

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

AP1507 - 2016

Radicación 48451

(Aprobado Acta No. 077)

Bogotá D.C., ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

VISTOS:

Decide la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor de KARLA TATIANA GÓMEZ ARISMENDI y OTONIEL MURILLO ÁLVAREZ.

HECHOS:

El Tribunal declaró probada la siguiente situación fáctica:

Desde mediados de 2012, en la vereda Travesías del barrio Belencito Corazón, sector “El Morro” o “El Cristo” de la ciudad de Medellín operaba una banda delincriminal autodenominada “Los paracos”, dedicada a actividades de comercialización de estupefacientes, extorsión, homicidios y otros. Entre sus integrantes estaban OTONIEL MURILLO ÁLVAREZ, alias “Toto”, KARLA TATIANA GÓMEZ ARISTIZÁBAL, Hélder Andrés López Barrientos, alias “Cuencas”, Juan Esteban Betancur Ortiz, alias “Gato”, Jhon Jaime Monsalve Escobar y algunos menores de

edad, entre ellos alias “Garrillo” y E. M. S. A., compañera sentimental de MURILLO ÁLVAREZ.

El 16 de febrero de 2013 tres de los miembros de dicha agrupación delincriminal retuvieron a los menores Esteban Álvarez Muñoz y Sleyder Asprilla Girón luego de que descendieran de un vehículo que los condujo al sector de “El Morro” o “El Cristo”. De allí los condujeron al sector “Los Pinos”, zona despoblada y boscosa, donde los golpearon, torturaron y despojaron de sus prendas de vestir, tras lo cual les dieron muerte con armas corto punzantes y corto contundentes.

Al día siguiente, a las 7 de la mañana, enterraron los cuerpos de las víctimas en una fosa que excavaron en la finca “Aguadas”, sector Aguas Frías, de donde fueron exhumados en horas de la tarde por la Policía Judicial.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 12 de marzo de 2013 la Fiscalía les imputó a KARLA TATIANA GÓMEZ ARISMENDI, OTONIEL MURILLO ÁLVAREZ, Hélder Andrés López Barrientos, Juan Esteban Betancur Ortiz y Jhon Jaime Monsalve Escobar los delitos de homicidio agravado, tortura, secuestro simple, concierto para delinquir y utilización de menores para la comisión de delitos. Éstos no se allanaron a los cargos y se les formuló acusación en audiencia celebrada el día 23 de octubre del mismo año.
2. En el curso posterior de la actuación López Barrientos suscribió preacuerdo con la Fiscalía, produciéndose la ruptura de la unidad procesal.
3. Surtido el trámite de rigor, en fallo emitido el 28 de mayo de 2015 el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín condenó a los demás acusados. Les impuso, a título de penas principales, 720 meses de prisión y 43.829 salarios mínimos legales mensuales de multa, así como la accesoria de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años.

4. La defensa apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de la precitada ciudad, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 20 de abril de 2016, revocó la condena proferida en contra de Juan Esteban Betancur Ortiz y Jhon Jaime Monsalve Escobar en lo relativo a los delitos de homicidio agravado, tortura y secuestro simple. Por tanto, los absolvió por razón de esos punibles, imponiéndoles 118 meses y 21 días de prisión y 2.700 salarios mínimos legales de multa. En lo demás, confirmó la decisión de primera instancia.

LA DEMANDA:

Cargo primero. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad.

Tanto el testimonio de la señora Alexandra Ángel como las grabaciones por ella realizadas, debieron ser excluidas, por cuanto, como lo demostró la defensa en el juicio oral, la declarante fue inducida por la Policía Judicial, al proporcionarle el celular con el cual las efectuó, es decir, que aprovechando la relación de confianza que tenía con la presunta organización criminal la infiltraron ilegalmente para obtener información relevante, desconociendo así el derecho fundamental a la intimidad de quienes participaron en esas conversaciones y de paso los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004 que regulan la actuación de los agentes encubiertos.

El proceder de los miembros de la Policía Judicial fue tan desproporcionado que inicialmente pretendieron demostrar que el CD contentivo de las grabaciones fue entregado directamente por la señora Ángel, al cual tampoco se acompañó el dictamen pericial que explicara la forma como se realizó la extracción de las conversaciones, de manera que no puede garantizarse que sean las mismas o que hayan sido editadas.

Para el recurrente, la información contenida en un teléfono celular constituye evidencia digital, de manera que para su extracción y preservación deben cumplirse los estándares internacionales que rigen la materia, por cuanto en nuestro país no existe regulación al respecto. Por tanto, es necesario aplicar los protocolos adoptados por la Asociación de Jefes de Policía del Reino Unido (ACPO) y la Organización Internacional de la Evidencia del Computador (IOCE) y, en particular, hacer uso de la prueba denominada MD5 o CHECKSUM, consistente en “un algoritmo que tiene como finalidad calcular la huella digital de un archivo o checksum, este mecanismo es usado para poder comprobar la integridad de un archivo que ha sido transmitido mediante copia, e-mail, ftp, etc. entre diferentes sistemas informáticos”.

En este caso, de haberse entregado el teléfono celular por parte de Alexandra Ángel a los investigadores, éstos tenían que enviarlo a un perito experto en informática para proceder a la extracción de la evidencia digital, en forma que la defensa pudiera acceder al celular para someterlo a sus propios análisis y determinar la validez del dictamen del perito, lo cual nunca ocurrió.

Si, de otra parte, se considerara que la testigo miente cuando afirmó que recibió el teléfono de los funcionarios de Policía Judicial, igualmente debería concluirse que no dijo la verdad cuando señaló en el juicio oral quiénes son los interlocutores de las conversaciones, máxime la animadversión hacia OTONIEL MURILLO y los demás compinches del barrio por la relación de su menor hija E. M. S. A. con el procesado y las contradicciones en que incurrió en sus diversas intervenciones frente a los participantes en cada una de las visitas que realizó al domicilio de su hija para llevar a cabo las grabaciones.

Surgen, por tanto, dudas razonables sobre los personajes que intervinieron en esas conversaciones, de manera que no está demostrada la responsabilidad de los procesados en los delitos de secuestro, tortura y homicidio.

Si el Tribunal hubiera advertido que las grabaciones se obtuvieron ilegítimamente, las habría excluido junto con las diversas manifestaciones de la testigo Ángel y, de esa manera, tendría que haber absuelto a los acusados.

Así las cosas, le solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo de carácter absolutorio.

Cargo segundo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso raciocinio.

La Corporación judicial vulneró el principio lógico de razón suficiente cuando concluyó que el sentido de las conversaciones tiene que ver con la advertencia efectuada por alias “Toto” a su interlocutor para que no circularan por el lugar donde se encontraban los cuerpos de los menores.

Para efectuar esa inferencia partió de un presupuesto erróneo, si se tiene en cuenta que el doble homicidio se cometió entre el 16 y el 17 de febrero de 2013, mientras las interceptaciones telefónicas se realizaron entre el 28 de febrero y el 7 de marzo siguiente, es decir, 11 días después de que sucedieran los hechos, perdiendo de vista el Tribunal que los cuerpos fueron exhumados el 17 de febrero, en horas de la tarde.

Si la exhumación ocurrió ese día, mientras las interceptaciones una semana después, no resulta lógico inferir que MURILLO ÁLVAREZ se refería al lugar donde se encontraban los cuerpos de los menores. Por consiguiente, no es dable deducir su participación en los delitos atribuidos, máxime cuando de las demás pruebas practicadas no puede concluirse su responsabilidad, atendidas las contradicciones en que incurrió Alexandra Ángel sobre las personas que estaban presentes cuando visitó a su hija.

El Tribunal desconoció también el principio lógico de razón suficiente cuando del tono imperativo utilizado en las conversaciones con los demás miembros de la banda delincuencial infirió que el procesado era el líder de ese grupo para atribuirle así el conocimiento de los hechos y un aporte esencial en la comisión de los delitos, cuando bien pudo tratarse de un mando medio.

Lo cierto es que no existe prueba acerca del conocimiento o participación de MURILLO ÁLVAREZ en el secuestro, tortura y homicidio de las víctimas. Por tanto, le solicitó a la Sala casar la sentencia impugnada y absolver al procesado frente a esos punibles.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El estatuto procesal penal expedido mediante la Ley 906 de 2004, conforme ocurre con el previsto en la Ley 600 de 2000, también exige, como condición para la admisión de la demanda de casación, la satisfacción de exigencias de claridad y precisión, cuyo fin es permitirle a la Corte establecer sin dificultad cuál es el error atribuido al sentenciador, causante de la violación de la Constitución o la ley o la afectación de las garantías fundamentales de las partes.

Esos presupuestos, en el esquema procesal contemplado en la Ley 906 de 2004, surgen de lo dispuesto en los artículos 183 y 184, inciso segundo. La primera de dichas normas exige al censor presentar la demanda señalando de manera precisa y concisa las causales invocadas y sus fundamentos. A su turno, la segunda establece que no se seleccionará el libelo cuando, entre otros casos, se prescinde de señalar la causal o no se desarrollan los cargos de sustentación.

Al amparo de las mencionadas disposiciones la Corte ha expresado que en la

nueva sistemática procesal penal al demandante le corresponde también satisfacer, al formular los respectivos cargos, las pautas fijadas tradicionalmente por la jurisprudencia frente a cada una de las causales de casación establecidas por la ley.

Analizará la Sala en seguida si los dos reproches formulados por la defensa cumplen tales requisitos.

Cargo primero. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de derecho por falso juicio de legalidad.

Según el actor, el yerro se presentó, en primer lugar, por cuanto las grabaciones efectuadas por Alexandra Ángel Moreno no se sujetaron al procedimiento establecido en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004 que regulan la figura de los agentes encubiertos. Y, en segundo lugar, porque en la extracción y preservación de la información no se siguieron los protocolos que garantizaran que se trata de las mismas conversaciones objeto de grabación.

Quien acude al recurso extraordinario de casación tiene la carga de demostrar que el Tribunal incurrió en error de juicio o de procedimiento y para ello lo mínimo que debe hacer es intentar desvirtuar los fundamentos con los cuales el juzgador desestimó los argumentos de parte expuestos, en su momento, para acreditar la existencia de la equivocación. La obtención de un tal propósito no se logra, entonces, con sólo plantear en la demanda la particular visión que se tiene sobre el tema, con exclusión de la discusión jurídica o probatoria que se suscitó al interior de las instancias.

Y esto es lo que acontece en el presente caso. El ad quem no acogió el criterio del ahora casacionista, señalando que la señora Ángel Moreno no actuó en condición de agente encubierto cuando, en coordinación con la Policía Judicial, grabó con un teléfono celular las conversaciones que sostuvo con los integrantes de la banda criminal que operaba en el sector de “El Morro” o “El Cristo”, entre quienes se encontraba OTONIEL

MURILLO ÁLVAREZ. Agregó que ese proceder surgía legitimado por su calidad de víctima, en cuanto una hija suya había sido incorporada a esa organización delictiva y era objeto, por tanto, de la conducta punible de uso de menores de edad para la comisión de delitos. Para arribar a dicha conclusión la Corporación judicial se apoyó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

En contra de ese planteamiento nada dijo el censor. Por tanto, en momento alguno rebatió la condición de víctima de la testigo, como tampoco que la situación aquí ocurrida encaje en los precedentes de la Sala. Y, ciertamente, que así lo ha expuesto la Corte, como lo recordó en la sentencia CSJ AP, 11 sep. 2013, rad. 41790:

“Si la víctima de un delito graba o autoriza la grabación de su voz o de su imagen para efectos probatorios, mientras dialoga o interactúa con el implicado, obviamente sin que éste consienta tales operaciones, podría generar una tensión aparente o muy leve entre el derecho a la intimidad del implicado, y los derechos de la víctima a la protección integral de las autoridades, a la verdad, a la justicia y a la reparación. Ello, por cuanto en la expresión literal del artículo 15 de la Carta el derecho a la intimidad solo puede ser interferido por orden de autoridad y en los términos que la ley disponga; y porque siendo la comunicación un acto en el que necesariamente deben intervenir el emisor y el receptor, generalmente con alternancia en esas posiciones, la comunicación deja de ser privada, aunque sólo uno de ellos facilita su consentimiento para que así ocurra.

Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho de la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ello las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la solución contraria; es decir, si se concediera

preponderancia a la intimidad del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario” (CSJ AP, 9 feb. 2006, rad. No. 19219).

No se ve cómo -y el actor tampoco lo evidenció- cambien las cosas por el hecho de que Alexandra Ángel haya utilizado, para realizar las grabaciones, un teléfono celular que le suministró la Policía Judicial. Lo cierto es que aquélla ostentaba la condición de víctima y ello, como lo concluyó el Tribunal, legitimó su actuación.

Nada dijo el defensor, igualmente, acerca de la respuesta del fallador de segundo grado conforme a la cual la inobservancia de las reglas de cadena de custodia no incide en la legalidad o licitud de la prueba sino en el mérito persuasivo que de la misma pueda extraer el juzgador de manera directa o indirecta por los resultados obtenidos a través de su análisis técnico. Y por eso pretende, una vez más, la exclusión de las grabaciones y del testimonio de Alexandra Ángel, en lo pertinente, sin advertir que el Tribunal se apoyó también en la jurisprudencia vigente de la Corte para soportar su criterio, la cual, ciertamente, dice lo siguiente:

“... la inobservancia de los protocolos de cadena de custodia no afecta la legalidad de los elementos materiales probatorios o la evidencia física, sino eventualmente su autenticidad y, consecuentemente, su valor suasorio (CSJ 21/2/07, rad. 25920; 24/8/11, rad. 36958; 26/6/12, rad. 34867, entre otras).

En efecto, el incumplimiento total o parcial de los procedimientos orientados a asegurar y demostrar el carácter genuino de los medios de convicción difiere de la legalidad de la prueba, pues el primer instituto se relaciona con la protección o conservación del elemento de convicción a partir de su descubrimiento o recaudo, mientras que el segundo tema atañe al cumplimiento de las condiciones previstas en la ley para su formación, producción o incorporación al proceso. Se trata, por tanto, de dos fenómenos

diversos y subsiguientes: primero se produce el medio de prueba y después se somete al protocolo de custodia para asegurar su genuinidad” (CSJ AP, 28 sep. 2016, rad. 47884).

Al impugnante le correspondía, por tanto, si su pretensión era demeritar la mismidad de la prueba, cuestionar el mérito asignado por los juzgadores sobre su capacidad probatoria a través de cualquiera de los errores de hecho, demostrando las irregularidades advertidas en el procedimiento de conservación y que la autenticidad del medio de convicción no logró establecerse con otras pruebas, resultando probable la alteración y/o manipulación de su contenido.

No cumplió esa carga de sustentación. Se limitó a poner en duda que la información introducida al juicio oral sea la misma que grabó la señora Alexandra Ángel a través del celular suministrado por los miembros de la Policía Judicial.

Sin embargo, no realizó esfuerzo alguno para acreditar que el Tribunal erró en la apreciación de las pruebas con las cuales la Fiscalía demostró, en los términos del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 y al amparo del principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 373 ibídem, la genuinidad de esa información. La Corporación judicial, en efecto, concluyó que, independientemente de que las conversaciones hubiesen sido extraídas del teléfono celular para ser copiadas en un CD, el investigador Alexander Zapata Piedrahíta testificó que él fue quien realizó esa labor, mientras la propia Ángel Moreno corroboró que las conversaciones publicitadas en el juicio oral corresponden exactamente a las grabadas por ella.

Lo único que hace el actor es cuestionar la credibilidad de Alexandra Ángel, en razón a su animadversión hacia el procesado OTONIEL MURILLO y por las contradicciones en que incurrió, exponiendo su particular punto de vista sobre el alcance probatorio de ese medio de prueba, pero sin acreditar, a través de los motivos de casación

establecidos en la ley, error grave en la valoración efectuada por el juzgador.

En consecuencia, el reproche se inadmitirá.

Cargo segundo. Violación indirecta de la ley sustancial derivada de error de hecho por falso raciocinio.

Esta censura cumple las exigencias de sustentación exigidas por la ley y desarrolladas por la jurisprudencia y, por eso, se admitirá.

Se precisará, finalmente, que contra la decisión inadmisoria sólo cabe el mecanismo de insistencia, conforme lo tiene establecido el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, cuya interposición procede bajo las reglas fijadas en jurisprudencia reiterada de la Sala ((CSJ AP, 12 dic 2005, Rad. 24322).

En lo referente al cargo que se admitirá, se ordenará que una vez se surta el trámite relacionado con el mecanismo de insistencia, se fije fecha para la realización de la respectiva audiencia de sustentación oral.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1. INADMITIR el cargo primero de demanda de casación presentada por el defensor de

KARLA TATIANA GÓMEZ ARISMENDI y OTONIEL MURILLO ÁLVAREZ.

Según lo establecido en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad de la demandante elevar petición de insistencia.

2.- ADMITIR el cargo segundo de la referida demanda.

Una vez se surta el trámite relacionado con el mecanismo de insistencia, se fijará fecha para la realización de la respectiva audiencia de sustentación oral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria