cierre y preclusión de la investigación que profirió no son manifiestamente contrarias a derecho y, además, se demostró la ausencia de dolo. Al efecto, expuso:

1. El artículo 393 de la Ley 600 de 2000 dispone que el cierre de la instrucción procede cuando se tienen las pruebas necesarias para calificarla o se vence el término legal previsto en el artículo 329 ibídem, el que para el caso concreto, por tratarse de un acusado y menos de tres delitos, era de 18 meses. El fiscal José Luis Alvear

Arrieta culminó la investigación a los 4 meses, ya que para ese momento contaba, entre otros medios de conocimiento, con la indagatoria de Yovani Pabón Cárdenas, el informe de la captura, el resultado negativo de la prueba de absorción atómica y las declaraciones de Gustavo Antonio Asis Granados, policía que efectuó la aprehensión, Oliva Osorio Ramírez, víctima, y las menores Yiris y Lucelly Barliza Polo, acompañantes del investigado, con lo cual consideró que podía calificar el mérito del sumario,

La Fiscalía no demostró que el recaudo de otras pruebas hubiera cambiado la decisión de decretar el cierre de la indagación y de las que menciona como faltantes se aprecia que:

a. Los policías Elvis García Rodríguez y Jesús González no acudieron a declarar pese a ser citados de manera reiterada, su ausencia no tuvo trascendencia porque con el informe de la captura y la versión del uniformado que lo realizó - Gustavo Antonio Asis Granados -, se establecieron las circunstancias relacionadas con la aprehensión de Yovani Pabón Cárdenas.

b. Oliva Osorio Ramírez resultó herida en una pierna, recibió atención médica, se le dio de alta una hora después y no acudió a la valoración que dispuso la Fiscalía instructora en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Se requería querrela de parte, dado que no se estableció una incapacidad superior a 60 días o alguna secuela.

c. La declaración de Oliva Osorio Ramírez presentó varias inconsistencias, tenía

dudas respecto de las características del agresor y , en consecuencia, el fiscal José Luis Alvear Arrieta decidió no ordenar diligencia de reconocimiento fotográfico o en fila de personas. Esa determinación puede calificarse de acertada o errada, pero no de ser una irregularidad sustancial producto de un interés corrupto del funcionario.

d. No se puede reprochar al fiscal José Luis Alvear Arrieta el omitir un cotejo balístico al proyectil recuperado en el lugar de los hechos, puesto que no se tenía información de armas sospechosas.

2. El fiscal José Luis Alvear Arrieta decretó la preclusión de la investigación sustentando que no existían pruebas que permitieran llevar a juicio a Yovani Pabón Cárdenas, ese motivo no se adecúa a las causales que para dicho fenómeno jurídico contempla el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, pero se infiere que su decisión obedeció a que estimó demostrado que el sindicato no cometió las conductas punibles objeto de indagación, lo cual realizó amparado en los principios de autonomía e independencia judicial, mediante una interpretación razonable que no es manifiestamente contraria a la Ley y, por ende, no estructura el delito de prevaricato por acción.

No se podía emitir resolución de acusación contra Yovani Pabón Cárdenas porque las pruebas no demostraban su compromiso de responsabilidad. Nótese, i) en la indagatoria el sindicato negó su participación en los hechos juzgados y su versión fue respaldada por las menores Yiris y Lucelly Barliza Polo, las cuales afirmaron que estaban con él en el momento de los acontecimientos, no observaron que cometiera algún delito y su captura obedeció a que portaba una camisa de color azul; ii) el agente Gustavo Antonio Asis Granados

manifestó que efectuó la aprehensión por los señalamientos que hizo la ciudadanía, observó que Yovani Pabón Cárdenas le entregó un objeto a una persona que iba en una motocicleta, no lo vio disparando y no portaba armas de fuego; iii) Oliva Osorio Ramírez señaló que no percibió quién disparó ni el arma que utilizó, solo logró ver las facciones de un sujeto moreno, de cabello corto y sin bigote, pero no vislumbró su cuerpo ni su vestimenta; iv) el dictamen de absorción atómica dio resultado negativo y en su contenido se precisó que entre los metales encontrados no existe relación compatible con residuos de disparo en mano.

3. La decisión de decretar la preclusión de la investigación no obedeció a un actuar doloso del fiscal José Luis Alvear Arrieta, no se demostró la compensación económica que supuestamente se le otorgó y, además, se acreditó que para el momento en que calificó el mérito del sumario existía un plan de descongestión ordenado por la Dirección Seccional de Fiscalías de Magdalena. En el punto, argumentó:

a. No se demostró la aparente gratificación por parte de las Autodefensas Unidas de Colombia y la prueba de su inexistencia es que la Fiscalía precluyó la investigación que surtió contra José Luis Alvear Arrieta como presunto autor de los delitos de concierto para delinquir y cohecho propio.

Únicamente se aportó a la actuación el reportaje de la Revista Cambio, no se obtuvo ninguna información del hallazgo del documento en que se menciona la nómina de funcionarios corruptos que incluye al acusado y no fue posible recibir los testimonios de alias “JORGE 40”, líder del grupo armado que supuestamente pagó la retribución ilícita, Guillermo Rafael Luna Arroyo, abogado que actuó como defensor en la indagación 48446 de

la Fiscalía 33 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta, y Yovani Pabón Cárdenas, indiciado en dicha investigación, toda vez que el primero se negó a declarar, el segundo fue asesinado y del tercero no se logró establecer su ubicación.

Por la aparente información falsa que afectaba su buen nombre, el fiscal José Luis Alvear Arrieta denunció al abogado Guillermo Rafael Luna Arroyo como responsable de los delitos contra la integridad moral, su compañera permanente, Nancy Beatriz de La Cruz, y un colega litigante, Farid Enrique Tapias Pérez, afirmaron en sus declaraciones que cuando salió el referido reportaje aquél les manifestó que su relación con dicho funcionario era estrictamente profesional y estaba muy apenado con él, dado que se trataba de una persona honesta que nunca le había exigido dinero a cambio de una decisión judicial.

Además, Tapias Pérez resaltó que Luna Arroyo reclutaba abogados para que defendieran a miembros de grupos al margen de la ley y que en algunos procesos que tenían grandes posibilidades de éxito les mentía a sus clientes haciéndoles creer que debían pagar dadas a funcionarios judiciales para que los favorecieran.

b. Margarita Marina Polo Jiménez, asistente de la Fiscalía 33 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta, y Alfonso Giraldo Saavedra, director seccional de fiscalías de la misma ciudad, coincidieron en manifestar que para la época de los hechos se implementó un programa de descongestión y se establecieron unos porcentajes mínimos de evacuación. Por lo tanto, es entendible que el fiscal José Luis Alvear Arrieta cerrara prontamente la investigación con la finalidad de cumplir la meta estadística que se le exigía.

RECURSO DE APELACIÓN

El Fiscal Tercero Delegado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta solicita

que se revoque la sentencia de primera instancia y se condene a José Luis Alvear Arrieta como autor del delito de prevaricato por acción agravado, para lo cual sustenta:

1. Es errado que el a quo estimara que la Fiscalía no aportó las pruebas que faltaron en la investigación surtida contra Yovani Pabón Cárdenas y que ello era necesario para demostrar que la calificación del mérito del sumario debió ser distinta, toda vez que desde que se profirió resolución de acusación contra José Luis Alvear Arrieta se identificaron las siguientes fallas de la cuestionada investigación:

a. Tuvo tiempo suficiente para lograr las declaraciones de los agentes Elvis García Rodríguez y Jesús González, las cuales eran importantes porque participaron en la captura del indiciado y podían aclarar las dudas que tenía el fiscal José Luis Alvear Arrieta respecto de la confiabilidad de las manifestaciones del uniformado Gustavo Antonio Asis Granados.

b. Cuando el fiscal José Luis Alvear Arrieta resolvió la situación jurídica de Yovani Pabón Cárdenas consideró que las declaraciones de Yiris y Lucelly Barliza Polo podían ser interesadas debido a la relación cercana que tenían con el capturado. Por lo tanto, lo correcto era que utilizara el tiempo que restaba del término legal del sumario para establecer si sus relatos eran fidedignos.

c. Oliva Osorio Ramírez fue víctima de lesiones personales y testigo del homicidio, según sus manifestaciones podía identificar al autor del crimen, pero la investigación se cerró sin que ella realizara un reconocimiento en fila de personas y se le practicara la respectiva valoración médico legal.

2. Según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal el estudio de absorción atómica no prueba ni descarta la autoría en el delito, en el caso concreto la Fiscalía de segunda instancia confirmó la resolución de acusación resaltando la evidente necesidad de que el fiscal José Luis Alvear Arrieta hubiere solicitado la aclaración del dictamen. Nótese:

VI RESULTADOS. Se afirma que los parámetros marcados con x son compatibles con residuos de disparo en mano, y resultó positivo para la presencia de tres metales, en ambas manos de Pabón Cárdenas, sindicado de homicidio; sin embargo, se concluye que no existe entre los metales relación compatible estadísticamente con residuos de disparo en mano. Siendo evidente la contradicción y la necesidad de aclararla.

3. La conducta del fiscal José Luis Alvear Arrieta es dolosa por la disparidad entre los efectos que sus acciones produjeron y los que debían darse si hubiere actuado conforme al ordenamiento jurídico. El a quo no tuvo en cuenta el criterio de la Fiscalía Sexta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, la cual al confirmar la resolución de acusación expuso:

Alvear Arrieta es servidor público, y en calidad de Fiscal Delegado profirió las decisiones cuestionadas por contrariar abiertamente el ordenamiento jurídico; sino que, también, se infiere sin dificultad, el compromiso de responsabilidad a título de dolo por conocer que esas

decisiones no se ajustaban a derecho, teniendo en cuenta su amplia experiencia de 25 años en rama judicial como juez y fiscal, frente a lo elemental que resultan los presupuestos legales para cerrar la investigación y el carácter imperativo de la investigación integral, instituciones arraigadas en el procedimiento penal, por lo que no podían desconocerlas, ni evadirlas de buena fe, así como la habilidad que exhibió para precluir la investigación sin comprometerse con ninguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, y evitar pronunciarse de manera alguna sobre el delito de lesiones personales.

Luego, es manifiesto que, si en el proceso 48446 no estaban dados los presupuestos legales para cerrar la investigación, ni para proferir preclusión de la investigación, la explicación de que así haya ocurrido estará en la intención de Alvear Arrieta de favorecer al sindicato Pabón Cárdenas, contrariando voluntaria y abiertamente el derecho que debió aplicar al asunto.

La primera instancia descartó el dolo de José Luis Alvear Arrieta señalando que no se probó la supuesta compensación económica que aparentemente motivó sus ilegales decisiones. Entonces, omitió, en primer lugar, que el delito de cohecho no hace parte de la acusación, y en segundo, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha explicado que para establecer el dolo en el delito de prevaricato por acción no es necesario demostrar el móvil del autor, obsérvese:

El actuar doloso en el prevaricato, como viene en juzgarlo la Sala, requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida y conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia (cfr. sentencia mayo 20 de 1997), pero no es de la esencia de la figura la comprobación de una concreta finalidad, que si bien puede ser relevante en la determinación de la culpabilidad, tampoco su indemostrabilidad conduce

inexorablemente a declarar la falta de responsabilidad en el delito.

La jurisprudencia tiene establecido al respecto que cuando se acredita una especial motivación en haber procedido de manera contraria a la ley se facilita la demostración del móvil, pero también ha dicho que si esto no sucede, ello no significa que el conocimiento y voluntad de trasgredir la ley desaparezca.¹

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia de la Sala.

Esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 75 de la Ley 600 de 2000, tiene la competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia absolutoria que profirió una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta a favor de José Luis Alvear Arrieta. En observancia del principio de limitación, solo se estudiarán los puntos en que se ataca el fallo de primera instancia y los que resulten inescindiblemente vinculados.

2. Mérito de la sentencia absolutoria.

No se advierte ningún error en las valoraciones jurídicas y probatorias efectuadas por el a quo, la sentencia absolutoria se motivó adecuadamente y los argumentos del apelante no tienen la capacidad de derrumbar su presunción de acierto y legalidad.

Como lo consideró la primera instancia, las decisiones de José Luis Alvear Arrieta de cerrar la investigación y decretar preclusión a favor de Yovani Pabón Cárdenas no se pueden tildar de ser manifiestamente contrarias a derecho, dado que obedecieron al legítimo ejercicio de

la autonomía judicial de su cargo de fiscal, fueron congruentes con la afirmación que realizó desde la definición de situación jurídica en relación con la importancia que tenía para la indagación el resultado del estudio de absorción atómica y se sustentaron en una apreciación razonada de las pruebas recaudadas.

La investigación 48446 de la Fiscalía 33 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Marta contiene dos tesis opuestas respecto del supuesto compromiso de responsabilidad penal de Yovani Pabón Cárdenas en calidad de aparente autor material del homicidio de Jerson Manuel Cortés González, la primera, plasmada en el informe de la captura y ratificada en la declaración del agente Gustavo Antonio Asis Granados, señala que la aprehensión se produjo en condición de flagrancia en los términos del numeral 2º del artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, pues el sindicado fue individualizado por la comunidad en el momento de cometer el delito y detenido después de una corta persecución, mientras que la segunda, expuesta por el investigado en la indagatoria y respaldada por las hermanas Yiris y Lucelly Barliza Polo, informa que Pabón Cárdenas es inocente, ya que siempre estuvo con ellas, no portaba armas, no le disparó a ninguna persona y al parecer su captura se produjo porque vestía camisa y pantalón jeans de color azul.

Al definir la situación jurídica de Yovani Pabón Cárdenas el fiscal José Luis Alvear Arrieta optó por aplicar la primera de las referidas versiones, por considerar que no se había desvirtuado la aparente condición de flagrancia en que se efectuó la captura, las afirmaciones de Yiris y Lucelly Barliza Polo podían estar encaminadas a favorecer al sindicado, faltaban las declaraciones de los otros agentes que intervinieron en el procedimiento policial y de la mujer que resultó herida; además, se desconocía el resultado de la prueba técnica de absorción atómica, la cual permitiría establecer si el sindicado accionó o no el arma de fuego.

El agente Gustavo Antonio Asis Granados no mencionó en el informe de la captura ni en su

declaración a ninguno de los supuestos testigos presenciales del homicidio y se limitó a decir que ciudadanos del sector señalaron a Yovani Pabón Cárdenas como el autor del delito. El miedo a sufrir represalias de quienes observaron el crimen no justifica la grave omisión de los policías de no identificar a las personas que presenciaron el ataque y aparentemente individualizaron al agresor, en la medida que su relato era de gran importancia para la actuación penal y sabían que la Fiscalía las podía incluir en programas de protección que garantizaran su seguridad.

Para aclarar las dudas respecto de las situaciones que se presentaron en el procedimiento de captura, el fiscal José Luis Alvear Arrieta ordenó las declaraciones de los agentes Elvis García Rodríguez y Jesús González, los citó varias veces sin lograr que comparecieran.

Por otro lado, Oliva Osorio Ramírez estaba cerca a Jerson Manuel Cortés González en el momento del ataque y resultó herida en una pierna; sin embargo, en su declaración no precisó quién fue el homicida, ya que manifestó que escuchó los disparos y se tiró al suelo, vislumbró el perfil de un hombre joven, pero no lo observó disparando ni tampoco percibió que portara algún arma, lo cual genera dudas de que realmente ese individuo fuera el autor del delito, nótese:

PREGUNTADO: Diga la declarante, ya que usted manifiesta haber estado en el sector de la Caseta Rumbera, donde resultó herida, si usted presencié o vio quién era la persona que hacía los disparos donde resultó muerto el señor Jerson Manuel Cortés González y herida usted. CONTESTÓ: En el momento en que yo me tiro al suelo veo las facciones de una persona, pero no logré ver con claridad, porque fue todo muy rápido. PREGUNTADO:

Explique la declarante qué fue lo que usted vio en esa persona que hacía los disparos, cómo eran sus características físicas, cómo estaba vestido, si le vio el arma. CONTESTÓ: Arma no le vi, era una persona un poco morena, cabello corto, no le vi bigotes, cabello normal, no le alcancé a ver el cuerpo, no recuerdo como estaba vestido.

Posteriormente llegó a la indagación el resultado negativo de la prueba de absorción atómica, el cual utilizó la defensa para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento y, por ende, exigir la libertad del indiciado, a lo que accedió el funcionario instructor al estimar que ya no existían los dos indicios graves de responsabilidad que exigía el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal para la detención preventiva. Siendo congruente con esa decisión, el fiscal José Luis Alvear Arrieta cerró la investigación y decretó su preclusión motivando que:

...abierta la correspondiente investigación penal, el despacho escucha en indagatoria al capturado, el cual indica que tenía como un mes de haber llegado a Cartagena, a pasar vacaciones y visitar a su hermanas que viven en la calle 27 con carrera 27 de esta ciudad, que ese día se encontraba en compañía de su novia YIRIS BARLIZA POLO, de una hermana de ella LUCELYS BARLIZA y una prima YOLANDA GARCES, que estando dentro le presentaron unos muchachos de nombre EDGAR Y JUAN CARLOS en la caseta la Rumbera, que iban saliendo cuando fue capturado por la Policía, ya que decían que el homicida vestía con camisa azul y pantalón Jeans azul, pero que habían muchas personas vestidas así, que él no le pasó ningún objeto a ninguna persona, que al salir con su novia y las otras muchachas escucharon unos disparos, y vieron que la gente corría desesperada, que él no tiene nada que ver con ese homicidio, que no ha matado a nadie.

Escuchada en declaración jurada la joven YIRIS BARLIZA POLO, la cual indica que es novia del procesado al que conoce hace como 15 días, que se conocieron en la Feria que hay por el sector de la playa, que le dijo que estaba recién llegado de Cartagena, que estaba hospedado en el barrio Juan XXIII donde una tía, dice que le dijo que en Cartagena se dedicaba a la venta de bastimento, yuca, ñame, plátano, etc., que el día de los hechos se pusieron de acuerdo para ir a bailar, que se encontraron en la entrada de la caseta con YOVANI, que estaba en compañía de una hermana de ella LUCELYS BARLIZA y una prima YOLANDA GARCES, que estando dentro se encontraron con unos amigos de nombre EDGAR Y JUAN CARLOS, que el baile se terminó como a las 3 de la mañana, que a esa hora salieron

y fue cuando escucharon unos disparos, que la gente salió corriendo de manera desesperada, que ellos iban caminando cuando la policía detuvo a su novio, diciéndole que él era el homicida ya que vestía camisa azul y pantalón Jeans azul, que la gente decía que sí era él el que le había disparado al muchacho, pero ella le decía al Policía que no, ya que había estado en todo momento con ella, y no se habían separado, ni le vio ningún arma en todo el tiempo que estuvieron en el baile.

(...) Es así como teniendo de presente el material probatorio señalado y con base al informe Policivo, consideró el despacho al momento de resolver la situación jurídica podría configurarse una situación de flagrancia, conforme al artículo 345 del CPP, numeral 2, es decir, “la persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho”, cuando como lo indica el informe la ciudadanía señalaba al hoy sindicado como la persona que instantes antes había dado muerte al occiso JERSON CORTES GONZALEZ, que por razones conocidas de temores a represalias no se identificaron, pero sí hacían el señalamiento de la autoría del crimen, además como comunican observaron al imputado cuando hablaba con otro sujeto que se encontraba en una motocicleta vestido con camisa roja y le entregaba un objeto que no alcanzaron a precisar de qué se trataba, sujeto este que al notar la presencia de los uniformados se alejó del lugar; y fíjese que uno de los amigos que dice la joven LUCELYS se encontraba con ellos ese día, estaba vestido con una camisa de ese color - roja -.

A lo anterior, se oponían las declaraciones de las jóvenes YIRIS y LUCELYS BARLIZA POLO, y el dicho del propio sindicado, considerando el despacho que muy posiblemente esas declaraciones podrían en un momento dado considerarse como interesadas en favorecer la situación del procesado, dado las relaciones de tipo sentimental y de amistad que los une, sin embargo, tampoco eran del todo descartables prima facie, máxime que apenas se estaba en los primeros estadios de esta investigación y faltaban pruebas por practicar, y sobre todo no había que olvidar que al sindicado se le había practicado prueba técnica - científica

de absorción atómica como consta en el paginario, sin que hasta el momento se conociera su resultado del laboratorio, que nos vendría a confirmar o descartar si el sindicato disparó arma de fuego antes de ser aprehendido por la autoridad judicial, que por consiguiente, dadas las circunstancias se hacía prudente definir la situación jurídica de este procesado con medida de aseguramiento, conforme al artículo 356 y 357 del CPP, dado que no se ha desvirtuado de manera contundente la situación de flagrancia o cuasi flagrancia en que se había producido esa aprehensión.

Es de anotar que posteriormente y en el decurso del proceso se practicaron otras pruebas; como lo fue la declaración jurada a la señora OLIVA OSORIO RAMÍREZ, la cual resultara herida el día de los hechos, la cual señala que escuchó los tiros, pero se tiró al suelo, que incluso en esos momentos no se dio cuenta que había sido lesionada, pero que no alcanzó a ver a la persona que disparaba, ya que todo fue muy rápido, que no alcanzó a ver cómo estaba vestido.

Por su parte se recibe declaración jurada al agente ASIS GRANADOS GUSTAVO, el cual ratifica lo expresado en el informe policivo, con algunas inconsistencias, como lo son haberse consignado en el informe que la moto que tenía el acompañante del homicida era de alto cilindraje y en su declaración señala que era una moto pequeña, de igual manera afirma en el informe que el sujeto de la moto vestía camisa roja y en su jurada indica que como estaba oscuro no le vio las características, es de anotar que de acuerdo con la crítica del testimonio, la sana crítica, vemos que este testimonio como se dijo antes es inconsistente, pues de acuerdo con el modus operandi de los que se dedican a la actividad del sicariato siempre lo hacen en pareja, el que dispara y el que conduce la moto y espera, siendo así si el hoy imputado hubiese disparado al occiso, y estando el policía a una distancia de 70 metros (más de media cuadra) y luego de realizado ese acto punible al acercarse a su compinche que se encuentra en el velomotor, lógico es que se monte y se vaya con él emprendiendo la huida, ahora si estaba oscuro como dijo en su jurada y a esa distancia la percepción, la observación no es confiable ni fidedigna.

A lo anterior se agrega que allega al proceso, el resultado de la prueba de absorción atómica, con resultado negativo, “sin embargo, NO existe entre los metales relación compatible estadísticamente con residuos de disparo en mano.

Traemos a colación concepto técnico del instituto de Medicina Legal de Barranquilla, suscrito por el perito No. 200-18 EDGAR RAMOS SALDAÑA, el cual indica que los residuos provenientes de la ejecución de un disparo por arma de fuego, están compuestos de partículas muy finas y por ende supremamente volátiles. Por tal razón es recomendable se practique la toma de muestra por el método de absorción atómica, durante las primeras doce horas a partir de la comisión de le hecho que se investiga.

(...) En el caso sub judice vemos, que al procesado se le captura casi simultáneamente a la ocurrencia del hecho 3:00 AM, estando en custodia de las autoridades desde ese momento, haciéndose la toma de muestra para la absorción por parte del CTI, el mismo día a las 10:50 horas, es decir dentro de las doce horas siguientes al hecho...

Y ante la ausencia de pruebas, que permitan incriminar en juicio, se precluirá la investigación conforme al artículo 399 del CPP. (Resaltado ajeno al texto original).

Así las cosas, el fiscal José Luis Alvear Arrieta tenía razones suficientes para concluir que el informe de la captura y la declaración del agente Gustavo Antonio Asis Granados no poseían la capacidad de derrumbar la presunción de inocencia que amparaba al indiciado, toda vez que por el actuar negligente de los policías la supuesta condición de flagrancia no se logró probar, dado que no acudieron a declarar, tampoco recaudaron los datos personales de los testigos presenciales y de la narración del citado uniformado no se comprende por qué Yovani Pabón Cárdenas no huyó en la motocicleta que aparentemente lo esperaba, puesto que sus perseguidores venían a 70 metros de distancia y tuvo tiempo suficiente para entregarle un objeto al conductor del rodante.

Además, se resalta que el relato de Gustavo Antonio Asis Granados respecto de la

individualización del homicida no ofrece claridad, en la medida que en el informe de la captura aseguró que la ciudadanía le dijo que era un hombre delgado que vestía camisa azul y pantalón jeans del mismo color, salieron en su búsqueda y prontamente lo encontraron, mientras que en su declaración aseguró que varias personas señalaron directamente a Yovani Pabón Cárdenas, al decirle que el asesino era el sujeto que se iba a subir a la moto.

Ante tal panorama, la versión exculpatoria de Yovani Pabón Cárdenas cobró fuerza, ya que compaginaba con las declaraciones de las hermanas Barliza Polo y su afirmación de no haber disparado se apoyaba en el resultado negativo de la prueba de absorción atómica, a la cual el fiscal José Luis Alvear Arrieta otorgó total credibilidad. Es cierto que esta Sala ha dicho que el mencionado estudio científico por sí solo no descarta ni demuestra la autoría en el delito; sin embargo, las situaciones propias del caso concreto permiten afirmar que fue correcto el gran el valor probatorio que le asignó el fiscal instructor, en la medida que el indiciado fue capturado instantes después de la ejecución del homicidio, las muestras de sus manos se tomaron antes del término de 12 horas, al parecer se cumplieron con las exigencias técnicas del procedimiento y el gran número de disparos en secuencia² llevan a afirmar que muchos residuos de los componentes de los proyectiles tuvieron que alojarse en las extremidades superiores de quien accionó el arma.

Corolario de lo anotado, son infundadas las críticas que efectúa el apelante respecto de la forma en que el fiscal José Luis Alvear Arrieta dirigió la investigación contra Yovani Pabón Cárdenas. Ahora, de los reproches puntuales que contiene el recurso de alzada interpuesto contra la sentencia absolutoria de primera instancia se estima:

a. No es cierto que José Luis Alvear Arrieta hubiere desconocido la importancia de recibir las declaraciones de los agentes Elvis García Rodríguez y Jesús

González, puesto que los citó en tres oportunidades y en cada comunicación les señaló que existían citaciones anteriores que no habían cumplido. Como se expuso detalladamente en precedencia, las decisiones de clausurar la indagación y decretar preclusión siguieron la línea argumentativa que se plasmó en la revocatoria de la medida de aseguramiento, ya que para el fiscal instructor el resultado negativo de la prueba de absorción atómica derrumbó los indicios referentes a la aparente responsabilidad del investigado y, en consecuencia, ya no tenía objeto insistir en que los citados policías fueran a declarar.

b. Las narraciones de las menores Yiris y Lucelly Barliza Polo no presentaban defectos que permitieran considerar que estaban mintiendo, la duda en relación con la credibilidad de su dicho, referida en la resolución de definición de la situación jurídica, obedeció al vínculo sentimental que las unía con el indiciado, la ausencia de residuos de disparo en las manos de Yovani Pabón Cárdenas llevó a concluir al fiscal José Luis Alvear Arrieta que su dicho era veraz y, por ende, no existían razones para citarlas a declarar nuevamente.

c. Era inoficioso que Oliva Osorio Ramírez efectuara un reconocimiento en fila de personas, dado que, como se explicó en precedencia, ella no individualizó al agresor, simplemente alcanzó a observar el costado de la cara de un hombre y eso era insuficiente para predicar que fue él quien accionó el arma de fuego.

d. La conclusión de la prueba de absorción atómica fue clara y contundente, pues el perito señaló con total precisión que, “No existe entre los metales relación

compatible estadísticamente con residuos de disparo en mano”. Por lo tanto, es infundado que se cuestione que el fiscal José Luis Alvear Arrieta no solicitara la aclaración del dictamen con fundamento en las valoraciones subjetivas que efectuó la fiscalía que confirmó la resolución de acusación proferida en su contra.

e. Es inadmisibile que el apelante para sustentar la supuesta ilegalidad de las decisiones tomadas por el fiscal José Luis Alvear Arrieta y su aparente dolo utilice lo dicho por la fiscalía de segunda instancia en la ratificación del pliego de cargos, puesto que ello conlleva a desconocer la independencia judicial de la Sala de Casación Penal al exigirle que se tenga como correcto cierto razonamiento simplemente porque proviene de una de las fiscalías delegadas ante ella.

f. El a quo correctamente descartó la existencia del prevaricato por acción tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, en la medida que expuso que las decisiones del fiscal José Luis Alvear Arrieta no eran manifiestamente contrarias a derecho y, además, había ausencia de dolo. Así las cosas, es infundado que el recurrente descontextualice la ratio decidendi y formule debate respecto de la no obligatoriedad de demostrar el móvil del autor en el referido delito, máxime cuando ese tema lo trató la primera instancia solo con el propósito de ilustrar la falta de demostración del supuesto actuar corrupto del acusado, al señalar que no se comprobó lo dicho en el reportaje de la Revista Cambio en relación con su supuesta pertenencia a la nómina de funcionarios judiciales que recibían pagos del grupo paramilitar comandado por alias “JORGE 40”.

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

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la sentencia absolutoria proferida a favor de José Luis Alvear Arrieta.

Segundo.- Señalar que contra esta sentencia no procede ningún recurso y ordenar a la secretaría que devuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Luis Antonio Hernández Barbosa

José Francisco Acuña Vizcaya

José Luis Barceló Camacho

Fernando León Bolaños Palacios

Fernando Alberto Castro Caballero

Eugenio Fernández Carlier

Eyder Patiño Cabrera

Patricia Salazar Cuéllar

Luis Guillermo Salazar Otero

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

2 El cuerpo de la víctima tenía siete impactos de bala.