

Proceso No 22446

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

DR. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta Nº 44

Bogotá, D.C., diez de mayo de dos mil seis.

VISTOS

Por determinación del 5 de febrero de 2004, el Tribunal Superior de Armenia confirmó, con modificaciones, el fallo de condena que el Juzgado Penal del Circuito Especializado de dicha ciudad profirió el 11 de noviembre de 2003 contra ORLANDO ANGARITA BARRAGÁN, y en definitiva le impuso como penas principales, 4 años de prisión y el equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes a título de multa, como infractor del otrora Estatuto Nacional de Estupefacientes -Ley 30 de 1986- en su Art. 33, inciso 1º, en lugar de los 6 años de prisión y 100 s.m.l.m.v. deducidos por el A-Quo en la sentencia de primer grado. En la misma proporción a la de la pena privativa de la libertad, redujo la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Impugnada oportunamente en casación aquella decisión por el defensor del procesado, presentada la correspondiente demanda y concedido el extraordinario recurso, la Corte declaró ajustado el libelo a las prescripciones legales.

Como la agencia del Ministerio Público en cabeza de la señora Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal (E) ha emitido el concepto de rigor, se apresta la Sala a resolver lo pertinente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En desarrollo de labores de inteligencia adelantadas por el Comando de Policía del departamento del Quindío, se pudo establecer que a través de diferentes abonados telefónicos se gestaban actividades relacionadas con el tráfico de sustancias estupefacientes, hallazgo que tuvo lugar tras la intervención de la línea 457789 ubicada en la calle 4ª N° 21-48 de la nomenclatura urbana de Armenia que el Comandante de aquella institución ordenó el 11 de mayo de 1994, y convalidada el 13 siguiente por Resolución 557 de la misma fecha emitida por la Fiscalía Regional luego de que se le pusiera a disposición el informe pertinente.

Como resultado de esa inicial averiguación, miembros de la Policía Judicial Regional del Quindío dieron captura a Germán Uscátegui Ulloa el 5 de octubre de 1994, en cuyo poder se hallaron 260 gramos de heroína. En esa misma fecha se escuchó en indagatoria al aprehendido, definiéndosele su situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor de violar el Art. 33 de la Ley 30 de 1986, mediante resolución del 20 de octubre de ese mismo año. Allí, el Fiscal instructor también dispuso la captura de ORLANDO ANGARITA BARRAGÁN para escucharlo en injurada, luego de lo cual, en proveído del 10 de noviembre de la anualidad dicha, le decretó detención preventiva por la ilicitud en mención.

El procesado inicialmente nombrado se acogió a sentencia anticipada, en tanto que respecto del segundo, y después de que se rehiciera el trámite procesal dada

la nulidad que de lo actuado decretó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, finalmente el sumario se calificó el 25 de septiembre de 2000 con resolución de acusación para ANGARITA BARRAGÁN por la misma ilicitud que motivó su encarcelamiento, determinación que el Fiscal Ad-Quem convalidó por la suya del 1° de marzo de 2001 al conocer de la impugnación que contra la decisión de primer grado se interpuso.

Habiéndole correspondido al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Armenia el trámite del juicio, evacuada la vista pública dictó el fallo de condena al que se aludió en el acápite precedente, cuya impugnación desató la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad impartiendo confirmación, pero con la modificación a la cual ya se hizo referencia, como allí también se anotó.

LA DEMANDA

Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho por falso juicio de legalidad, que derivó en la aplicación indebida del Art. 33 de la Ley 30 de 1986 y del Parágrafo 1° del Art. 24 del Dto. 2790 de 1990, modificado por Dto. 099 de 1991, normatividad adoptada como legislación permanente mediante el Dto. 2271 de 1991; y la falta de aplicación de los Arts. 246, 247, 250 y 351 del C. de P. Penal derogado -Dto. 2700 de 1991-, es el único cargo que el impugnante extraordinario formula contra la sentencia recurrida, al estimar que se apreciaron como pruebas diligencias para cuya aducción no se observaron las formalidades establecidas en la ley.

En desarrollo de la censura, aduce el demandante que tras las labores de inteligencia desplegadas por el Comandante del Departamento de Policía del Quindío, se descubrió que desde varios abonados telefónicos se llevaban a cabo diálogos relacionados con actividades de narcotráfico, a raíz de lo cual el 11 de mayo de 1994 se remitieron al Fiscal Regional asentado en el lugar los informes 0015 y 0016 mediante los cuales se comunicaba que dicho Comando había ordenado la interceptación de la línea

telefónica 457789 ubicada en la calle 4ª N° 21-48 de la ciudad de Armenia, dada la existencia de “serios motivos” que indicaban que un tal Orlando dirigía una organización que se dedicaba al tráfico de heroína.

Fue así como el 5 de octubre de ese mismo año se capturó a Germán Uscátegui Ulloa, en cuyo poder se le hallaron 260 gramos de la aludida sustancia estupefaciente. El aprehendido, quien fuera representado por el aquí procesado, ORLANDO ANGARITA BARRAGÁN, posteriormente se acogió a sentencia anticipada comprometiendo judicialmente a su propio defensor.

Valga decir, el Comando de Policía Quindío interceptó el abonado telefónico en cuestión, sin que mediara orden de autoridad competente y mucho menos autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías, explica el censor, pues tan sólo en virtud de una de aquellas comunicaciones mediante las cuales se solicitaba al Fiscal Regional se permitiera la interceptación telefónica dicha, efectivamente ello se produjo a través de la Resolución 557 del 13 de mayo siguiente, esto es, cuando ya ello lo había dispuesto la Policía del Quindío desde el 11 de mayo anterior.

La censura contra la sentencia recurrida radica, entonces, en haberse intervenido ilegalmente la línea telefónica en cuestión y su posterior legalización, pues si la interceptación realizada por el Comando de Policía del departamento del Quindío era ilegal por no consultar las formalidades establecidas para tales efectos en la normatividad vigente para esa época -Art. 351 del Dto. 2700 de 1991-, dicha medida debió ser levantada de inmediato; pero, contrariamente, el funcionario judicial no sólo la convalidó, sino que con la orden que impartió, la convalidó. De esta manera, agrega, se produjo “la obtención de la grabación que comprometió la responsabilidad de mi defendido, por ser este el único medio de prueba obrante en los autos que compromete la responsabilidad de mi asistido (...)”

En sustento de su tesis, el casacionista alude a un pronunciamiento de la Corte de fecha 23 de noviembre de 2000, Rdo. 13.255, para hacer hincapié en que en el caso aquí debatido se requería de la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías para proceder a la interceptación telefónica acusada, argumentos que, en su sentir, “llevan irremediablemente a concluir que la grabación arrimada a los autos con su consiguiente transcripción ha sido ilegalmente recaudada o ilegalmente aducida al proceso.”

Así, no existen pruebas legalmente aducidas al proceso que permitan desvirtuar la presunción de inocencia que debe gobernar toda actuación penal -aduce el censor a manera de colofón de su planteamiento-, pues al descartar como tal la grabación magnetofónica allegada a los autos como prueba única de cargo, la condena se viene a menos como quiera que el fallo atacado tiene por fundamento la prueba denunciada por ilegal, no quedando otra sobre la cual edificar la responsabilidad de su asistido.

Casar la sentencia recurrida y en su lugar proferir fallo de carácter absolutorio por no haber en el proceso prueba que comprometa la responsabilidad del procesado, es la solicitud que el impugnante extraordinario le hace a la Sala.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de indicar en qué consiste el vicio denunciado – violación indirecta de la ley sustancial por incursión en un error de derecho por falso juicio de legalidad- y la manera como debe acreditarse, a juicio de la Delegada el actor simplemente se limitó a enunciar la existencia del yerro pretextado -desconocimiento de los requisitos establecidos en el Art. 351 del derogado C. de P. Penal para la interceptación de comunicaciones-, mas no desarrolló todos los aspectos orientados a demostrar su incidencia en la decisión objeto de censura, pues solamente señaló que “no hay pruebas legalmente aducidas al proceso que permitan desvirtuar la presunción de inocencia que

deba gobernar el proceso penal”, por lo que al descartar la grabación magnetofónica de la cual se dedujo su compromiso con los hechos investigados, “no queda prueba alguna que permita imputar la responsabilidad penal al procesado.”

No empece la deficiencia demostrativa del reproche, en criterio de la agencia del Ministerio Público el falso juicio de legalidad argüido no se configura, “no sólo porque se alude a un precepto que no es el llamado a regular el tema de la interceptación en este asunto, sino porque el acto irregular que se denuncia, carece de la trascendencia que el recurrente pretende imprimirle.”

Luego de efectuar una reseña procesal cronológica en relación con la actuación procesal de la cual se obtuvo la prueba acusada, como también una reseña legislativa de las diferentes regulaciones que sobre la interceptación de comunicaciones rigieron para la época en que se suscitaron los acontecimientos objeto de juzgamiento, la Delegada sostiene que ese fundamento legal en el que se fincó la condena que ahora se reprocha -Dtos. 2790 de 1990, modificado por su homólogo 099 de 1991, los que a su vez fueron adoptados como legislación permanente por el 2271 de 1991; 2699 de 1991, Art. 47-4; Parágrafo 1° del Art. 24 del citado Dto. 2271 y, finalmente, Art. 351 del C. de P. Penal de 1991-, era la aplicable en el presente caso por tratarse de un asunto de competencia, para ese entonces, de la otrora denominada Justicia Regional, pues fue posteriormente cuando la Corte Constitucional mediante sentencia C-567 de 1996 declaró la inexecutable del inciso final del mencionado Art. 351 del Dto. 2700 de 1991, precepto este que disponía que en eventos de flagrancia, las autoridades de Policía Judicial contaban con la facultad de intervenir y reproducir las comunicaciones con la finalidad de buscar pruebas.

En efecto, en el asunto a examen, la orden impartida por el Fiscal Regional a la Policía fue anterior a la resolución de apertura de instrucción, la cual se profirió el 5 de octubre de 1994, en tanto que la solicitud y la orden de interceptación aludidas data

del 13 de mayo del mismo año.

De ahí que el procedimiento observado en este caso fue el correcto, como quiera que el Dto. 2271 de 1991, tal como se expuso en las instancias, no contemplaba la autorización previa de la Dirección Nacional de Fiscalías, siendo suficiente la orden de un Juez, en este evento, la del Fiscal Regional, autorización que conforme a lo normado en el Art. 47-4 del Dto. 2699 de 1991 tampoco se requería, como así lo echa de menos el actor, pues cuando la iniciativa para tomar tan extrema medida partía de la Policía Judicial, era el Fiscal a cuyo cargo se encontraba el respectivo asunto quien debía autorizar la susodicha interceptación telefónica, tal como lo sostuvo la Corte en pronunciamiento realizado el 22 de octubre de 1996, Rdo. 9579.

Por esa razón, aduce la Delegada, y dada la regulación reseñada con antelación, como la iniciativa partió de la Policía Judicial que en este caso ya venía adelantando labores de inteligencia según se desprende de la información contenida en el oficio 0015 del 11 de mayo de 1994, no era necesaria la autorización del Director Nacional de Fiscalías, tal como lo demanda el censor.

Ahora, producida la declaratoria de inexequibilidad del inciso final del Art. 351 del Dto. 2700 de 1991, advierte la Delegada, si bien aquella postura jurisprudencial varió en orden a la protección efectiva del derecho a la intimidad de la manera como lo concibe la jurisprudencia constitucional, acorde con lo estipulado en el Art. 15 de la Carta Política, cuyo desarrollo se halla en el precepto legal inicialmente citado, es lo cierto que los aspectos sustanciales en el asunto a examen, tal como se evidencia del pronunciamiento realizado por la Sala el 21 de julio de 2004, Rdo. 19.819, se cumplieron a cabalidad en cuanto las interceptaciones telefónicas cuya ilegalidad se aduce fueron ordenadas por la autoridad competente -el Fiscal Regional de Armenia-, a través de providencia escrita -Resolución 557 de mayo 13/94- y con fundamento legal en tanto que su finalidad era la de procurar pruebas judiciales, amén de que se realizó de manera

técnica al identificarse en debida forma los abonados telefónicos objeto de dicha medida.

Por lo tanto, de acuerdo con la interpretación hecha en el proveído citado en último lugar acerca de la exigencia normativa de que la decisión pertinente de intervención telefónica debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías - pronunciamiento en el que se destaca la autonomía e independencia funcionales de los jueces-, la agencia del Ministerio Público es del parecer que “la aprobación por parte de la Dirección Nacional de Fiscalías para la interceptación de comunicaciones privadas, no constituye un requisito de legalidad de la prueba, por lo que no se puede reconocer, como lo pretende el demandante, un error de derecho determinante de la violación indirecta de la ley sustancial.”

Y, si el Comando de Policía interceptó el ya mentado abonado telefónico sin que mediara orden de autoridad competente, que vendría a concretarse en la posterior autorización del Fiscal Regional, la Delegada es de la opinión que tal irregularidad no tiene la virtualidad de afectar la validez de las grabaciones contentivas de los diálogos sostenidos entre el procesado ANGARITA BARRAGÁN y los señores Atalívar y Ramón Moreno, “porque estas se produjeron los días 6 y 7 de octubre de 1994, época para la cual ya existía la resolución 557 que, como se dijo, había sido expedida desde el 13 de mayo de 1994, situación que impide predicar que la prueba fue aducida al proceso sin el lleno de los requisitos legales, porque para ese momento, esa exigencia ya se encontraba satisfecha.”

Pero, es que además de las susodichas grabaciones magnetofónicas, cuya transcripción efectuó el Departamento de Policía y con posterioridad el Juez Penal del Circuito Especializado que conoció del asunto para proceder a la certificación pertinente, el sentenciador también dedujo la responsabilidad del acusado del registro de los mensajes que se encontraron en el buscapersonas hallado en su poder al momento de su

captura, en el que se le solicitaba se comunicara con el mencionado Atalívar, personaje este con el que se interceptó una de las llamadas comprometedoras de su responsabilidad.

Del mismo modo, la uniprocedencia en los patrones lingüísticos del procesado, con la voz registrada en los casetes contentivos de los diálogos interceptados, según lo determinaron los expertos a través del respectivo cotejo, confirma, aún más, el vínculo de aquél con las negociaciones ilícitas relacionadas con el narcotráfico.

De la argumentación precedente claro se ve, aduce la agencia del Ministerio Público, que en el asunto a examen no existe duda sobre tres aspectos medulares: La existencia de orden impartida por autoridad competente -Fiscal Regional- para el momento en que se interceptaron las comunicaciones sostenidas por el procesado con Atalívar y Ramón Moreno; que la legislación vigente para esa época no preveía la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías que el censor echa de menos; y, finalmente, que a pesar de que dicha autorización se hubiera requerido -Art. 351 del Dto. 2700 de 1991- y la comunicación -Art. 301 de la Ley 600 de 2000-, “se trata de una exigencia de carácter administrativo cuya ausencia no vicia de ilegalidad la prueba obtenida.”

No casar la sentencia recurrida, es la sugerencia que finalmente hace la Agente del Ministerio Público.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad, que conllevó a la aplicación indebida de algunos preceptos y la falta de aplicación de otros -los cuales se reseñan en la demanda-, es el vicio que con ocasión del presente asunto denuncia el censor, reproche que se hace consistir en la ilegal interceptación de un abonado telefónico realizada por el Comando de Policía del

departamento del Quindío, sin observancia de las formalidades legales que para el efecto establecía el Art. 351 del C. de P. Penal de 1991.

El error de derecho por falso juicio de legalidad, bien se sabe, se presenta cuando el Juzgador al establecer la existencia jurídica de una determinada prueba, le otorga validez porque considera que reúne los requisitos de incorporación al proceso, no cumpliéndolos -que es el caso que actor denuncia-, o cuando se la niega, a pesar de hallarse satisfechos tales presupuestos. Dichos aspectos, le imponen al demandante entrar a confrontar esa situación con el sustrato fáctico soporte de la condena.

En un tal evento, tiene dicho la Corte que la impugnación no queda satisfecha con la mera enunciación del cargo y el señalamiento del medio de prueba censurado, sino que le es indispensable al demandante acreditar que el juzgador en el examen probatorio le dio validez a los elementos de convicción acopiados al proceso sin el cumplimiento de las formalidades legales, y que los mismos fueron determinantes del fallo atacado, pues, por recaer esa supuesta anomalía en medios de convicción, no puede olvidarse que el examen de éstos se hace primero individualmente y después en conjunto -Art. 254 del C. de P. Penal de 1991, o 238 de la Ley 600 de 2000-. De modo que, mentalmente suprimidas las pruebas cuya ilegalidad se aduce, si no queda fundamento probatorio en el cual sostener el fallo condenatorio, su sentido debe ser diverso al adoptado.

En el asunto a examen, como bien lo destaca el Ministerio Público, el censor omitió realizar la confrontación requerida entre las prueba tachada de irregular con la restante que obra en el proceso, y establecer si ésta era insuficiente para sostener la declaración de condena censurada.

Sabido es que en el planteamiento de irregularidades como la aquí denunciada, indispensable resulta demostrar su trascendencia respecto de la decisión impugnada, deber que incumplió el recurrente extraordinario en cuanto sólo se limitó a afirmar

genéricamente que los funcionarios de instancia acogieron como válidos, sin reserva alguna, los elementos de juicio reputados como ilegítimos, mas pretermitió precisar cuál sería la conclusión como consecuencia del nuevo examen de la prueba restante, luego de excluir la viciada.

Al margen de la falencia de técnica casacional reseñada con antelación, suficiente para dar al traste con la pretensión del libelista, es lo cierto que no le asiste la razón en su prédica.

Ciertamente, la interceptación de comunicaciones como excepción al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar garantizado en el Art. 15 de la Carta Política, no es prueba ajena a regulación normativa. Luego, para evidenciar si es cierto o no que se desconocieron las formalidades legales establecidas para su incorporación, ha de examinarse las preceptivas establecidas en el citado Art. 351, fundamento normativo legitimador de esta clase de diligencias, para efecto de delimitar las condiciones en que resulta procedente su realización y para individualizar los requisitos que han de cumplirse para su validez, método mediante el cual se establecerá si la exigencia señalada como incumplida por el libelista es o no de orden legal, y por tanto, presupuesto indispensable para su eficacia probatoria.

El canon que se reputa infringido, era del siguiente tenor:

“Art. 351.- Interceptación de comunicaciones. El funcionario judicial podrá ordenar, con el único objeto de buscar pruebas judiciales, que se intercepten mediante grabación magnetofónica las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban y que se agreguen al expediente las grabaciones que tengan interés para los fines del proceso. Cuando se trate de interceptación durante la etapa de la investigación, la decisión debe ser aprobada por la Dirección Nacional de Fiscalías. En

todo caso, la decisión deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

“Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

“El funcionario dispondrá la práctica de las pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica llevada al proceso en grabación.

“Tales grabaciones se trasladarán al expediente, por medio de escrito certificado por el respectivo funcionario.

“En caso de flagrancia las autoridades de policía judicial podrán interceptar y reproducir las comunicaciones con el objeto de buscar pruebas.”

Como claramente se desprende del plano de referencia legal, la exclusividad jurisdiccional o régimen de reserva judicial, como exigencia de validez para la interceptación de comunicaciones telefónicas, no era absoluta, pues, del último inciso del transcrito precepto surge nítida la atribución que para la época de los acontecimientos investigados, como seguidamente se verá, le asistía a la Policía Judicial para desplegar dicha actividad, con la exclusiva finalidad de procurar pruebas.

En consecuencia, el reproche del censor por carecer de apoyo legal, no cuenta con la entidad suficiente para condicionar la aptitud probatoria de la diligencia así realizada, por no tratarse de un requisito sustancial que tenga que ver con la producción o aducción de la prueba, sino de un mecanismo que le permite a las autoridades de la República el control de actividades realizadas al margen de la ley, como quiera que ellas, acorde a las previsiones del inciso 2° de la Carta Política, “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes

sociales del Estado y de los particulares.”

Así las cosas, el último inciso del referido dispositivo, se reitera, autorizaba a las autoridades de Policía Judicial, en casos de flagrancia y con el objeto de buscar pruebas, a interceptar y reproducir comunicaciones sin necesidad de orden judicial. El evento sub examine cabe enmarcarse dentro de esta regulación, dado que se trataba de un caso de flagrancia habida consideración de la existencia de una empresa criminal dedicada al tráfico de estupefacientes, delito con carácter de permanencia hasta tanto la conducta punible deje de ejecutarse. Por tal razón, en desarrollo de las labores de inteligencia que el Departamento de Policía del Quindío adelantaba tendiente a la desmantelación de la banda comprometida en actividades de narcotráfico, sus miembros, conforme con aquellas preceptivas, estaban facultados para prorrogar las diligencias de interceptación. De ahí que las actuaciones censuradas conserven su entera validez.

Sin embargo, imperioso resulta precisar que por sentencia del 28 de noviembre de 1996 la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso final del precepto transcrito, en cuanto contrariaba el Art. 15 de la Constitución Política que establece como garantía fundamental la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, atributos que se predicán del derecho a la intimidad personal y familiar, las cuales sólo “pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.”

Si, como lo manifiesta el demandante, la intervención del abonado telefónico que se tacha de ilegal tuvo lugar a partir del 11 de mayo de 1994, ello significa que para dicha calenda la facultad que le asistía a la Policía Judicial para, en casos de flagrancia, proceder a la interceptación y reproducción de las comunicaciones con el objeto de buscar pruebas, se hallaba en pleno vigor, por cuanto solamente a partir del 28 de noviembre de 1996 la misma fue retirada del ordenamiento merced al aludido pronunciamiento de inexecutable de la Corte Constitucional, pues, como ya se

anotó, dada la naturaleza de permanencia de la actividad ilícita denunciada, hasta tanto ella dejara de ejecutarse la situación de flagrancia resultaba incuestionable.

Por manera que, si ningún reparo cabe realizar a la cuestionada interceptación en los términos que con antelación vienen de precisarse, menos puede hacerse respecto de la grabación magnetofónica que se derivó de aquélla, medio que sometido al tamiz de la sana crítica, como con acierto lo determinó el Ad-Quem, determinó la condena que ahora se ataca.

Por lo tanto, ante la falta de demostración del reproche, la censura deviene infundada.

En mérito a 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 el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

MARINA PULIDO DE BARÓN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Permiso

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria