

Proceso N° 12557

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR

Aprobado Acta No.103

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil uno (2001).

VISTOS

Un Juzgado Regional de Cúcuta, mediante providencia del 31 de agosto de 1995, condenó a MIGUEL GALVIS SANCHEZ, OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS y EVANGELISTA URBINA LIZARAZO a la pena de treinta y cinco (35) años de prisión y multa en cuantía de 100 salarios mínimos, como coautores responsables del delito de secuestro extorsivo agravado en concurso con extorsión en grado de tentativa, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de nueve (9) años y al pago, en forma solidaria, de perjuicios morales causados con la infracción.

El Tribunal Nacional, al conocer del asunto por vía de apelación, en decisión del 27 de noviembre de 1995, confirmó la sentencia del a quo con la modificación de imponerle a cada uno de los procesados la pena de treinta y tres (33) años y seis (6) meses de prisión.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Aquellos ocurrieron el 15 de agosto de 1993 en la ciudad de Cúcuta, cuando Javier Suárez Hernández fue privado de su libertad por varios individuos para exigir a su padre la suma de cien millones de pesos por su liberación, pero fue dejado en libertad a los cinco días con el fin de que obtuviera el dinero pedido. Los sujetos, después de liberado, continuaron extorsionando al padre de la víctima, señor Crisostomo Suárez Ríos, quien acudió a las autoridades en busca de protección.

De esa manera los miembros del UNASE realizaron las correspondientes pesquisas que le condujeron a ubicar un colegio desde el cual se efectuaban las llamadas extorsivas al señor Suárez Ríos, por lo que organizaron un operativo que culminó con la captura de OMAR ALEXANDER PEÑA, MIGUEL GALVIS SANCHEZ y Evangelista Urbina Lizarazo.

Luego de haberse adelantado algunas diligencias preliminares, la Fiscalía Regional de la ciudad de Cúcuta ordenó la apertura de investigación el 25 de agosto de 1993, y vinculó mediante indagatoria a MIGUEL GALVIS SANCHEZ, OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS y Evangelista Urbina Lizarazo a quienes cobijo con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del delito de secuestro extorsivo en concurso con el de tentativa de extorsión, cometidos en perjuicio de la libertad individual y el patrimonio económico de Javier Sánchez Hernández y Crisostomo Suárez Ríos, mediante resolución del 3 de septiembre de esa anualidad.

La investigación se declaró cerrada el 24 de mayo de 1994 y el mérito del sumario se calificó el 8 de julio siguiente, con resolución acusatoria, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional el 20 de septiembre de 1994.

Un Juzgado Regional de Cúcuta avocó el conocimiento del asunto el 20 de octubre de 1994, a efecto de lo cual ordenó la apertura del juicio a pruebas, citó para sentencia y dictó el fallo de primer grado que fue confirmado, con alguna modificación, por el

Tribunal Nacional, mediante providencia contra la cual se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

SINTESIS DEL FALLO IMPUGNADO

Aún cuando el juzgador de segundo grado inicialmente hizo referencia a algunas fallas contenidas en las pruebas aportadas al informativo, tal circunstancia no se constituyó en obstáculo para deducir la responsabilidad de los procesados.

Así, en cuanto a la prueba testimonial enfatizó que no aportaba certeza alguna por sí sola respecto de la situación en flagrancia en que se dice fueron capturados los encartados. Tanto las declaraciones de los agentes que participaron en el operativo que hacen referencia a esa circunstancia, como las de las personas vinculadas a un colegio donde fueron aprehendidos los sujetos no le ofrecieron suficiente garantía de seriedad.

No desechó, sin embargo, todo lo dicho por los agentes, en relación con lo ocurrido posteriormente.

En cuanto a unas grabaciones en que los procesados aceptaban su participación señaló que no se habían efectuado con los requisitos legales. Y frente a experticias practicadas sobre grabaciones hechas por el padre del secuestrado sobre llamadas recibidas por él, no arrojaron resultados positivos para la investigación, como tampoco la prueba garfológica sobre escritos extorsivos, enviados con ocasión de los hechos.

Encontró, en cambio, que del reconocimiento en fila de personas surgía la verdad y daba consistencia a la acusación, por lo que era posible concluir que en realidad los tres acusados si fueron los autores de los delitos atribuidos. Si dos de ellos fueron reconocidos, y los tres fueron capturados en cercanías del colegio, de donde según un informante provenían las llamadas extorsivas, deduce que los agentes no mintieron del todo, aun

cuando exageraron en lo atinente a la situación en flagrancia.

De otro lado, ponderó como indicante la circunstancia de que una vez hecha la captura, los procesados, principalmente Urbina, hubieran conducido a los agentes a distintos lugares, con el fin de ubicar a otros componentes de la banda.

A ello debe agregarse que el fallo de primera instancia había enfatizado algunos indicios que apuntaban contra OMAR ALEXIS PENA, principalmente el haber estado interrogando a la novia del secuestrado, previamente al hecho, sobre sus rutinas y sus horarios, así como el parecido que tenía un vehículo de Urbina con el automotor en que el ofendido expresó haber sido transportado.

LAS DEMANDAS DE CASACION

A NOMBRE DE MIGUEL GALVIS SANCHEZ.

