

Proceso N° 11338

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

Aprobado Acta No. 199

Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

VISTOS:

El Juzgado 36 Penal del Circuito de Medellín mediante sentencia del 27 de junio de 1.995 condenó a ANTONIO JOSE DAVID HIGUITA por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal a la pena principal de 50 meses de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, absolviéndolo por el punible de secuestro simple que fuera igualmente objeto de acusación.

Interpuesto contra este proveído el recurso de apelación por el representante del Ministerio Público, la Fiscalía y el defensor, el Tribunal Superior de dicha ciudad mediante fallo del 4 de septiembre de ese mismo año revocó la decisión absolutoria para en su lugar también condenar al procesado por el delito de secuestro simple, fijando definitivamente la pena en 9 años y 6 meses y multa en el equivalente a 110 salarios mínimos legales mensuales y en la misma proporción incrementó la accesoria interdictiva, confirmando en lo demás el fallo.

Oponiéndose a la sentencia de segundo grado el defensor de DAVID HIGUITA interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

El 13 de julio de 1.994 a eso de las ocho de la noche con destino final Barranquilla, salió de la empresa “Expreso de carga” ubicada en la ciudad de Medellín el vehículo camión marca Dodge de placas TK-1609 conducido por Reinaldo Augusto Arbeláez Rendón, siendo escoltado en moto por Wilson de Jesús David Graciano, en compañía de los coteros Willmar de Jesús Hernández Córdoba y Jairo de Jesús Villa Suaza quienes lo acompañarían hasta el Terminal de Transportes, sin embargo, habiendo llegado a este lugar y en momentos en que aquéllos decidieron descender del vehículo fueron abordados por varios hombres y una mujer quienes provistos de armas de fuego con las cuales doblegaron su voluntad, los llevaron hasta el sitio denominado “La Posada del Amor”, en donde permanecieron retenidos por espacio de cuatro horas, apoderándose de mercancías de diversa índole valuadas en más de diez millones de pesos, algunos elementos del camión y la motocicleta. Por estos hechos y gracias a las pesquisas de las autoridades, algunos días después fue capturado ANTONIO JOSÉ DAVID HIGUITA.

En la madrugada del día 14, Reinaldo Augusto Arbeláez Rendón formuló denuncia ante la Fiscalía 175, ordenándose de inmediato la práctica de diligencias previas (fl.5), siendo escuchados en desarrollo de las mismas los testimonios de David Graciano (fl.7), Hernández Córdoba (fl.9) y las del jefe de bodega y el de seguridad de la empresa “Expreso de Carga” Fernando Mauricio Cardona Gil (fl.16) y Carlos Alberto Romero Cháves (fl.35), respetivamente.

Como a disposición de la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico fueron puestos varios individuos a quienes se les imputaba haber descargado

en inmediaciones del Club de Telecom parte de la mercancía hurtada, el dos de agosto posterior los testigos David Graciano y Hernández Córdoba realizaron, con resultados negativos, diligencia de reconocimiento en fila, advirtiéndose por éste último que “en un día de la semana pasada, no recuerdo cuál, estuvimos en la Policía Vial que queda por San Diego y resulta de que a mí allá me enseñaron un libro donde aparecen algunos rostros, fotografía de los denominados ‘Piratas Terrestres’, en los cuales aparecía la foto de uno de los asaltantes que nos cogieron a nosotros y nos quitaron el camión y a quien yo reconozco” (fl.40).

Mediante resolución del 3 de agosto la Fiscalía 171 a quien por asignación correspondiera este asunto, dispuso se realizara por parte de Hernández Córdoba diligencia de reconocimiento fotográfico en las dependencias de la Policía Vial, la cual se cumplió en presencia del Ministerio Público el día 5 posterior, obteniéndose resultado positivo en relación con quien aparecía con el nombre de “ANTONIO JOSE CADAVID HIGUITA” cuya fotografía fue observada entre las cuatro obrantes al folio 25 del libro de registro de “Piratas Terrestres” de la Policía Vial (fl.44).

Mediante oficio No. 128 del 29 de agosto de 1.994, a solicitud de la Fiscalía, el Jefe del Grupo de Antipiratería, TE. Eduardo Gómez Escamilla remitió a la investigación sendas fotografías de “ANTONIO JOSE CADAVID HIGUITA” -de quien aparece registro de haber sido capturado el 10 de diciembre de 1.993 sindicado de hurto a un camión cargado con diversos elementos-, además de los testimonios recepcionados por ese organismo en desarrollo de las primeras averiguaciones el 16 de julio, a Reinaldo Augusto Arbeláez y Jairo de Jesús Villa Suaza, así como los de Javier Enrique Díaz Gómez y Hernando Vargas Borda, estos dos últimos empleados de “La Posada del Amor”. Constancia se dejó en desarrollo de las atestaciones de estos tres últimos, de haber reconocido dentro del Album fotográfico de piratas terrestres que se conserva en dicha institución a “CADAVID HIGUITA”, para Villa Suaza como quien tomó parte activa en los hechos punibles materia de averiguación y por éstos como quien en la noche de los hechos permaneció

por algún tiempo dentro del referido establecimiento en compañía de otros hombres y una mujer (fls.61 y ss.).

Mediante resolución del 31 de agosto siguiente se declaró abierta la investigación (fl.78), vinculándose el 10 de septiembre a través de indagatoria una vez fue capturado a ANTONIO JOSÉ DAVID HIGUITA, quien manifestó en esta diligencia y en las posteriores ampliaciones de la misma, que después de prestar el servicio militar trabajó en una empresa de vigilancia llegando a ser escolta en el transporte de mercancías y concretamente en relación con las actividades realizadas el día 13 en la noche, precisó encontrarse para esa fecha viajando por carretera en compañía de su jefe y cuñado Campo Alberto Díaz Roa. Admitió ser suyas la fotografías que remitidas por el Jefe del Grupo Antipiratería se incorporaron al folio 63 del expediente, no obstante dejarse expresa constancia de que, contrariamente a la apariencia que el pelo largo le da en ellas y el bigote, a la injurada se presentó “motilado, casi tuso” y con el bigote recortado. En relación con los hechos que le eran imputados expresó su absoluta ajenez, ratificándose en esta postura procesal en posteriores ampliaciones (fls. 84, 116, 235). La situación jurídica le fue resuelta mediante resolución del 16 de septiembre con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado (fl.94).

Bajo juramento se escuchó a Hernando Vargas Borda (fl.104) y en ampliación de testimonio a Jairo de Jesús Villa Suaza (fl.101) y a Wilmar de Jesús Hernández Córdoba (fl.106), ratificándose cada cual en el reconocimiento fotográfico que hicieran de DAVID HIGUITA ante las autoridades policivas y Fiscalía, además de ser precisado por éste último en razón de haber sido miembro de la Policía Nacional, que el arma portada por el sindicado en la noche de autos era una pistola 7.65 mm.

Una vez practicada diligencia de reconocimiento en fila de personas, con negativos resultados, por parte de Hernández Córdoba (fl.115), David Graciano y Arbeláez Rendón

(fl.156) y recibido testimonio a Campo Alberto Díaz Roa (fl.255), cuñado del procesado, éste negó haber estado en compañía de ésta para la noche del 13 de julio de 1.994, toda vez que acorde con la planilla de carga No. 7211 aportada al folio 238, si bien viajó con aquél a la ciudad de Barranquilla aproximadamente el 6 de julio, de paso hacia Cali y Quito el día 9 por la noche o 10 de ese mes, DAVID HIGUITA se quedó en Medellín y ya no lo acompañó más, el 7 de diciembre se declaró cerrada la investigación, calificándose el mérito de las pruebas el 29 de diciembre mediante el proferimiento de resolución acusatoria en contra del procesado por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Tramitada la etapa del juicio y cumplida la audiencia pública, en desarrollo se la cual se amplió una vez más el testimonio de Hernández Córdoba, siendo contundente en señalar que tenía certeza sobre el reconocimiento fotográfico hecho a uno de los asaltantes, pese a no ocurrir igual con el cumplido en fila de personas puesto que en ésta diligencia “estaba sin pelo, sin bozo, sus facciones eran más distintas. Y nunca podría asegurar que es la misma puesto que cambió totalmente”, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos reseñados precedentemente.

DEMANDA:

Con amparo en el cuerpo segundo de la primera causal del art. 220 del C. de P.P., dos reproches propone el defensor de DAVID HIGUITA contra la sentencia impugnada, el primero por error de derecho fundado en falso juicio de legalidad y el otro por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por omisión, que habrían llevado al fallador a aplicar indebidamente los arts. 350.1, 351.6 y 10, 372 y 269 del C.P. y art. 1 del Decreto 3664 de 1.986.

a) Advierte en primer orden el actor que los reconocimientos fotográficos obrantes a los

folios 44, 65, 66 y 67, llevados a cabo por Hernández Córdoba, Villa Suaza, Díaz Gómez y Vargas Borda y que inconcusamente fueron pieza basilar para proferir la medida de aseguramiento, la acusación y las sentencias, conforme se reconoce en el propio texto de estas últimas decisiones, fueron incontrovertiblemente aducidos en forma irregular al proceso, incurriéndose así en ostensible error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, precisa cómo en el practicado con presencia de Díaz Gómez, que es al que en concreto alude el fallador, no estuvo el Ministerio Público y tampoco se designó a un defensor de oficio, no obstante que si la persona sometida a reconocimiento había participado en un delito de hurto en el mes de diciembre como allí se consignó y su reconocimiento se produjo en julio, era forzoso su nombramiento, al igual que allegarse las fotografías que hicieron parte de tal diligencia, lo que es igualmente predicable de los demás reconocimientos practicados por el Jefe de Antipiratería que obran a folios 65, 66 y 67.

Agrega en todo caso el actor que: “Considero, además, que el Jefe de Antipiratería no tenía facultades para practicar la diligencia de reconocimiento fotográfico en Julio 16 de 1.994, como quiera que la investigación previa la venía adelantando, a partir de la denuncia elevada por Reinaldo Augusto González (sic.), a Fiscalía Delegada 175”.

Más irregular resulta aún, en su concepto, el reconocimiento fotográfico visto al folio 44, por las siguientes razones: no se le interrogó al testigo sobre los rasgos de la persona que iba a reconocer, no se allegaron al proceso las demás fotografías que hicieron parte del reconocimiento, la diligencia estuvo condicionada pues el album no lo fue de fotografías de diversas personas sino de “piratas terrestres” y, finalmente, no se le nombró defensor pese a tratarse de una persona a quien se le imputaba un delito.

Se desconoció así, en consecuencia, el contenido de los arts. 246, 368 y 369 del C. de P.P. y 29 de la Carta Política, incurriéndose en evidente error de derecho por falso

juicio de legalidad que llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los preceptos que describen las conductas por las cuales se condenó al procesado.

b) De otra parte, para el demandante incurrió el sentenciador en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, al ignorar las diligencias de reconocimiento en fila de personas obrantes a los folios 115 y 156, de conformidad con las cuales ninguno de los testigos Hernández Córdoba, David Graciano y Arbeláez Rendón pudieron señalar a DAVID HIGUITA como a uno de los partícipes en los hechos punibles, pues de haberlas tenido en cuenta la única decisión viable era la absolución de DAVID HIGUITA.

Así, solicita a la Sala casar la sentencia y dictar el fallo absolutorio correspondiente.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL:

Para el señor Representante del Ministerio Público, en relación con el primer reproche, si bien inicialmente el actor identifica el error de derecho como recaído sobre diligencias de reconocimiento fotográfico, culmina involucrando como parte del yerro anunciado las declaraciones obrantes a folios 65, 66 y 67, cuando en estricto sentido solamente la que aparece al folio 44 tendría esa calidad, lo que de inmediato explica porqué en su decurso no intervino el Ministerio Público y así mismo porqué no era aplicable respecto de ellas el artículo 369 del C. de P.P., justificándose en cambio plenamente su práctica por la autoridad que las adelantó en ejercicio de las funciones de policía judicial que le asistían en dicha indagación previa conforme al art. 320 ibídem.

Pero además, y así se dejó consignado en las instancias, no podía en desarrollo de la diligencia llevada a efecto por Hernández Córdoba nombrarse a un defensor, toda vez que precisamente a través de ellas se pretendía identificar a los partícipes en el hecho, pues no existía imputado conocido. En igual sentido si bien se reconoce que no hubo una descripción previa del reconocido, con posterioridad en la diligencia de reconocimiento en fila tal caracterización de la persona si se hizo.

Ahora y si bien debe admitirse que no fueron aportadas al proceso las demás fotografías que habría servido de contraste en la diligencia, como también que la misma estuvo condicionada por tratarse de piratas terrestres, no pudiendo otorgársele el valor que la ley le asigna ello no obsta, en criterio del Delegado para estimarla como indicio leve de incriminación, según lo señalado por la Corte en decisión del 23 de octubre de 1.995.

Adicionalmente, no fue en verdad el reconocimiento fotográfico la única prueba que sirvió de fundamento al sentenciador para la condena, conforme se lee en el fallo de primer grado, de conformidad con el cual, “claro está que el citado reconocimiento está adobado con indicios de tal naturaleza que no permiten quitarle la responsabilidad al acusado porque concatenada toda la prueba se llega a la certeza legal de su responsabilidad”, destacándose así como indicios en contra de DAVID HIGUITA, el no encontrarse el día de los hechos en la ciudad de Medellín, cuando su cuñado lo desmintió; el testimonio del cantinero Javier Enrique Díaz Gómez, quien lo señaló como quien en esa misma fecha ingresó al establecimiento “La posada del amor” y a quien al registrarlo le encontró en su poder una pistola.

Las anteriores razones, para el Delegado, conducen a la improsperidad del cargo.

Ahora, sobre el segundo reparo, no es verdad que se hubieran ignorado las diligencias de reconocimiento en fila, toda vez que ellas fueron tenidas en cuenta procesalmente, sólo que no se les dió mayor importancia en la medida en que allí se reconoce los evidentes cambios físicos que presentaba el procesado, siendo por ello incapaces de derribar las analizadas en la sentencia con miras a la declaración de responsabilidad penal deducida en contra del procesado, por lo que no concurre, entonces, el yerro denunciado, imponiéndose, también, su fracaso.

CONSIDERACIONES:

1. El primer cargo propuesto por el defensor del procesado ANTONIO JOSE DAVID

HIGUITA contra el fallo impugnado, se funda en el cuerpo segundo de la primera causal del art. 220 del C. de P.P., acusándolo de error de derecho en la apreciación de las pruebas derivado de un falso juicio de legalidad.

2. Refiérese para comenzar el casacionista inicialmente a los testimonios que el 16 de julio de 1.994 rindieron Jairo de Jesús Villa Suaza, Javier Enrique Díaz Gómez y Hernando Vargas Borda ante el Jefe del Grupo de Antipiratería de la ciudad de Medellín TE. Eduardo Gómez Escamilla, censurando su legalidad, inicialmente, por cuanto tratándose, como en su criterio se trata, de diligencias de reconocimiento fotográfico, no se habría cumplido con los requisitos señalados en la ley para su práctica y específicamente por no habersele designado defensor al procesado, ni intervenido el Ministerio Público, al igual que no allegarse las fotografías que hicieron parte de tales diligencias. A renglón seguido, sin embargo, recogiendo el anterior argumento, termina por concluir que el Jefe de Antipiratería no tenía facultades para practicar esas pruebas en la medida en que ya la Fiscalía había iniciado investigación previa.

3. Pues bien, coincidiendo en este aspecto con el concepto emitido por el señor representante del Ministerio Público, necesario es advertir sobre el preliminar cuestionamiento que a dicha prueba hace el demandante, que dada la naturaleza de las diligencias cuya irregular práctica se afirma, esto es, en el claro entendido de que se trata de testimonios en desarrollo de los cuales a manera de complemento se enseñó a los deponentes un álbum fotográfico de quienes estaban clasificados por la Policía Metropolitana del Valle del Aburrá, Sección de Policía Judicial e Investigación, Grupo de Antipiratería, como “piratas terrestres”, fácil resulta comprender que, strictu sensu, al no tratarse de diligencias de reconocimiento fotográfico, exigir para éstas aquellos requisitos propios de actos de compilación probatoria distintos, resulta por completo equivocado.

De esta manera, el cargo carecería de cualquier fundamento, pues si las pruebas cuya

legalidad se cuestiona sobre la base de que por sus características han debido acopiarse en riguroso cumplimiento de pautas legales, que en la hipótesis presente serían las señaladas por el art. 369 del C. de P.P. para el reconocimiento fotográfico, cuando corresponden a elementos de comprobación de índole distinta, esto es, testimonial, siéndoles por consiguiente ajenas esas exigencias en su práctica, no podría sobre ellas recaer dentro de los linderos del error de derecho expuesto, un juicio de desaprobación jurídica respecto a la manera como fueron recepcionadas.

4. Sin embargo, no sucede igual con la afirmación del censor según la cual carecía de competencia el Jefe del Grupo de Antipiratería Terrestre para practicar motu proprio prueba alguna, si se tiene en cuenta que para el 16 de julio de 1.994, cuando se recibieron los aludidos testimonios, ya la Fiscalía había iniciado investigación previa, toda vez que mediante resolución del 14 de julio anterior, la Fiscalía 175 Delegada dispuso: “Con base en la denuncia que antecede, practíquese investigación previa, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 40 de la Ley 81 de 1.993, con el fin de identificar e individualizar al autor o partícipe del ilícito denunciado; además de determinar si lugar (sic) al ejercicio de la acción penal o no”.

De esta manera y ciertamente conforme lo dispone el art. 313 del C. de P.P., una vez iniciada la instrucción, que bien puede serlo en razón de auto o resolución de preliminares, o de formal investigación penal, la policía judicial sólo podrá actuar por orden del fiscal o del juez, según el caso, de donde se sigue que la iniciativa para la práctica de diligencias queda restringida para estas autoridades a adelantar aquellas pruebas cuyo encargo se le haya deferido por comisión.

De lo contrario, en estos casos, en principio, la policía judicial carece de legitimidad para actuar en actividades de instrucción, pues si ya se ha producido la apertura de previa investigación, cualquier diligencia destinada a nutrir de elementos probatorios la actuación, únicamente es dable bajo la exclusiva orden y dirección del

juez, la Fiscalía y el Ministerio Público, conforme lo dispone el art. 320 ibídem.

5. Siendo ello así, razón asistiría al actor respecto al hecho de que las pruebas practicadas por el Jefe del Grupo de Antipiratería carecerían de validez en razón a la oportunidad en que fueron recaudadas, contrariamente al criterio expuesto sobre el particular por el señor Procurador Delegado, toda vez que estarían viciadas en su extrínseca formación, debiéndoselas tener, conforme a lo dispuesto por el art. 29 constitucional, inciso final, como inexistentes.

6. Sin embargo, siendo conocido que en punto de la primera causal casacional, específicamente en lo que respecta a la violación indirecta de la ley sustancial bien por errores de hecho o de derecho, es imperativo para el libelista desquiciar la totalidad de fundamentos en que se ha sustentado el fallo, con miras a obtener, como se pretende en este caso, una decisión diametralmente opuesta a la adoptada en la sentencia, que lo sería de absolución, inocuo resulta con miras a la prosperidad de una censura que o no se impugnen la totalidad de pruebas valoradas por el sentenciador, o apenas en forma parcial en esta sede se reconozca que las controvertidas extraordinariamente ostentan yerros jurídicos o fácticos en su apreciación.

7. De suerte que, tal y como sucede en este caso, al tiempo que el libelista omitió señalar cuáles serían las repercusiones que sobre el fallo tendría reconocer la inidoneidad de tales elementos de persuasión, lo que dicho sea de una vez, también eludió en relación con la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada por la propia Fiscalía, respecto de la cual se referirá a continuación la Sala estableciendo las razones por las cuales amerita esa reproche una negativa respuesta, bien puede afirmarse que en punto a la técnica casacional el reparo adolece de una correcta formulación y desarrollo, en la medida en que no se establece en manera alguna la incidencia que el yerro acusado tendría en el fallo, es decir, cuáles serían sus efectos sobre el mismo.

8. Y, si bien desde luego esta omisión del demandante necesariamente genera consecuencias negativas frente a sus pretensiones casacionales, conforme ya se advirtió, la falta de razón respecto a la también sostenida ilegalidad de la diligencia de reconocimiento fotográfico adelantado por la Fiscalía con el testigo Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, permite anticipar la total improsperidad de la censura, toda vez que en condiciones tales la sentencia impugnada se mantiene incólume, pues además, conforme se verá, concurren otros elementos de convicción que sustentan en perfecta armonía con la prueba cuestionada la responsabilidad del procesado.

9. En efecto, aduce igualmente el censor la ilegalidad de la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada por la Fiscalía 171 Delegada el 5 de agosto de 1.994, dentro de la cual una de las víctimas de los hechos punibles investigados, el exagente de la policía Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, que para el momento de su ocurrencia trabajaba como coter y acompañaba en la cabina del camión al conductor Reinaldo Arbeláez Rendón, reconoció dentro del archivo fotográfico de la Policía Judicial Antipiratería Terrestre a ANTONIO JOSE DAVID HIGUITA como uno de los integrantes del grupo de asaltantes que, además de mantenerlos privados de la libertad durante varias horas, se apoderaron de bienes varios en la noche del 13 de julio de 1.994, básicamente haciendo notar como irregularidades de esta diligencia vitas al folio 44, no haberse interrogado al testigo sobre los rasgos de la persona que iba a reconocer, no allegarse al proceso las demás fotografías que hicieron parte del reconocimiento, estar condicionada la diligencia por el hecho de tratarse de un album de “piratas terrestres” y, finalmente, no nombrarse defensor al procesado, pese a tratarse de una persona a quien se le imputaba un delito.

10. Acorde con lo dispuesto por el art. 369 del C. de P.P., tratándose de diligencias de reconocimiento por medio de fotografías deberán tenerse “las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas”. Atendiendo a esta explícita remisión que sobre los preceptos reguladores del reconocimiento en fila de personas hace dicho precepto, esto

es, a los arts. 367 y 368 ibídem en lo que resulta compatible a una y otra prueba, el primer reparo que a la legalidad del reconocimiento fotográfico en este caso hace el demandante está dado por no haberse dejado previamente constancia de la descripción de la persona que se iba a reconocer.

Pues bien, en tal sentido es indiscutible que en el texto mismo de dicha diligencia no se dejó anotada la descripción que el testigo hizo de la persona que iba a reconocer, sin embargo ningún reparo merece este hecho si se tiene en cuenta que constituyéndose en el antecedente inmediato de esta prueba la diligencia de reconocimiento en fila que en relación con otras personas privadas de la libertad por cuenta de otra investigación hiciera Hernández Córdoba y al final de la cual individualizara en detalle a la persona que estaba dispuesto a señalar fotográficamente por anteceder a su práctica la observación en el registro de piratas terrestres del Comando de la Policía Metropolitana del Valle del Aburrá, indiscutiblemente tal reseña debe integrarse al acto probatorio cuestionado, pues, como lo precisa el Delegado, “al respecto vale decir que si bien no se hizo en tal momento, la diligencia retomó el contenido del reconocimiento e fila de personas que hiciera el mismo testigo (folio 39) cuando dijo ‘ese tipo es más o menos de 1.70 de estatura, robusto, contextura gruesa, él es trigueño, de pelo indio, motilado como estilo redondo pero atás es largo y estoy seguro que esa fotografía ew de ese tipo’”.

11. Ahora, la crítica referida al hecho de no allegarse al proceso las restantes fotografías que complementaron la correspondiente al procesado DAVID HIGUITA, en la conformación del mínimo de 6 a que se refiere el precepto 369 en cita y que en principio también obtendría objetiva verificación, en el fondo configura un reparo más de índole formal que sustancial ajeno por tanto a un serio cuestionamiento de legalidad de la prueba en si misma considerada, como que desapercibe que la garantía implícita en el mínimo número de retratos que deben ser observados por el testigo se mantuvo incólume, habida cuenta de que la atención sobre un álbum completo con más de 25 folios y en cada uno 4 fotografías, es prenda de garantía sobre la salvaguarda de este requisito en desarrollo

de su práctica, encontrándose precisamente en el mayor volumen de las observadas la explicación del porqué no se incorporaron al expediente las restantes cotejadas a la hora de la identificación.

1. De lo expuesto fácilmente se colige que, tampoco admite objeción alguna el hecho de que la diligencia se hubiese efectuado sobre un álbum de “piratas terrestres”, habida cuenta de que por la naturaleza de los punibles investigados, este procedimiento era el más conducente en el descubrimiento de aquellas personas sobre quienes podía en un momento dado recaer sospechas sobre su participación, por estar dedicadas a la piratería terrestre y así ser conocidas por las autoridades policivas pero en manera alguna condicionaba, como no podía hacerlo, el resultado, positivo a la postre, de la prueba practicada, toda vez que solamente el concreto señalamiento efectuado sobre DAVID HIGUITA permitió consolidar la pesquisa, promovida inicialmente como un elemento de persuasión más en la búsqueda de quienes eran responsables de las conductas delictivas objeto de averiguación.

13. Por la misma razón, el funcionario judicial se abstuvo, con acertado criterio desde luego, de nombrar un defensor de oficio, pues si para esa oportunidad no existía imputado individualizado y menos identificado, tal designación en abstracto no podía hacerse, siendo en cambio imperativo precisar que en desarrollo de esta diligencia estuvo presente el delegado del Ministerio Público, sin que, por este motivo o por algún otro, dejara constancia de no haberse respetado las formas propias legalmente exigidas para su adelantamiento, de donde fácil es concluir, pues corresponde a la realidad procesal destacada, que ningún reparo merece el aludido reconocimiento a través de fotografías.

1. Siendo ello así, no solamente esta prueba sale adelante del juicio de legalidad a que la sometiera el casacionista y que equivocadamente respalda el Procurador Delegado encontrando en el hecho de no hacerse el aporte de las demás fotografías motivo suficiente para ello, cuando esta menor irregularidad no apareja, conforme quedó visto ningún vicio sobre el medio de convicción, sino que aunada a las demás probanzas, particularmente indiciarias y el contundente, detallado y minucioso testimonio de Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, concretado en diversas ampliaciones, constituyen, conforme se establece claramente en los fallos de primera y segunda instancia, la prueba suficiente para consolidar el juicio de responsabilidad en cabeza de ANTONIO JOSE DAVID HIGUITA.

El cargo no prospera.

15. Ahora, en lo que tiene que ver con el segundo reproche, este referido a la presunta omisión en que habría incurrido el sentenciador de las diligencias fallidas de reconocimiento en fila de personas practicadas en desarrollo de este proceso con relación a DAVID HIGUITA, lo primero que debe señalarse al respecto es la absoluta falta de fundamento de la censura y basta para ello con detenerse a repasar el fallo de primer grado, que dado su carácter se complementa con el del Tribunal, para constatar que expresa referencia hizo el juzgador sobre la citada prueba, descartando su significación probatoria, como no podía ser de otra forma, dada la modificación que a sus rasgos característicos hizo en ella el procesado, como que además de aparecer en tales diligencias prácticamente rapado y sin bigote, después de que su fisonomía para el momento de los hechos evidenciaba abundante melena y bozo.

En efecto, el Juzgado 36 Penal del Circuito, sobre este particular precisó que la diligencia de reconocimiento “no reviste mayor trascendencia, pues de la constancia dejada por la señora Fiscal que dirigió ese acto procesal, ello obedeció a que aquél se había recortado su cabello y por tanto su fisonomía cambia, si no radicalmente, sí para un

acto como este que se realiza en fracciones de minutos o segundos”, esta fue, precisamente, la razón dada por el excepcional testigo Hernández Córdoba para explicar en desarrollo mismo de la audiencia pública, los motivos por los cuales no fructificó el reconocimiento personal y si el fotográfico acorde con lo observado en la noche de los hechos, esto es, que “En la fotose encuentra la persona con pelo largo y sus facciones de la cara son muy distintas, puesto que en la fila esta persona estaba sin pelo, sin bozo, sus facciones eran más distintas . Y nunca podría asegurar que es la misma puesto que cambió totalmente”.

En consecuencia, esta censura, tampoco prospera.

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

RESUELVE:

No casar fallo recurrido.

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

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEG0

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

MARIO MANTILLA NOUGUES

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR

No hay firma

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

Patricia Salazar Cuéllar

Secretaria