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Expresa el censor que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad que emerge de la captura ilegal efectuada a su representado y que se convalidó a lo largo del proceso en cada una de sus etapas, configurándose la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal y que afecta por consiguiente el artículo 29 de la Carta Política al violentar el principio de legalidad tanto en la aducción de la prueba como en el juzgamiento, lo que de manera indirecta desconoce el derecho de defensa que emerge de aquél.

Luego de referirse al contenido de los artículos 370 y 371 del Código de Procedimiento Penal, 4º, 28 y 32 de la Carta Política, aduce que los medios de convicción arrimados al plenario llevan a colegir que los policiales mienten en sus declaraciones, ya que se contradicen entre sí. Sobre todo los oficiales de la Institución Polinal quienes son

discordantes en la forma como capturaron al procesado OMAR ALEXIS PEÑA dentro del Colegio en momentos en que colgaba el auricular del teléfono público. Mientras Parrado Amaya dice que ingresó al citado establecimiento en compañía del detective del DAS, el agente de la Polinal asegura que fue él quien entró con el precitado oficial. El detective de la institución secreta afirma por su parte que permaneció afuera en el portón del colegio, con el agente de la Policía Nacional. El portero del centro educativo afirma que el oficial del grupo UNASE Parrado Amaya ingresó por la puerta principal del Colegio y junto con él, introdujo a un joven hasta la barda de la entrada y procedió a pedir prestado un teléfono y a realizar una llamada. Que esta versión la corroboran las profesoras del plantel que se encontraban cerca del teléfono, quienes señalan que solamente entró el citado policial y que la persona capturada siempre estuvo cerca del portón en una barda de la entrada, custodiado.

Según el censor, estos testigos y la inspección judicial practicada con intervención de peritos demuestran plenamente que la figura de la flagrancia nunca existió. Por tanto, la captura efectuada al primer sujeto y la posterior de su defendido MIGUEL GALVIS fueron ilegales por desconocer los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política y no hallarse en ninguna causal de excepción a las reglas sobre captura para poder ser aprehendidos.

Agrega que del acervo probatorio recopilado en la etapa de la causa se infiere claramente que su representado no fue capturado en situación de flagrancia, ni está probado el rastreo monitoreo e interceptación de la línea telefónica 781634, lo que pone más en evidencia que al no existir la orden judicial para legitimar la aprehensión se desdibuja la figura de la flagrancia.

Finalmente expresa que por haberse operado una captura ilegal, se desconocieron los artículos 28 y 29 de la Carta Política y demás preceptos citados en el cuerpo de la censura.

SEGUNDO CARGO. Causal Primera.

Según el libelista, la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por error en la apreciación de las pruebas.

Aduce al respecto que del informativo emergen dos clases de medios de convicción; unos, los provenientes de los policiales que realizaron el operativo que culminó con la captura de los presuntos plagiarios, la versión del progenitor de la víctima, la del mismo plagiado Javier Suárez Hernández y la de su novia, el informe de la policía nacional y el acta de aprehensión. Los otros, son los testimonios de los empleados públicos en su mayoría educadores de secundaria, de algunos estudiantes que se encontraban en el lugar donde se capturó a los implicados, los cuales infirman a los primeros y dejan sin piso legal las afirmaciones acerca del estado de flagrancia en que se efectuó la captura, porque son contestes en afirmar que el procesado ALEXIS PEÑA nunca entró al colegio a realizar llamada alguna, lo que sí hizo el oficial de Policía; que ese día se hallaba PEÑA CARDENAS sentado frente al colegio cuando fue capturado y posteriormente introducido al plantel en calidad de detenido y custodiado por un representante del orden, sentado en una barda cercana a la puerta de acceso.

Agrega que para efectos de verificar y establecer quién tenía la razón, la defensa solicitó una experticia dentro de la diligencia de inspección judicial, prueba que trajo como resultado final la convalidación de los testimonios de quienes se encontraban dentro del plantel educativo. Esta prueba, que se estima cardinal para la evaluación final del acervo probatorio, demuestra con certeza que ninguna persona puede llegar hasta el sitio donde se encuentra el teléfono, sin antes pasar el portón de entrada al colegio y una contrapuerta las cuales se encuentran aseguradas con candado.

Agregó que la prueba fonoespectrográfica realizada por la división de Criminalística de la Fiscalía, arrojó como resultado que no se podía emitir un concepto fiable por las

interferencias del ruido; el estudio grafotécnico determina que no existe correspondencia en el trazado caligráfico de los encartados; las transcripciones de los cassettes no revisten ningún valor probatorio porque se hicieron sin el lleno de los requisitos legales sin la intervención de la defensa y bajo insuperable coacción ajena ejercida por la violencia de los policiales al amenazarlos, el reconocimiento en fila de personas efectuado el 7 de septiembre de 1993 lo efectuó una persona que ya conocía con anticipación a los que habría de reconocer, porque sus rostros ya habían aparecido impresos en la prensa local el 25 de agosto de ese año. Además, los defensores contractuales de los procesados no fueron notificados de su práctica, lo que torna inexistente la prueba, al tenor de lo dispuesto en el artículo 161 del Código de Procedimiento Penal.

Luego se refiere a las declaraciones de los agentes que efectuaron la captura de los procesados, para poner de presente aspectos en los que se contradicen; a las de Luis Contreras Tarazona, José Rivera Astudillo, Rosa Bermon, Hilda Zapata Leal y José Salcedo Marciales, quienes indican que OMAR ALEXIS PEÑA se encontraba sentado frente al colegio, cuando los policías lo capturaron y luego lo llevaron al establecimiento educativo, dejándolo a la entrada del portón en una barda, bajo el cuidado de uno de ellos. Al respecto, el juez de instancia pretermitió los mandatos contenidos en los artículos 248 y 254 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 29 de la Carta Política y el principio de presunción de inocencia.

A juicio del demandante hubo un equivocado pronunciamiento al hacerse el respectivo análisis del conjunto probatorio, ya que no fueron tenidas en cuenta muchas pruebas, porque de otra forma, el resultado del fallo habría sido adverso. En cambio se les dio valor probatorio a pruebas que no lo tenían, dejando de lado algunos elementos de juicio que habrían cambiado la decisión final.

Así, a la inspección judicial no se le otorgó el valor probatorio que le correspondía al establecer que para llegar al teléfono público del plantel se debían sobrepasar algunas

medidas de seguridad; las fotografías y el plano muestran que los testigos de cargo mienten al menos en lo referente a la captura y los testimonios enervantes de la culpabilidad, resultan coherentes, ciertos y creíbles y la evaluación efectuada no corresponde a la realidad procesal.

Deprecia también que no se dio aplicación al principio de la sana crítica y que se erró en la interpretación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, porque del acervo probatorio no emerge la certeza de responsabilidad de los encartados.

Solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se absuelva a su representado.

A NOMBRE DE OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS.

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Según el libelista, el sentenciador incurrió en causal de nulidad por violación del derecho a la defensa de su representado, al darle valor unas pruebas que fueron irregularmente aportadas a la investigación y por haberse practicado sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

Señala entonces, que se presentó una irregularidad en la práctica de la diligencia de reconocimiento del procesado PEÑA CARDENAS efectuada el 7 de septiembre de 1993, porque no intervino su defensor de confianza, debido a la falta de publicidad de la resolución que la ordenaba, a pesar de residir el litigante en la ciudad de Cúcuta donde igualmente tiene su oficina profesional.

El funcionario comisionado para practicar el reconocimiento en fila de personas no dejó constancia del motivo por el cual procedió en forma clandestina con la intervención del procesado PEÑA CARDENAS, a quien le nombró un defensor de oficio solo para esa diligencia, sin existir causa suficiente para ello, conculcando el derecho a la defensa toda

vez que en los periódicos de circulación regional se había informado de la captura de éste y los demás procesados.

Como consecuencia de lo anterior, al tenor del artículo 161 del Código. de Procedimiento Penal, la diligencia es inexistente por haberse efectuado con la asistencia de un defensor oficioso que no conocía el proceso ni las circunstancias de la captura, las notorias contradicciones de los testigos sobre la morfología de los presuntos autores materiales del hecho, con lo que enervó la acción del defensor de confianza permitiendo la comisión de un grave error en perjuicio del procesado y de la administración de justicia.

Estima que la citada diligencia ameritaba la intervención del defensor de confianza de su representado puesto que, conociendo las contradicciones del plagiado Javier Suárez Hernández, quien no podía ver a sus captores, mal podría reconocer a personas que jamás vio durante su cautiverio.

La trascendencia de la violación denunciada, radica también en la falta de verosimilitud y credibilidad de la declaración de Javier Suárez Hernández el 24 de agosto de 1993, cuando expresó que estaría en condiciones de reconocer a los autores del secuestro, puesto que los secuestradores no usaban capucha, le dictaban cartas con la cara descubierta, y, posteriormente en declaración del 7 de septiembre del mismo año cambió su versión cuando al preguntársele si conocía a OMAR ALEXIS PEÑA respondió que en el grupo había uno, que era al que más nombraban y le decían que era el comandante Omar y que en una ocasión lo alcanzó a ver.

Estima que si se hubieran observado los artículos 367 y 368 del C de P.P, no se habría dictado contra su defendido resolución de acusación ni sentencia condenatoria.

CARGOS EXCLUYENTES.

Al amparo de la misma causal, de manera subsidiaria, deprecia el recurrente el

desconocimiento del debido proceso y del principio de favorabilidad.

Explica que el sentenciador a pesar de hacer expresa su perplejidad por la carencia de certeza probatoria para condenar, omitió dar cumplimiento a lo normado en el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal. Que al hablarse en el fallo del Tribunal que la prueba testimonial “no aporta certeza alguna” y que “solo perplejidad (sic) puede hablarse en este caso” ha debido aplicarse el principio universal de la duda y con ello desarrollar, en estricto derecho, el principio de favorabilidad que ampara al procesado.

Del proceso emerge con nitidez, como lo acotó el Tribunal, que la prueba testimonial no aporta certeza alguna, puesto que los miembros del grupo UNASE realizaron una serie de diligencias que llevaron a que se les otorgara mayor credibilidad de la que debían reportar, como se desprende de los testimonios de Luis Francisco Parrado, Jairo Ríos Fonseca y Alvaro Enrique Pérez Parada.

Que los testimonios de Hilda Zapata Leal, Rosa Amira Bermont Arocha, José Antonio Salcedo Morales y José Mesías Rivera Astudillo, practicadas en la etapa del juicio, claramente desvirtuaron las imputaciones hechas por los agentes captores del grupo UNASE, quienes entraron en serias contradicciones, no solo en lo que respecta a la forma como se llevó a cabo el operativo, sino en cuanto a la conducta adoptada por los aprehendidos, quienes fueron sometidos a torturas que fueron comprobadas por el Agente del Ministerio Público.

Agregó que las plurales declaraciones juramentadas de profesores y empleados del Colegio Departamental Atalaya fueron censuradas en un plano subjetivo y sin respaldo probatorio alguno por el sentenciador de segundo grado, cuando afirma que por el hecho de ser el procesado PEÑA CARDENAS ex – alumno, contó con la simpatía de todos los testigos. Con ello se desconoció el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal que ordena al funcionario judicial exponer razonadamente el mérito que le asigne

a cada prueba, lo que en este caso no se hizo.

Asegura que en este caso se conjugan la presunción de inocencia del procesado y el principio de favorabilidad cuya aplicación se omitió; que la duda emerge de los medios de prueba aportados al plenario como lo sostiene el Tribunal con la falta de credibilidad de los testimonios del personal del grupo UNASE, quienes en procura de publicidad para sus actuaciones no solo incurrieron en un error policial – judicial, sino que crearon confusión en la sentencia atacada.

No había forma de despejarse la duda. Ni siquiera se logró probar el indicio de mala justificación en la indagatoria de PEÑA CARDENAS, ni que hubiera hecho las exigencias manuscriturales aportadas a los autos y las grabaciones lo relevan de responsabilidad en los punibles investigados.

Por lo anterior, solicita la nulidad de lo actuado, por haberse dejado de aplicar los artículos 10, 333 y 445 del C de P.P., y aplicado indebidamente los artículos 346, 247, 252, 294, 300, 367, 368, 371, 383, 388 y 349 del C de P.P.

SEGUNDO CARGO causal Primera.

Acusa la sentencia por violación al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal Nacional en su sentencia de instancia, sobre la responsabilidad del procesado, expresa duda que no reconoce a pesar de la pluralidad de medios de convicción para concluir, en contravía de los preceptos que regulan la apreciación de las pruebas, en la responsabilidad de los procesados, sustentando sus conclusiones en la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Recuerda que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, dicha diligencia no es prueba demostrativa de la participación de una persona en la comisión de un delito, pues son

múltiples las causas de error en las mismas. En este caso, las contradicciones del testigo sobre la forma de ver, las contradicciones que narra le permitieron conocer a los autores en número de cinco, son difusas, inanes e intrascendentes, puesto que al afirmar en una versión que tenía los ojos vendados y en otra que no tenía capucha, conduce a distorsionar la verdad.

En conclusión, la diligencia de reconocimiento no implica por sí sola medio de prueba que pueda servir de sustento para proferir sentencia condenatoria en materia penal, por lo que el Tribunal Nacional incurrió en manifiesto error de hecho, al dejar de aplicar el artículo 247 del C de P.P., y vulnerando de paso el artículo 445 ibídem, el cual ha debido aplicar y, a consecuencia de ello, absolver a su representado. Se produjo distorsión en la apreciación de la prueba, que permitió llegar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto al primer cargo de la demanda presentada a nombre de MIGUEL GALVIS en el cual solicita el libelista la declaratoria de nulidad de lo actuado por haberse capturado ilegalmente, señaló el Delegado que no está llamado a prosperar porque su fundamento, que es la presentación de un debate probatorio, resulta ajeno a la causal invocada, no siendo evidente que existe la irregularidad denunciada.

Recordó lo que esta Corporación ha señalado sobre el tema y los mecanismos con que cuenta el procesado dentro y fuera del proceso penal para restablecer el derecho que le ha sido vulnerado frente a una captura ilegal, por lo que no es procedente la solicitud formulada. Que aún si se aceptara que la situación de flagrancia no se presentó para fundamentar la captura de los implicados, se trataría de una irregularidad que obliga la expedición de copias para la investigación del comportamiento de los agentes que la llevaron a cabo, máxime si como ocurre en este caso, se trata de un punto sujeto a

discusión probatoria.

Respecto del segundo reproche en el que aduce el libelista la errónea valoración de la prueba aportada al proceso, en especial la que se refiere a la ausencia de culpabilidad del procesado, se extracta de la sentencia impugnada que la certeza sobre la responsabilidad de los procesados la obtuvo el Tribunal de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la que sirvió para desestimar el valor probatorio de los testimonios recibidos, que consideró contradictorios y poco creíbles. Que la contradicción se concretó en la captura de los implicados y no en cuanto a la labor de los agentes del orden y a la demostración de responsabilidad de los implicados.

Resaltó que aun cuando el casacionista trate de restarle valor probatorio a la diligencia de reconocimiento, la víctima del delito había entregado una descripción de sus captores antes de la publicación en la prensa de sus fotos, lo que de manera alguna podía alterar el resultado de la diligencia.

Que aún si se admitiera que los testimonios de los policías no fueron veraces en cuanto a la situación de flagrancia en la que actuaban los aprehendidos, ello no desvirtúa el hecho probado de que se realizaron llamadas extorsivas cuya ocurrencia se puso en conocimiento del UNASE y que se desplegó una labor de inteligencia que permitió la identificación de los autores de los delitos.

Si no existió pronunciamiento alguno sobre la diligencia de inspección judicial, fue porque ella se orientó a demostrar la ubicación del teléfono público, la de los testigos y las seguridades que había en el colegio para su ingreso, todo lo cual se encaminó a desvirtuar la captura en flagrancia y no la responsabilidad de los procesados. Estimó, por tanto, que el cargo no debía prosperar.

En lo relativo a la demanda presentada a nombre de OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS, tampoco comparte la delegada el planteamiento de los reproches formulados por el

libelista. El primer cargo lo fundamenta en la existencia de una causal de nulidad por desconocimiento del derecho a la defensa porque el procesado no contó con su abogado de confianza en la diligencia de reconocimiento en fila de personas, sino que se le designó un defensor de oficio.

Recordó que la decisión de practicar la diligencia surgió luego de recibida la declaración de la víctima y se realizó en forma inmediata, lo que indica que no hubo tiempo de citar al defensor contractual. Entonces no se evidencia una irregularidad sustancial que afectara el debido proceso o el derecho de defensa del encartado.

Tampoco se debe considerar como una omisión deliberada el no haberse citado al defensor contractual para que asistiera al procesado en la diligencia, porque no hubo tiempo racional para realizar las citaciones sin poner en peligro la práctica de la prueba.

Sobre los cargos excluyentes dijo el Procurador Delegado que el libelista equivocó el camino para deprecar la falta de aplicación de principio del in dubio pro reo, pues conforme a la jurisprudencia, es al amparo de la causal primera de casación que se debe demandar y no mediante la solicitud de la nulidad, por lo tanto el ataque debe ser desestimado.

Finalmente en cuanto al segundo cargo, el libelista refiere el desconocimiento del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, porque el Tribunal expresó dudas sobre la responsabilidad de los procesados y a pesar de ello terminó deduciéndola. Agrega que la crítica se dirige al valor probatorio otorgado a la diligencia de reconocimiento en fila de personas. Y aclara que este no fue el único medio probatorio tenido en cuenta por el sentenciador, sino también las declaraciones de los agentes de policía, en cuanto la responsabilidad de los capturados. Que la duda expresada por el fallador de segundo grado, es en cuanto a la situación en flagrancia y no en lo referente a la responsabilidad de los encartados frente a los delitos del secuestro y la extorsión posterior.

Solicitó a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

DEMANDA PRESENTADA A NOMBRE DE MIGUEL GALVIS SANCHEZ.

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Afirma el libelista que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad a consecuencia de la captura ilegal efectuada a su representado, lo que se constituye en una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso (artículo 304 numeral 2º del Código de Procedimiento Penal), y desconoce el contenido del artículo 29 de la Carta Política.

Reiterados han sido los pronunciamientos de la Sala en los que se ha precisado que este tipo de situaciones no generan nulidad porque no tienen incidencia en la estructura del proceso, en consideración a que la Carta Política y el ordenamiento jurídico tienen previstos como mecanismos adecuados para tutelar el derecho a la libertad individual la acción pública del habeas corpus, consagrada como garantía de control de la aprehensión, y la petición de libertad por captura ilegal que puede ser impetrada, ante el respectivo funcionario judicial una vez el detenido es puesto a disposición o ante el Director del establecimiento carcelario cuando no se ha formalizado la captura, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda tener el personal encargado de la retención. Además al resolverse la situación jurídica del imputado se legaliza su captura con la medida de aseguramiento o dejándolo en libertad, por lo que la actuación se entiende restablecida.

De otra parte, se observa que antes de ser resuelta la situación jurídica de los inculcados, sus defensores plantearon su inconformidad acerca de la captura ante el fiscal instructor el cual se pronunció sobre el asunto de manera contraria a sus

pretensiones. (Cf. fls 42, 62, 66 y 73 C.).

Aparte de lo señalado observa la Sala que en el desarrollo de la censura el libelista pretendió evidenciar que la captura no se realizó en estado de flagrancia, mediante el cuestionamiento de algunas pruebas testimoniales, aspecto que debió encausar por la vía de la violación indirecta, con el respectivo señalamiento del error de hecho o de derecho cometido, si es que el reconocimiento de la situación se derivó de yerros cometidos en la apreciación probatoria.

Nótese que es con fundamento en la crítica probatoria efectuada respecto de las declaraciones de los policiales que intervinieron en la captura de los encartados, que el libelista pretende demostrar una supuesta causal de invalidez de la actuación, incurriendo así en evidente desacierto, al pretender acreditar una incorrección procesal mediante la censura a los medios de convicción, cuando uno y otro aspecto resultan plenamente incompatibles.

Finalmente, la denuncia sobre supuestas violaciones a principios constitucionales como el debido proceso, no se acredita con el solo comentario acerca de su desconocimiento si es que se pretende su análisis en esta sede extraordinaria. Para el logro de ese cometido, es indispensable identificar el vicio que se pregona como desconocedor de las garantías fundamentales o de la estructura del proceso, la causa que lo origino y su trascendencia en el resultado de la actuación.

El cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO. Causal Primera.

El casacionista hace consistir esta censura en el desconocimiento de la ley sustancial derivada de un yerro en la apreciación probatoria, pero omitió señalar si se originó a consecuencia de errores de hecho y menos aún si la equivocación del juzgador consistió en

haber omitido apreciar una prueba que obraba en el proceso, o supuso una inexistente (falso juicio de existencia) o la tergiversó haciéndole producir efectos que no se desprenden de ella(falso juicio de identidad).Tampoco expresó si fue que incurrió en alguno de los motivos atacables por la vía del error de derecho (falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción).

Orientó el demandante todos sus esfuerzos a demostrar que del informativo emergen dos versiones opuestas, una, la compuesta por los policiales que adelantaron el operativo que culminó con la aprehensión de los procesados, junto con el informe, el acta de aprehensión y las declaraciones del padre de la víctima, señor Crisóstomo Suárez, del mismo plagiado, Javier Suárez Hernández y de su novia Janeth Cecilia Contreras.

La otra, conformada por los testimonios de los profesores de secundaria y varios estudiantes, los que a juicio del censor “infirman a los primeros” y dejan sin piso legal las afirmaciones sobre la captura en flagrancia porque “son contestes y coherentes en asegurar que nunca el procesado ALEXIS PEÑA entró al colegio a realizar llamada alguna”; que por el contrario, PEÑA fue capturado cuando se encontraba frente al establecimiento educativo y luego si fue llevado al interior del plantel en calidad de detenido.

No se desprende de ese planteamiento la presencia de error alguno de apreciación probatoria, sino la visión personal del recurrente que pretende anteponer al análisis valorativo del juzgador, postura que no acarrea ningún efecto en sede de casación, ante la facultad de que gozan los falladores de instancia para apreciar los elementos de convicción y asignarles el grado de credibilidad que estimen pertinente, siempre que sus razonamientos sobre el mérito probatorio asignado no desconozca las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

En un errado entendimiento del libelista, acerca de lo que constituye el objeto y fin del

recurso de casación, sigue adelante con el análisis de las pruebas que hacen parte del expediente, para darle respaldo a la versión que se presenta más favorable a su representado, como si a la Corte le correspondiera escoger entre las consideraciones del demandante y las de los falladores de instancia. De esa manera, resalta la importancia de la experticia técnica evacuada en la diligencia de inspección judicial, porque, según él, con ella se demuestra con certeza que ninguna persona puede ingresar al plantel educativo sin ser visto en su recorrido, hasta llegar al teléfono público, y que además debe sobrepasar dos puertas que se encuentran aseguradas con candado. En cambio, ninguna importancia probatoria le merece el resultado de la prueba fonoespectrográfica, ni el estudio grafotécnico o las transcripciones de los cassettes, ni el reconocimiento en fila de personas, porque no tienen ningún valor probatorio.

Debe recordarse que la presunción de amparo y legalidad de los fallos de instancia, impide que en esta sede se les cuestione de esa manera, porque la casación no constituye una instancia adicional en la que operen las personales consideraciones del recurrente. Su desquiciamiento, sólo es posible intentarlo a través de la demostración de la violación de la ley sustancial, derivada de alguno de los motivos expresamente consagrados en el ordenamiento jurídico.

El censor deja de lado todas estas precisiones técnicas, lo que le permite desarrollar su alegato de manera poco metodológica, involucrando argumentos que no guardan ninguna correspondencia. Como cuando se refiere a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, para señalar que es una prueba inexistente, porque se realizó cuando con antelación ya se habían publicado en la prensa local las fotografías de los individuos a reconocer y además, porque los defensores de los encartados no fueron avisados de la realización de la diligencia. No hay duda que este planteamiento se adecua a la especie del error de derecho por falso juicio de legalidad, respecto del cual no se abordaron las exigencias técnicas requeridas para esta clase de reproches, como tampoco la demostración del efecto que causa dicha exclusión probatoria en el resultado de la

actuación a la que va ligada esta clase de desaciertos.

No obstante, observa la Sala que la víctima rindió su primera declaración ante la Unidad Especial Antiextorsión y Secuestro el 24 de agosto de 1993, oportunidad en la que suministró la descripción morfológica de los secuestradores y la publicación de las fotografías de los imputados ocurrió al día siguiente (cf. fls 18, 19 y 145 c.o.1). Aún cuando la diligencia de reconocimiento ocurrió en el mes de septiembre, las características físicas consignadas en la indagatoria de cada procesado, coinciden con las señaladas por la víctima, (fls 38,48 y 52), por lo que no hay lugar a objetar la diligencia por este aspecto.

En cuanto al reproche formulado a la prueba testimonial, que el libelista hace consistir en que no se tuvieron en cuenta los parámetros de la sana crítica porque la evaluación hecha por el fallador no corresponde a la realidad procesal, debe indicarse que el simple señalamiento de incoherencias o contradicciones en las declaraciones de los policiales o la sola manifestación de que se pretermitieron las pautas de la sana crítica no resulta suficiente para provocar un análisis en torno a ese planteamiento, máxime cuando ni siquiera se ha tenido en cuenta el juicio crítico efectuado por el fallador acerca de los medios probatorios objeto de reproche y de esa manera comprobar los desaciertos en que incurrió y que tornan el fallo ilegal.

Debe señalarse también que las grabaciones y las experticias practicadas no arrojaron ningún resultado positivo para el fallador de segundo grado y ni siquiera la misma diligencia de inspección judicial que el libelista resalta, porque esta se realizó con el fin de establecer el sitio donde se ubica el teléfono público desde el cual efectuó la presunta llamada extorsiva el día que se dio captura a los encartados, (fls 213 y ss c.o.2), pues descartado el estado de flagrancia, ninguna otra incidencia probatoria arrojaba la citada diligencia.

Pero al margen de las inconsistencias técnicas de las que adolece el libelo, no encuentra la Sala justificación alguna en la elaboración de este reproche que en el fondo lo que deja ver es la pretensión de demostrar que los procesados no fueron capturados en situación de flagrancia, en tanto que dicha circunstancia fue descartada por el fallador de segunda instancia al analizar en conjunto la prueba testimonial integrada tanto por los testimonios de los agentes que participaron en el operativo como por las personas vinculadas al colegio donde se llevó a cabo el operativo, la cual, por las inconsistencias puestas de presente en el fallo del Tribunal, no ofrecía suficiente garantía de seriedad. (fls 12 y 13 C.Tribunal).

En síntesis, no se concretó en la censura la clase de error que se pretendió demostrar y ello, unido a las inconsistencias técnicas reseñadas, no es posible la prosperidad del cargo.

DEMANDA A NOMBRE DE OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS.

PRIMER CARGO. Causal Tercera.

Aduce el apoderado judicial de este procesado que el fallador desconoció su derecho a la defensa al darle valor a pruebas irregularmente aportadas a la investigación que fueron practicadas sin el lleno de los requisitos legales.

Desconoce el libelista, como de manera reiterada lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala, que los yerros originados en la valoración de una prueba practicada sin el lleno de los requisitos legales deben formularse por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, por tratarse de un error in iudicando con efectos directos en la decisión de instancia, porque de llegar a acreditarse se debe excluir el medio probatorio, sin que pueda ser estimado materialmente. Esta clase de yerros no tiene ninguna trascendencia en la estructura del proceso y su reclamo por la vía de la nulidad resulta inadecuado.

De otro lado, la supuesta irregularidad en la práctica del reconocimiento la hace consistir

el recurrente en que no se efectuó con la presencia del defensor de confianza de PEÑA CARDENAS, quien no intervino por la falta de publicidad de la resolución que ordenaba la prueba, vive en la ciudad de Cúcuta y estuvo esperando la resolución. Por lo tanto actuó de manera clandestina al efectuar la diligencia con el defensor de oficio y conculcándole el derecho a la defensa porque previamente en un periódico de amplia circulación se había reseñado la captura de los encartados con publicación de sus fotografías.

Destáquese al respecto, que mediante resolución del 25 de agosto de 1993 el respectivo fiscal regional dispuso, entre otras, la práctica de esta diligencia (fl 28 C.) que reiteró en auto del 30 de agosto siguiente para lo cual comisionó a la SIJIN (fl 78), lo que impide afirmar que el instructor actuó de manera clandestina. La diligencia se llevó a cabo los días 7 y 8 de septiembre de 1993, con la presencia del respectivo defensor de oficio, lo que no constituye irregularidad, por que esta clase de nombramientos está autorizada por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal, ante la ausencia del defensor contractual. En esas condiciones, el comisionado le dio cumplimiento a la ley.

Además, es deber del defensor titular estar pendiente de la práctica de las diferentes diligencias, máxime cuando han sido ordenadas con la debida antelación cuando apenas se iniciaban las primeras pesquisas.

En cuanto a la publicación de las fotografías en un periódico local, ya se dijo que un día antes el plagiado había efectuado una descripción física de los imputados. Sin embargo, este es un aspecto que de llegar a probarse debe ser analizado al momento de la valoración de los elementos de juicio, pero no es motivo que torne ilegal la prueba.

La afirmación del libelista de que la diligencia de reconocimiento ameritaba la presencia del defensor de confianza quien conocía las contradictorias declaraciones del señor Javier Suárez Hernández, y que no podía reconocer a sus captores porque mientras

estuvo secuestrado era mantenido con los ojos vendados, no es acorde a la realidad, porque este manifestó que de vez en cuando le quitaban las vendas para escribir cartas y descansar los ojos. (fls 18 y 19).

Además por la naturaleza y fines de esta diligencia no le era dable al defensor realizar controversia alguna, aspecto que también impide deprecar como desconocido el derecho a la defensa.

El cargo no prospera.

CARGOS EXCLUYENTES.

Amparado en la misma causal tercera de casación, aduce el libelista que se desconocieron las garantías al debido proceso y el principio de favorabilidad porque al hablarse en la sentencia de segundo grado de que la prueba testimonial “no aporta certeza alguna” y que “solo de perplejidad puede hablarse en este caso”, debió aplicarse el principio del in dubio pro reo.

La proposición de esta censura no supera las deficiencias técnicas detectadas en el cargo anterior, pues nuevamente se equivoca el libelista en la vía que escogió para el ataque. La falta de aplicación al principio recogido en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sala, debe invocarse con estribo en la causal primera de casación, por la vía directa o la indirecta, sea que el error haya surgido del plano estrictamente jurídico de derecho o que se haya derivado de una errónea apreciación probatoria. (error in iudicando). Por lo tanto, su formulación al amparo de la causal de nulidad cuyo efecto es la reparación de los actos afectados y las garantías de los sujetos procesales, resulta equivocada.

El desarrollo del cargo se muestra aún más ajeno a las premisas referidas, porque nuevamente deja ver el libelista su inconformidad con el mérito probatorio que el Tribunal

otorgó a los medios de prueba, aspecto que resulta extraño a la casación. La única posibilidad de promover una censura de esta especie, es por la vía del error de hecho por falso raciocinio, en aras de demostrar que el juez quebrantó los postulados de la sana crítica, a consecuencia de lo cual produjo una decisión desacertada.

Además, resulta inaceptable la postura del recurrente, quien extracta expresiones del fallo para darle respaldo a sus afirmaciones. Así, cuando menciona que la prueba testimonial “no aporta certeza alguna” o que “solo de perplejidad puede hablarse en este caso”, deja de lado las restantes consideraciones del fallador.

Al respecto debe aclararse que para determinar la responsabilidad de los procesados el fallador de segunda instancia se fue refiriendo a cada prueba en particular. Por ello cuando hizo mención de la prueba testimonial señaló que esta, por si sola no aportaba certeza pero respecto de la flagrancia, debido a que había dos clases de declarantes: de un lado, los agentes del orden que participaron en el procedimiento y hacen referencia a la situación de flagrancia; de otro, las versiones de las personas vinculadas al colegio, que sostienen que la captura se llevó a cabo en las afueras del plantel. Esa es la razón de la perplejidad que deja ver el fallador, la que también soporta con el hecho de que los agentes, en el periodo probatorio de la causa, cambiaron su versión, pero estimó que se le debía dar credibilidad a la primera de sus exposiciones. En cambio se mostró reticente a otorgarles crédito a las versiones aportadas por el personal del Colegio, por la vinculación detectada entre ellos y uno de los procesados, OMAR ALEXIS PEÑA CARDENAS ex- alumno del plantel que contó con la simpatía de todos.

Y aunque en definitiva ni unos ni otros le ofrecieron semejante garantía, por lo menos en cuanto a la situación de flagrancia que se pregona en autos, si le otorgó mérito a lo señalado por los agentes, con posterioridad a la captura.

Ante la falta de razón y técnica, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO

Por la vía del error de hecho, acusa el fallo de instancia por errónea apreciación de la prueba de reconocimiento en fila de personas, porque según el libelista el fallador distorsionó su contenido lo que permitió arribar a conclusiones contrarias a la realidad probatoria.

Tampoco en esta oportunidad atina a desarrollar el reproche de acuerdo al enunciado, porque lo que nuevamente se detecta es su inconformidad por el mérito probatorio que el fallador le otorgó y una descuidada lectura de la sentencia recurrida.

Dice el libelista que el fallador expresa una duda que no reconoce, a pesar de la pluralidad de medios probatorios, cuando la duda que se patentizó en la providencia del Tribunal fue respecto de la situación de flagrancia y no en cuanto a la responsabilidad de los procesados.

Además, cuando pregonar que la diligencia de reconocimiento en fila de personas no es demostrativa de la participación de una persona en la comisión de un delito, deja de lado otros elementos de juicio que también se tuvieron en cuenta por el fallador para deducir la responsabilidad de los procesados, quien al respecto señaló:

“Es aquí (se refiere a la diligencia de reconocimiento) donde está el medio de convicción que hace surgir la verdad y da consistencia a la acusación: Omar Alexis Peña y Miguel Galvis, son señalados sin dubitación alguna por el secuestrado como dos de sus captores (...).

Y es aquí donde todo el contexto probatorio cambia y lleva a la conclusión de que realmente los tres acusados sí fueron autores de los delitos de los cuales se trata, porque si

dos son reconocidos y fueron capturados los tres en cercanías del colegio de donde provenían las llamadas según información previa, recibida por uno de los ofendidos, los agentes no mintieron al menos en todo y si exageraron hasta llevar el asunto a un caso de flagrancia o por lo menos no puede creerse absolutamente esta parte, sí se refirieron a claras manifestaciones hechas por Urbina en un tardío interés por colaborarles en el total esclarecimiento de los hechos.

Así entonces, la prueba de cargo, aunque escasa en su número debido a las fallas que se observan en la instrucción, es suficiente para dar por probada la responsabilidad de los tres sindicados y conducir en forma razonable a la conclusión de que fueron los autores de los hechos materia de denuncia...(fl 14 C. Tribunal).

Ante la falta de razón del libelista, el cargo no puede prosperar.

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

NO CASAR la sentencia objeto de casación.

CUMPLASE

CARLOS E. MEJIA ESCOBAR

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

HERMAN GALAN CASTELLANOS

JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

JORGE E. CORDOBA POVEDA

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE

EDGAR LOMBANA TRUJILLO

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON

NILSON PINILLA PINILLA

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria