

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Luis Guillermo Salazar Otero

Magistrado Ponente

SP8835-2015

Radicación No. 41728

(Aprobado Acta No.234)

Bogotá, D.C., ocho (8) de julio de dos mil quince (2015)

ASUNTO:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de los procesados Onofre Gaitán Fernández y Marlene Moya Sánchez, así como por la Delegada de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia del 11 de diciembre de 2012, por medio de la cual el Tribunal Superior de Valledupar revocó parcialmente la sentencia de primera instancia proferida el 27 de octubre de 2011 por el Juzgado Penal del Circuito Especializado Adjunto de dicha ciudad, para condenar a aquellos, junto con Rodrigo Romero Regino, como autores del delito de concierto para delinquir agravado y a la vez la confirmó en tanto absolvió a los acusados Luis Eduardo Garrido Martínez, Nieves María Maestre Fragoso, Jonier Javier Barrios Mesa, Fredy Alberto Restrepo Coronado, Guillermo

Antonio Pediaña Hurtado, José Alberto Benjumea Martínez, Edgardo Manuel Díaz Monterrosa, Héctor de la Hoz Medrano, María Rubi Forero Marín, Yeiner Ríos Vaca, Fernando Cantillos Ríos, Óscar Enrique Aroca Campuzano, Alex Yoney Daza Montero, Juan Sanmartín Meléndez, Israel Arturo Campo, Víctor Euclides Tovar Gómez, Hernán Alberto Maestre Ochoa, José de los Santos Cervantes Castillejo, Lenin Antonio Montes Sajallo, Julio Cesar Montes Sajallo, Carlos Enrique Gómez Pushaina, Jhon Jairo Hernández Sánchez, Javier Ruiz Díaz, Alberto de Jesús Araujo Molina y Mario Antonio Jacome Cheyne.

HECHOS:

En términos del ad quem, “de acuerdo con actuaciones del Ejército Nacional y la SIJIN con sede en esta ciudad (Valledupar), en los últimos meses del año 2007 varias personas se habrían reunido en el Corregimiento de Chimila, geografía del municipio de El Copey (Cesar), para acordar con desmovilizados de las autodefensas del Bloque Norte -mal denominado ‘Mártires de Guerra’- la realización de conductas de extorsión y homicidios selectivos por supuestos incumplimientos del gobierno nacional en el proceso de desmovilización.

Como integrantes primigenios de la organización armada se señalaron a Luciano Rojas Serrano (Alex), a Luis Francisco Robles y a 25 personas más que serían entrenados aún militarmente por Omar David Celedón Calderón (a. Cocoliso) y que dispondrían de armas de fuego y de motocicletas. Justamente, en la organización esta persona desempeñaba el cargo de patrullero o urbano y en varias versiones suministró nombres y datos de algunos de los integrantes de la asociación y de la manera como eran sacrificadas las personas que escogían como víctimas. Más tarde se contó con la versión de otro desmovilizado, Guillermo Melo (a.Tatu) lo cual permitió la captura de las 28 personas que hacían parte de esta investigación y el hallazgo de una caleta de aprovisionamiento para la organización en el norte de Valledupar”.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Dada la información que por los anteriores sucesos recolectó y suministró la Policía Nacional, el 10 de marzo de 2008 la Fiscalía Especializada de Valledupar inició una investigación preliminar por el punible de concierto para delinquir, de modo que practicadas en ella una serie de diligencias se abrió sumario el 29 de julio de 2009 contra 57 personas, incluidas las 28 antes mencionadas todas estas vinculadas mediante diligencia de indagatoria y en relación con las cuales el 14 de mayo de 2010 se cerró parcialmente la investigación.

2. El 26 de julio de 2010 la Fiscalía calificó el mérito de la instrucción para acusar a Luis Eduardo Garrido Martínez, Jonier Javier Barrios Mesa, Fredy Alberto Restrepo Coronado, Guillermo Antonio Pediaña Hurtado, José Alberto Benjumea Martínez, Edgardo Manuel Díaz Monterrosa, Héctor de la Hoz Medrano, María Rubi Forero Marín, Yeiner Ríos Vaca, Fernando Cantillos Ríos, Óscar Enrique Aroca Campuzano, Alex Yoney Daza Montero, Juan Sanmartín Meléndez, Israel Arturo Campo, Víctor Euclides Tovar Gómez, Hernán Alberto Maestre Ochoa, José de los Santos Cervantes Castillejo, Lenin Antonio Montes Sajallo, Julio Cesar Montes Sajallo, Rodrigo Romero Regino, Carlos Enrique Gómez Pushaina, Jhon Jairo Hernández Sánchez, Javier Ruiz Díaz, Alberto de Jesús Araujo Molina y Mario Antonio Jacome Cheyne como probables coautores del delito de concierto para delinquir agravado y a Nieves María Maestre Fragoso también por el citado punible pero en concurso con el de porte ilegal de armas de defensa personal.

3. Contra la anterior resolución, varios defensores interpusieron recurso de apelación pero sólo el de los procesados Montes Sajallo lo sustentó, de modo que le fue concedido en auto del 7 de septiembre de 2010.

Sin embargo, el 15 de septiembre siguiente el abogado desistió de la impugnación y el 21 del mismo mes la Fiscalía admitió dicha manifestación.

4. En firme así la resolución acusatoria, prosiguió la etapa de la causa ante el juez Penal del Circuito especializado de Valledupar, la cual concluyó en primera instancia con sentencia dictada por un juez adjunto de descongestión de esa especialidad el 27 de octubre de 2011. A través de la misma los 28 acusados en cita fueron absueltos.

5. La Fiscalía interpuso contra el fallo del a quo el recurso de apelación que el Tribunal Superior de Valledupar resolvió en sentencia del 11 de diciembre de 2012. Por medio de ésta revocó la absolución proferida en favor de Marlene Moya Sánchez, Onofre Gaitán Fernández y Rodrigo Romero Regino a quienes condenó a la pena principal, cada uno, de 9 años de prisión y multa equivalente a 3.000 salarios mínimos mensuales legales, como autores del punible de concierto para delinquir agravado. En lo demás la sentencia del a quo fue confirmada.

6. Contra la decisión del ad quem el defensor de Marlene Moya Sánchez y Onofre Gaitán Fernández, así como La Fiscalía interpusieron y sustentaron oportunamente el recurso extraordinario de casación.

LAS DEMANDAS:

1. La presentada en nombre de Marlene Moya Sánchez.

Primer cargo:

Propuesto como principal y con fundamento en la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, acusa el defensor de Marlene Moya Sánchez la sentencia recurrida de infringir el debido proceso por falta de competencia del Tribunal que la profirió y por la existencia de irregularidades sustanciales, toda vez que si bien contra el fallo del a quo la fiscalía interpuso apelación, ésta no fue debidamente sustentada, por manera que lo que correspondía era declarar su deserción y consecuentemente la firmeza de la sentencia de primera instancia.

Específicamente, dice, la fiscalía recurrente no cumplió con la carga que le concernía en el sentido de indicar cuál era el punto de inconformidad frente a los argumentos del juez para absolver a los procesados; no señala cuáles pruebas, normas o argumentos bien aprehendidos darían lugar a la condena, situación que por demás fue reconocida por el propio Tribunal.

Escasamente, afirma, la fiscalía recurrente atinó a pedir la revocatoria de la absolución y la condena de todos los procesados asegurando de manera genérica que el delito fue demostrado en su totalidad con las pruebas que sustentan la acusación y la responsabilidad de cada uno de los acusados se encuentra soportada con las pruebas documentales y testimoniales relacionadas en la acusación y valoradas por el ente instructor, como si fuera del resorte de la segunda instancia devolverse a consultar la valoración propia de la etapa instructiva.

Si bien el a quo, agrega, no se percató del incumplimiento de esa carga procesal por parte de la fiscalía y concedió la alzada, no por ello el Tribunal estaba obligado a desatar la insustentada impugnación y menos a decidir por fuera de los límites de competencia que le fija el inconforme, es decir no podía el ad quem, por un lado, asumir el conocimiento del recurso ante la indebida sustentación y por otro, tampoco le era posible extenderla a temas no planteados de modo que escogiera oficiosamente de entre los muchos argumentos del fallo cuestionado, cuál le parecía más o menos errado o acertado y resolver sobre ellos sin que mediara petición de parte.

Solicita por lo anterior se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto del 16 de enero de 2012 por medio del cual se concedió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del a quo, de modo que se declare la firmeza de ésta.

Segundo cargo:

También como principal y al amparo de la causal primera de casación, acusa la

sentencia impugnada de infringir directamente la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 340 del Código Penal, porque la conducta atribuida a su defendida no se adecua a la descripción típica referida al concierto para conformar bandas criminales.

El atropello que en esas condiciones se produjo frente a principios constitucionales como el debido proceso, se concretó al condenar a Marlene Moya por un delito que no cometió debido a que su conducta es atípica, señaló.

Dados los hechos fijados por el sentenciador, que no discute, dice, en ellos no hay referencia alguna a Marlene Moya, luego resulta imposible aplicarle las consecuencias del citado artículo 340.

Agrega que, de lo que encontró singularmente el Tribunal referido a la procesada Marlene Moya, nada se ajusta a las descripciones de dicha norma, ya que de su argumentación se infiere que lo que se le atribuye a la acusada es ser enfermera, ostentar títulos que la acreditan como tal, llamarse según ya se dijo y poseer una droguería, nada de lo cual encaja en los antecedentes fácticos fijados por el juzgador, luego la adecuación típica fue errada porque la conducta a ella atribuida no se ubica en ninguno de los elementos propios del delito, empezando por el acuerdo de voluntades con los integrantes de la banda emergente, elemento sin cuya concurrencia no se puede predicar la existencia del punible y menos la autoría de quien no se ha concertado con nadie para ese efecto.

Ninguno de los hechos probados indica que Marlene Moya se reunió en Chimila con paramilitares desmovilizados o con otras personas, para concertar la realización de extorsiones y homicidios selectivos por supuestos incumplimientos del gobierno en el proceso de desmovilización; tampoco se vislumbra que ella haya puesto su voluntad al servicio del grupo criminal, el ejercicio de su actividad como enfermera y promotora de

salud no se adecua a la descripción del artículo 340, eso no demuestra un acuerdo para conformar una banda criminal.

Demanda por tanto se case el fallo recurrido para que en su lugar se deje vigente la sentencia absolutoria proferida en primera instancia.

Tercer cargo:

Propuesto subsidiariamente y con base en la causal primera de casación, cuerpo segundo, sostiene el defensor de Marlene Moya que la sentencia cuestionada infringió indirectamente la ley sustancial al incurrir en error de derecho por falso juicio de legalidad en la valoración de las pruebas que la fundaron, toda vez que tuvo por legalmente producidos los señalamientos hechos por Omar Celedón y Guillermo Melo no obstante que fueron consecuencia de las presiones e intromisiones indebidas de la policía judicial con extralimitación de funciones.

Así, afirma, el teniente Wilson Preciado, miembro de la Comisión Interdisciplinaria que se constituyó para efectos de esta investigación, extralimitó sus funciones y contaminó la prueba de ilegalidad cuando acompañó a dichos testigos a todas y cada una de las versiones que rindieron ante la Fiscalía, para asegurarse de que éstos dijeran lo que antes de la diligencia habían pactado.

Es que las labores previas de verificación ejecutadas por la policía judicial carecen de valor probatorio, de modo que sus informes sólo pueden servir de criterio orientador, mas en este evento el citado oficial no rindió alguno acerca de que los mencionados testigos hubieran señalado a Marlene Moya en calidad de partícipe de los hechos y sin embargo éstos aparecen en sus versiones reconociéndola gracias a que el teniente en mención asistió y participó activamente en las respectivas diligencias como si fuera el funcionario judicial, no obstante que era el fiscal el único facultado para interrogar en la versión libre o en la indagatoria.

La permisión de la fiscalía no torna esas pruebas en legales, ni susceptibles de valoración, mucho menos cuando en la audiencia de juicio tales testigos precisaron cuál había sido la actuación del oficial y por qué ante él tuvieron que mentir.

Según consta en el expediente, añade, los testimonios de Celedón y Melo fueron inspirados por ese miembro de policía judicial quien los indujo para que declararan en contra de las personas que él indicaba, a cambio de beneficios por colaboración, regalos y trato diferente en reclusión, por eso para asegurarse de que declararían conforme sus instrucciones estuvo presente en muchas de las diligencias, incluso las practicadas por la fiscalía, cuando ya no era necesaria su intervención.

Precisa el demandante las diligencias donde el citado oficial intervino para luego ejemplificar la forma como en su sentir se fue degradando la seguridad de las acusaciones a medida que el teniente Preciado ya no estaba, dice, para intimidar a los testigos y relaciona a todos aquellos que supuestamente fueron presionados por el oficial o que aseguran que la investigación obedece a un montaje elaborado por éste, para así hacer ver que los dichos de Celedón y Melo a través de los cuales señalaron a Marlene Moya como integrante del grupo ilegal emergente “Los Gaitanistas”, fueron producto de la influencia de Preciado.

En esas condiciones, asegura, la práctica de tales testimonios desconoció el debido proceso probatorio porque en contra del artículo 234 de la Ley 600 de 2000, el funcionario que los incorporó no fue imparcial al permitir la intromisión maliciosa de un extraño que, ejerciendo violencia moral, comprobaba la fidelidad de los testigos inducidos por él, olvidando por demás la prohibición señalada en el artículo 274 ídem, o la prevista en el precepto 273 acerca del interrogatorio separado de los testigos, o el rito que rige la práctica de esa prueba en términos del artículo 276 de la misma codificación.

Aprehendido el conocimiento de la investigación por la fiscalía, el oficial de policía

judicial, según lo precisa el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, únicamente podía intervenir en la práctica de pruebas técnicas, pero no de la manera que lo hizo a través de visitar e inducir a los testigos sobre el contenido de sus declaraciones.

Como la vinculación de Marlene Moya a este proceso obedece a las imputaciones efectuadas en esos dos testimonios ilegales, que por tanto han de ser excluidos, solicita se case el fallo impugnado y en su lugar se confirme la absolució n adoptada en primera instancia.

Cuarto cargo:

Planteado también como subsidiario, se denuncia a través suyo la violación indirecta de la ley por incurrir la sentencia recurrida en error de hecho derivado de un falso juicio de identidad, al valorar el testimonio de Omar Celedón y el reconocimiento fotográfico realizado por el mismo respecto de Marlene Moya.

Tergiversó tales medios de convicción el Tribunal por cuanto el señalamiento a que se alude en la sentencia no fue realizado en relación con Marlene Moya sino con respecto a Luz Dary Castrillón.

Consta en el acta correspondiente que Omar Celedón señaló una fotografía que en blanco y negro obra a Fl. 23 del cuaderno original No. 1, pero ésta corresponde a Luz Dary Castrillón; sin embargo el ad quem aseguró que de ese modo se identificó a Marlene Moya, incurriendo así en el falso juicio invocado porque de tal manera se mutó el contenido real de la prueba.

Solicita en consecuencia se declare la prosperidad del cargo y se extraigan del caudal probatorio los elementos de convicción indebidamente apreciados.

Quinto cargo:

También subsidiariamente denuncia la infracción indirecta de la ley por la comisión de un error de hecho originado en un falso raciocinio, habida cuenta que la única fotografía de Marlene Moya que obra en el proceso a fl. 218 del cuaderno 8, tomada en reclusión, fue usada por el Tribunal para colegir similitud con las características que de ella refirieron los testigos Celedón y Melo, mas en dicho aserto vulneró el principio lógico de no contradicción por desconocer que no es lo mismo una mujer gorda que una flaca, o entre medir 1,50 y 1,60 o que no es igual un cabello negro y uno café, o unos ojos negros y otros café.

El ad quem afirmó equivocadamente que los rasgos morfológicos indicados por los testigos como pertenecientes a Marlene son corroborados por la fotografía en cita, pero examinada ésta se aprecia que mide 1,50 mientras que Celedón dijo que medía 1,60, es flaca al paso que los testigos afirman que es gordita; que tiene cicatrices, cuando en su indagatoria se hizo constar la existencia de solo una a consecuencia de una operación de la vesícula.

El error por tanto consistió en considerar que las señales dadas por los testigos eran concordantes con la verdadera apariencia física de la acusada, yerro a partir del cual concluyó el Tribunal que la mujer indicada por los testigos era aquella que conocieron cuando no se habían desmovilizado y respondía al nombre de Marlen Moya Sánchez.

De no haber incurrido en ese equívoco, de considerar idéntico aquello que es diferente, el ad quem habría tenido que reconocer que la acusada no había sido individualizada y que por ende esas descripciones no eran prueba de su responsabilidad como autora del punible investigado, por el mero hecho de prestar atención médica a los heridos que hacen parte del conflicto.

Demanda por tanto se expulsan del material de convicción las pruebas indebidamente

apreciadas y las inferencias extraídas a partir de las mismas para que de ese modo se case el fallo recurrido y en su lugar se confirme el absolutorio de primera instancia.

Sexto cargo:

Igualmente en subsidio acusa el fallo recurrido de infringir indirectamente la ley por incurrir en error de hecho a causa de un falso juicio de existencia, en tanto no apreció en manera alguna los testimonios de Lucía Salgado, Adela Otálora, Manuel Bolaños y Enrique Guevara, personas que, ajenas al grupo armado ilegal, conocieron a Marlene Moya cuando se desempeñaba como promotora de salud en el corregimiento de La Mesa, calificándola una profesional dedicada a la enfermería y no a actividades ilícitas.

Este error por igual se extendió al informe visible a fl.178 del cuaderno 1, contentivo de una especie de sistematización de ideas con respecto a lo dicho por el testigo sindicado Omar Celedón, por cuanto allí se confirma que Marlene Moya era apenas la enfermera y dueña de la droguería del pueblo.

De haber valorado esas pruebas en conjunto, el Tribunal habría tenido que aceptar que la acusada fue conocida en ese lugar por su labor de promotora de salud, enfermera y dueña de la droguería y no como integrante de la banda de delincuentes desmovilizados y después reorganizados en “Los Gaitanistas” con centro de operaciones en el municipio de El Copey-Cesar, a cuya reunión de integración nadie la vio comparecer; y si en algún momento aquellos utilizaron sus servicios, eso fue apenas ocasional y no permanente, por ser enfermera y no socia o integrante de la banda.

En esas condiciones, afirma, el juzgador no podía desconocer la realidad del conflicto que se vive en esas zonas, donde los trabajadores de la salud se encuentran en medio con la obligación ética de atender a la población, sean o no actores armados, de ahí que mal podría afirmarse que un profesional de la salud es de este o de aquel grupo ilegal sólo porque en ciertas situaciones atiendan heridos o enfermos o tengan relaciones de

simpatía con los mismos, olvidándose además que de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario el personal de salud tiene deberes de ayuda humanitaria en la guerra.

Las pruebas indicaban por tanto la inocencia de Marlene Moya y con más énfasis su condición de civil vulnerable en la mira de los actores armados para sacarle mejor provecho a su profesión, de modo que frente a la disyuntiva de condenar o absolver el Tribunal debió inclinarse por ésta y así confirmar la sentencia absolutoria, como en efecto lo solicita.

2. La formulada en favor de Onofre Gaitán Fernández.

Primer y segundo cargos:

El defensor de Gaitán Fernández, que también lo es de Marlene Moya, propuso, así como en la anterior demanda, un primer reparo principal por senda de la nulidad que resulta idéntico al ya reseñado en el libelo presentado en nombre de aquella, por lo cual se hace inoficioso un nuevo resumen de su contenido.

Algo similar sucede con el segundo reproche principal, postulado como infracción directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 340 del Código Penal, en tanto la conducta atribuida a su defendido no se adecua a la descripción típica referida al concierto para conformar bandas criminales, obviamente su fundamentación se correlaciona con la condición de corregidor de La Mesa que ostentaba el acusado, toda vez que, dice, su compromiso en este asunto se funda en el testimonio de Celedón acerca de que el procesado el 10 de julio de 2007 llevó a tal lugar 30 fusiles para beneficio de la organización, mas de esto no se extrae comportamiento alguno que obedezca al citado tipo penal.

Que el mencionado testigo lo hubiere reconocido, sin necesidad de fotografías, por

ser el corregidor y que el propio acusado haya admitido ejercer ese cargo, no lo ubica como autor de alguno de los verbos que describen la conducta ilícita; la sentencia no expone una actividad del procesado que lo sitúe en condición de partícipe del concierto para delinquir, ese reconocimiento del testigo y esa aceptación del procesado no revela el acuerdo de voluntades para conformar el grupo armado ilícito, nada de ello indica que se haya reunido en Chimila con paramilitares desmovilizados o con otras personas para concertar la realización de conductas de extorsión u homicidios selectivos ante el incumplimiento del gobierno en el proceso de desmovilización.

Tampoco, agrega, se vislumbra que haya puesto su voluntad al servicio del grupo criminal, por manera que todo queda en ser corregidor de La Mesa, y esta condición no corresponde a ningún tipo penal.

Tercer cargo:

Propuesto como subsidiario corresponde exactamente al planteado en el mismo orden en la demanda presentada en nombre de Marlene Moya como infracción indirecta de la ley por error de derecho derivado de un falso juicio de legalidad en la producción y valoración de las pruebas que, reducidas a los testimonios de Omar Celedón y Guillermo Melo, incriminan al procesado.

Cuarto cargo:

Planteado en carácter de segundo subsidiario, lo es por violación indirecta de la ley debido a un error de hecho por falso raciocinio, en tanto se desconocieron las reglas de experiencia relativas al modus operandi de las bandas emergentes.

Es que, asegura, el Tribunal deduce la responsabilidad de Gaitán Fernández con la mera sindicación de los testigos Celedón y Melo, sin especificar cuáles son los actos cometidos por el corregidor de La Mesa que llevaron al convencimiento de que éste

acordó con un grupo de personas para facilitar las operaciones de la banda criminal, desconociendo de ese modo una regla de experiencia según la cual cuando una persona comparte los ideales de otras haciendo parte del mismo grupo, no denuncia ninguno de sus actos ni comete hostilidades contra alguna de sus empresas.

En el proceso se demostró que Gaitán tuvo serios problemas con el desmovilizado Jácome Cheyne, creador de la Fundación Manos Unidas de Colombia, centro de acopio de los paramilitares desmovilizados, porque le retiró la bandera y los estandartes de la finca donde operaba y le impidió el acceso a dos casas para establecer unidades productivas.

De ser cierto que Onofre Gaitán pertenecía a ese grupo delincuencial habría trabajado de la mano o colaborado de cualquier forma con Jácome Cheyne, pero por el contrario fue hostil contra esa empresa, luego eso significa que no estaba comprometido con ella.

Además, el modus operandi del frente Mártires de Valledupar del bloque norte de las AUC, declarado por su comandante Enrique Guevara Cantillo, según el cual todos los funcionarios regionales o municipales debían colaborar no en cosas ilegales, sino en beneficio de la comunidad, denota la ajenidad del procesado con el grupo ilegal, aserto que se ratifica cuando aquél, sin motivo para mentir, señala a varios miembros de la organización como empresarios, ganaderos y agricultores.

Diferente es, afirma, la situación de los testigos Celedón y Melo, quienes sí tenían motivos para mentir en búsqueda de los beneficios judiciales que el teniente Preciado les había hecho creer recibirían. En ese contexto el Tribunal debió analizar que aquellos fueron presionados por el agente de policía judicial bajo el ofrecimiento de prebendas a fin de que señalaran a varias personas como integrantes de la nueva banda delincuencial, al punto que ante su incumplimiento decidieron en la audiencia de juicio retractarse y contar, ahí sí, la verdad.

Sin embargo, vulnerando el principio de no contradicción, el Tribunal asume que ellos no mienten mientras acusan al procesado, rechazando así las denuncias sobre presiones indebidas ejercidas por el teniente Preciado, cuando ha debido desechar tales testimonios por mendaces y amañados y encontrar que por los menos Omar Celedón no permanecía en el corregimiento de La Mesa porque, éste mismo lo indicó, una vez se desmovilizó se trasladó a Santa Marta y sólo regresó hasta 2008, siendo entonces capturado.

Lo anterior, añade, indica que la sentencia violó otra regla de experiencia de acuerdo con la cual nadie puede estar en dos lugares a la vez, es decir, si Celedón para el año 2007 estaba en Santa Marta, no podía estar en La Mesa para presenciar el negocio de las armas y asistir a la entrega de 30 fusiles por parte de Gaitán, tema sobre el cual la propia Fiscalía admitió que aquél mentía porque no podía estar en dos sitios al unísono, como urbano en La Mesa y al tiempo patrullero al frente de 20 hombres “rompiendo zona” y menos desempeñar dos cargos al tiempo: financiero del grupo naciente y jefe de seguridad de alias Pedro.

Erró entonces el Tribunal al aceptar las imputaciones de esos testigos de cargo sobre una presunta entrega de armas a la banda emergente, acusación que por demás, de ser cierta, sólo indicaría una ayuda esporádica, pero no la intervención como autor, dada por otro lado, la ausencia de pruebas que acrediten el acuerdo con varias personas para cometer delitos.

Otra regla de experiencia violada por el ad quem tiene que ver con la relación obligada de políticos y autoridades locales, buscada por los paramilitares que dominan la respectiva región, de modo que aquellos debían obedecer y colaborar conforme con las instrucciones de quien manda con el fusil como única razón, todo para denotar que el simple conocimiento o trato con algunos integrantes de la organización que se adueñó del pueblo, no significa un vínculo doloso entre ellos.

El atropello de esta regla de experiencia condujo al juzgador a asumir que el funcionario público local estaba concertado de manera voluntaria con el grupo dominante, contrariando así la realidad sociopolítica de nuestras provincias, cuya vulnerabilidad ante esos grupos criminales es tal que las autoridades locales que no comparten sus ideales y sus acciones, son declaradas objetivo militar.

Solicita por tanto se case el fallo impugnado y en su lugar se confirme la absolución de primera instancia.

3. La formulada por la delegada de la Fiscalía General de la Nación.

Con sustento en la causal primera de casación cuerpo segundo, prevista en la Ley 600 de 2000, acusa la delegada de la Fiscalía la sentencia recurrida de haber infringido indirectamente la ley sustancial al incurrir en errores de derecho por falso juicio de legalidad en la valoración de la base de datos de desmovilizados del bloque norte de las autodefensas y en los testimonios de Omar David Celedón y Manuel Guillermo Melo.

Frente al primero, anota, el Tribunal desconoció el mérito probatorio que desde su incorporación adquirió dicho documento, en la medida en que fue presentado por funcionario de policía judicial legalmente reconocido en la investigación para facilitar el proceso de individualización y reconocimiento que irían a hacer los testigos de cargo Omar Celedón y Guillermo Melo respecto a los integrantes de la organización criminal.

El ad quem, agrega, erró en la ponderación jurídica de ese documento desde su formación en calidad de medio de prueba y su consecuente aducción al proceso.

No lo reconoció como elemento de convicción legalmente allegado e incorporado a la investigación no obstante que fue utilizado por la policía judicial para que los señalados testigos identificaran a los integrantes de la agrupación criminal “los Gaitanistas”.

Le otorgó al mismo una falsa interpretación en cuanto a su validez so pretexto de que no fue adjuntado con el traslado del expediente al juez de conocimiento para la etapa de juicio, no empece que sí lo fue posteriormente por la instructora.

Por eso, añade, desacertada es la conclusión del juzgador cuando cuestiona que la investigación se haya adelantado con el funcionario de policía judicial sobre esa base de datos pero sin dejar en la mayoría de los casos las fotografías de las personas reconocidas por los testigos, si, en contrario, ese documento sí contiene las fotografías que se echan de menos.

Ahora como el mismo fue utilizado para que los testigos de cargo identificaran e individualizaran a los miembros de la organización delincriminal, significa que se incorporó a la estructura de la prueba testimonial y así pasó incólume al juicio, donde dado el principio de permanencia, fue controvertido por los sujetos procesales sin que para nada se hubiere cuestionado su legalidad.

La virtud probatoria de esa base de datos no se extingue por el hecho de que siendo incorporada oportunamente en la instrucción no fue remitida con el expediente para que se surtiera el juzgamiento, aunque sí después y de todas maneras antes de que concluyera el juicio o cuando a la postre hizo parte y complemento de la prueba testimonial de cargo y fue valorada en la acusación, por esto debió ser apreciada como medio probatorio útil y eficaz para los fines del proceso.

Y en cuanto a los aludidos testimonios, sostiene, también incurrió el Tribunal en error de derecho al omitir valorarlos jurídicamente, habida cuenta que en un primer momento los cercenó y fraccionó para debilitar sus atestaciones no obstante los graves señalamientos que aquellos hicieron contra los enjuiciados, todo por la supuesta no presentación a tiempo de la base de datos en el juicio, sin considerar que esta clase de prueba se compone no solo por el dicho del testigo sino también por el reconocimiento

hecho frente a los responsables de la creación y organización del grupo criminal.

La omisión de valoración jurídica de esos testimonios, afirma la libelista, se soportó también en su fragmentación porque ni siquiera tuvo en cuenta el Tribunal las primeras versiones rendidas por Celedón y Melo cuando, sin utilizar la base de datos, mencionaron a muchos de los posibles integrantes del concierto que de todas maneras fueron absueltos.

El cuestionado actuar del Tribunal, concluye, infringió el principio de legalidad, las reglas de la actuación procesal, apreciación y necesidad de la prueba, los axiomas de celeridad y eficiencia y la finalidad del procedimiento, al negar el valor jurídico a esos medios demostrativos so pretexto de que la base de datos no fue aducida en debida forma al juicio no obstante que pasó a éste incólume por virtud del principio de permanencia de la prueba o cuando le otorga a los testimonios de Omar Celedón y Guillermo Melo un escaso y precario valor pese a los serios señalamientos contra los acusados bajo el argumento de que la base de datos fue adjuntada extemporáneamente y pese a la eficacia jurídica que aquellos habían adquirido desde la etapa instructiva.

De lo contrario, asevera, si hubiese el ad quem valorado esas probanzas, habrían salido a relucir cada uno de los señalamientos y sindicaciones serias que hicieron contra los acusados los testigos de cargo acompañados válidamente de los reconocimientos e individualizaciones que les hicieron a través de la base de datos de los desmovilizados del bloque norte de las autodefensas.

Solicita en consecuencia se case parcialmente el fallo impugnado para que en su lugar se condene por el punible de concierto para delinquir agravado a los acusados que fueron absueltos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

1. Sobre los cargos en común contenidos en las demandas formuladas a nombre de los condenados.

Bajo el entendido de que los tres primeros cargos de los libelos propuestos por el defensor de los dos procesados condenados guardan identidad, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, conceptuó acerca de ellos en modo conjunto así:

1.1. Primer cargo:

Como, en opinión del Delegado, para la admisión del recurso vertical es suficiente que el apelante indique de manera razonada el disenso en contra de la decisión impugnada, advierte que en este caso la apelación presentada por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia estribó en la valoración probatoria efectuada por el juzgador en tanto le negó credibilidad a los testigos Omar Celedón y Guillermo Melo por cuanto, de un lado, se retractaron y, de otro, en la recepción de sus versiones, estuvo presente el teniente Albeiro Preciado.

En ese sentido, expresa, el recurso, así sea de manera mínima, señaló cuál fue su inconformidad con el fallo y en esa medida direccionó los temas que en su sentir si se hubieran atendido de conformidad con el ordenamiento la conclusión habría sido otra, es decir la declaración de responsabilidad de los acusados fundada en que los testigos inicialmente dijeron la verdad, aunque posteriormente se hayan retractado so pretexto de las presiones del miembro de policía judicial.

Así las cosas, concluye, no se evidencia que el Tribunal haya incurrido en yerro que deba ser subsanado a través de la declaratoria de nulidad, por cuanto lo que se observa es que el superior adquirió competencia para desatar el recurso vertical en tanto el impugnante indicó los motivos de disenso, sin perjuicio de advertir una situación vulneradora de derechos fundamentales que debiera amparar oficiosamente.

Por tanto, la censura no debe prosperar.

1.2. Segundo cargo:

Bajo la comprensión de que este reproche, planteado por violación directa de la ley, se reduce a cuestionar el que se haya condenado a los dos procesados recurrentes como responsables del delito de concierto para delinquir sin haberse probado el ánimo de concertarse, encuentra el Ministerio Público que el demandante, sin sujeción a los parámetros propios de la senda de ataque escogida, se dedica a exponer su particular análisis de las pruebas frente al realizado por el sentenciador olvidando que un tal planteamiento resulta equivocado en sede extraordinaria por cuanto la sentencia se halla precedida por la doble presunción de acierto y legalidad, máxime que en este evento el libelista no cumplió con la carga de acreditar un yerro en la valoración de los medios probatorios y su trascendencia, lo cual hace infructuosos los esfuerzos para que se case la sentencia.

Es que, sostiene el Ministerio Público, en la sentencia de segunda instancia se avizora que el Tribunal examinó el material probatorio, se detuvo en el análisis de los testimonios de Omar Celedón, Guillermo Melo y Rodrigo Romero y con base en ello, dada la credibilidad que les otorgó, llegó a la conclusión de responsabilidad de los procesados impugnantes; en contrario, si bien es cierto el libelista busca que a dichos testigos no se les crea, lo que se advierte por demás es el ánimo en desviar la atención de la investigación y favorecer a otros con ésta.

Así por ejemplo, el casacionista no explica cómo un miembro de la policía judicial pueda generar zozobra y lograr que los testigos dirijan sus dichos contra determinadas personas para incriminarlas por las conductas investigadas, si la Fiscalía se prevaleció de la información y base de datos existente en la SIJIN para adelantar la correspondiente instrucción y precisar la participación de los procesados en el delito. Desde la misma

formulación de acusación la Fiscalía se ocupó en detalle de analizar el material probatorio del cual se desprende sin dubitación alguna que existen elementos suficientes para endilgar responsabilidad a los acusados recurrentes, más aun cuando no fue con una única prueba que se sustentó la decisión de condena.

En consecuencia, afirma el Delegado, el cargo no está llamado a prosperar porque del compendio probatorio se extrae que los procesados Onofre Gaitán y Marlene Moya contribuyeron en la formación de las nacientes bandas derivadas de las autodefensas, bien sea prestando ayuda, suministrando armamento o auxilio médico, sin que por otro lado se hubiere acreditado que fueron forzados a participar en esa actividad ilícita.

1.3. Tercer cargo:

Teniendo en cuenta que en términos del artículo 316 de la Ley 600 de 2000, luego de iniciada la investigación la policía judicial puede actuar, pero por orden del correspondiente fiscal, es opinión del Delegado que en este asunto el teniente Wilson Preciado se sujetó precisamente a ese precepto en tanto prestó apoyo al instructor; su presencia en la recepción de las versiones de Celedón, Melo o Gaitán no constituyó la intromisión que aduce el casacionista.

Examinadas las diferentes intervenciones de cada uno de dichos procesados, en ellas se aprecia una serie de relatos que dan cuenta de posibles responsabilidades de personas al servicio de las bandas emergentes, dejándose consignada la presencia del oficial por cuanto era él quien manejaba la base de datos de las personas desmovilizadas en el departamento del Cesar sin que más allá de eso se observe injerencia alguna de su parte; su presencia obedeció a la colaboración con la fiscalía para operar ese documento que contenía el listado de desmovilizados y sus fotografías, necesarios para efectos de los respectivos reconocimientos; ninguna actuación determinante en la evacuación de dichas pruebas desplegó el oficial, tampoco es razonable que su mera presencia tuviera

una influencia tal en los versionistas que los condujera a implicar a Marlene Moya y a Onofre Gaitán, pero en las demás diligencias no haya existido la presión que denuncia el libelista, lo que se advierte es la pretensión de éste en restarle credibilidad a los testimonios de cargo.

Dadas por demás las funciones de policía judicial regladas en la Ley 600 de 2000 no se evidencia extralimitación alguna y sí la colaboración en el desarrollo de la investigación para con la fiscalía, sin que se avizore falta a los deberes por parte del teniente y menos que hubiere influenciado a los versionistas para involucrar a personas ajenas como pertenecientes a las bandas criminales en gestación, máxime si se tiene en cuenta que aquellos pertenecieron a las autodefensas y que por ende sería difícil generarles presión u obligarlos a que acusaran a terceros.

No hay por tanto, concluye el Ministerio Público, afectación a la práctica de la versión libre de esos testigos de cargo, sus versiones fueron recibidas sin apremio alguno, rodeadas de garantías y siempre con la presencia de sus abogados, luego el reproche carece de prosperidad.

2. Sobre las demás censuras propuestas en la demanda presentada en favor de Marlene Moya Sánchez.

2.1. Cuarto cargo:

No tiene duda alguna el Ministerio Público acerca de que los testimonios que sirvieron de prueba de cargo señalaron sin hesitación a la procesada como perteneciente a la banda “Los Gaitanistas”, así se establece a partir del examen de las declaraciones de Omar Celedón, supuestamente tergiversado según la demanda y de Guillermo Melo, quienes rindieron versión el 22 de mayo y el 12 de agosto de 2009, sin que entonces se hubiere realizado reconocimiento fotográfico y que en ellas hubiere hecho presencia el teniente Preciado, ni se hubiere empleado la base de datos que manejaba la policía judicial.

Ahora bien, agrega el Delegado, en diligencia del 24 de marzo de 2010 Melo advirtió que había sido manipulado con ofrecimientos de dinero y asistencia letrada para que se retractara de las sindicaciones hechas contra uno de los procesados y a cambio involucrar al teniente Preciado como quien estaba ejerciendo presión para que se dieran las declaraciones, es decir que sus primeras versiones rendidas en 2008 y 2009 sí ofrecen credibilidad, máxime cuando en 2010 uno de los testigos indicó la manera en que terceros interesados pretendían su retractación.

Dado por tanto, concluye el Delegado, que en el régimen de Ley 600 opera la prueba trasladada y que así se haya hablado de una base de datos sin que la misma fuera incorporada al proceso, no existe por lo mismo duda de que la prueba fue aducida legal y oportunamente, las partes tuvieron plena garantía en la medida en que no sólo pudieron controvertirla, sino también la posibilidad de adjuntar aquella que desvirtuara la teoría de la Fiscalía, por eso en su opinión esta censura también carece de prosperidad.

2.2. Quinto cargo:

Por cuanto se cuestiona la sentencia recurrida de darle crédito al reconocimiento fotográfico realizado por Omar Celedón y Guillermo Melo bajo el argumento de que los rasgos morfológicos de Marlene suministrados por aquellos concuerdan con los que se aprecian en la fotografía que de la acusada obra en el proceso, no obstante que son disímiles entre sí, una auscultación del material probatorio permite determinar, afirma el Delegado, que los testigos señalaron a la procesada en diversas oportunidades con antelación al citado reconocimiento a través de las cuales la individualizaron por su fisonomía, profesión, y por ser la propietaria de la droguería en el barrio Maregua de Valledupar, luego para valorar dicha prueba no se requiere ley científica, ni principio de lógica, ni máxima de experiencia algunas, sino simplemente contrastar lo dicho por uno y otro, no de diversa manera se logró establecer sin equívocos la identidad de la procesada, según en efecto sucedió.

Que las descripciones hechas por los testigos no coincidan exactamente en nada desde la identificación de la acusada cuando, a no dudarlo, ella se logró a partir de su profesión y su actividad económica, nada de lo cual por demás es objeto de reproche sino su colaboración con la naciente banda criminal al haber ocultado y atendido a los heridos del grupo al margen de la ley como que esto indica su militancia en determinado rol sin que, por otro lado, se evidencie que haya existido coerción o presión para tal efecto.

Por eso, agrega, carece de fundamento la censura cuando aduce que la condena se afincó en la mera condición de enfermera, luego aquella tampoco tiene vocación de éxito.

2.3. Sexto cargo:

Aunque en el fallo de condena no se determina con precisión el relato de los testigos que dijeron conocer a la acusada dedicada a su profesión, sí emerge con claridad que el Tribunal los examinó a juzgar porque a pesar de que aquellos dijeron conocerla, sólo lo fue en su rol de enfermera mas no en su actividad económica, lo cual equivale a decir que no la conocían ampliamente y que por tanto no podían dar fe de todas aquellas actividades que no se permitían advertir a simple vista o trato.

Que la hayan conocido con ocasión de su desempeño como promotora de salud entre 2002 y 2007 no desvirtúa que verdaderamente haya cooperado con la atención de los miembros heridos de las autodefensas después de haberse retirado del hospital y de haber adquirido la droguería en Valledupar; por el contrario, los testigos que indican la simpatía y la colaboración al grupo ilegal resultan contundentes, por eso este reparo, concluye el Delegado, tampoco puede prosperar.

3. Acerca del ultimo reproche contenido en la demanda formulada en nombre de Onofre Gaitán Fernández.

3.1. Cuarto cargo:

Por cuanto de las pruebas de cargo se puede establecer que Celedón se refirió a Onofre Gaitán, corregidor de La Mesa, como quien sugirió a Pedro para que asesinaran a Castaño y además la persona que entregaba la mensajería también a Pedro, mientras que Guillermo Melo en varias oportunidades indicó que Onofre se reunió en diversas ocasiones con Pedro, el comandante del bloque en el Cesar, transportó armas para la agrupación y estaba pendiente de avisar sobre la presencia de la policía y a su turno Jairo Hernández que Onofre era más paraco que corregidor y se ofrecía para toda diligencia que necesitara cualquier comandante aprovechando por demás que su condición le facilitaba el ingreso a entidades del Estado, mal podría, dice el Ministerio Público, asumirse una conclusión contraria de responsabilidad sólo porque el demandante plantee una valoración diferente.

Tal aserto no se desvirtúa, agrega, porque el procesado Gaitán haya tenido un altercado con el desmovilizado Jácome Cheyne, mucho menos cuando éste explica que eso obedeció a que se impidió el ingreso de un candidato llevado por Onofre a una reunión programada por Mario Antonio en 2007; pero además de eso asegura que Gaitán transportó armas para el grupo e infundía temor a la comunidad de la Mesa para el sostenimiento de los miembros de las bandas emergentes.

Luego, lo que se vislumbra sin duda alguna es la simpatía, colaboración y actuación de Onofre Gaitán en la conformación y organización de la naciente banda ilegal, nada de lo cual se desdice porque Enrique Guevara haya afirmado que el apoyo de las autoridades locales era únicamente para cosas legales, como que esto denota apenas un conocimiento parcial de las actividades que desarrollaba el corregidor, en cuyo respecto nada obra que permita sostener que fue obligado a colaborar con el grupo ilegal.

Por lo anterior, concluye el Delegado, no se avizora el falso juicio denunciado por el

casacionista, porque de los testimonios se desprende que Onofre Gaitán, corregidor de La Mesa, además de ser complaciente con las bandas criminales, cooperó y actuó para la organización, transportando armamento, ofreciendo información sobre las actividades de las autoridades legítimas e infundiendo temor en la comunidad, es decir, que se le acusó, no por su condición de servidor público, sino por las acciones que ejecutó en pro de una organización por fuera de la ley, por eso este reproche está llamado a fracasar.

4. Sobre la demanda del representante de la Fiscalía.

Si bien es cierto el ente investigador reprocha la exclusión de la base de datos, que sirvió para proferirse la sentencia de absolución, so pretexto de que haya sido trasladada extemporáneamente al juicio no obstante que fue practicada y aducida en la instrucción, no menos lo es que las formas regentes de este juicio obligan a que las pruebas sean públicas e incorporadas en las oportunidades para ello establecidas en la ley.

En este evento, sostiene el Delegado, se aprecia que la Fiscalía infringió esas formas procesales por cuanto omitió incorporar debidamente a la investigación la base de datos echada de menos, así como trasladarla al juicio en su oportunidad, haciéndolo solo cuando éste ya se encontraba avanzado, de modo que en esas condiciones se pretendió sorprender a las partes con pruebas no incorporadas en la oportunidad legal.

Es que, agrega, la esencia del traslado previsto en el artículo 176 de la Ley 600 de 2000 va más allá del simple cumplimiento de la formalidad, se extiende a la protección de garantías superiores que sólo se entienden cumplidas en tanto la prueba obre en la actuación y se posibilite a todos los sujetos procesales acceder a la misma para ejercer en su respecto el contradictorio.

Acá, no obstante que la acusación refiere una base de datos con 5.000 fotografías, lo cierto

es que no fue trasladada en oportunidad al juicio y así lo reclamaron en su momento los sujetos procesales, por eso su exclusión es fundada y con ello impróspero el cargo planteado por la Fiscalía.

Solicita por todo lo anterior el Ministerio Público se desestimen los cargos de las demandas y consecuentemente se deje incólume el fallo del Tribunal Superior de Valledupar.

CONSIDERACIONES:

1. Sobre las censuras planteadas en común a nombre de los condenados.

Como en efecto los tres primeros cargos contenidos en las demandas formuladas por el común defensor de los acusados condenados guardan identidad, su respuesta se ofrecerá en forma conjunta, así:

1.1. Primer cargo:

La sentencia absolutoria de primera instancia tuvo por fundamento la duda acerca de que la conducta imputada existió y de que los acusados hayan sido sus autores responsables.

A tal conclusión arribó el a quo en tanto consideró en esencia que ni lo uno ni lo otro era posible acreditar con certeza a través de los testimonios de los desmovilizados delatores y su complemento constituido por la base de datos que contenía las fotografías de los otrora miembros del Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia.

Lo primero porque la contaminada espontaneidad de los testigos, sus inconsistencias y los vacíos en sus interrogatorios, con el agravante de que en el juicio

reconocieron haber sido instruidos para ofrecer sus versiones e incriminar a terceros, impedían otorgarle credibilidad o veracidad a sus dichos, dada por demás la inadecuada intromisión que en sus declaraciones y en las de otros testigos tuvo el miembro de la policía judicial teniente Wilson Preciado.

Y lo segundo pues se trató de una base de datos utilizada de hecho sin que se hubiere decretado por la Fiscalía, ni que la misma obrare en la instrucción de modo que los sujetos procesales tuvieran la posibilidad de conocerla y controvertirla y sin que los señalamientos producidos con base en ella hubieren reunido las exigencias legales propias de un reconocimiento fotográfico.

Así concluyó el juez de primera instancia: "...es claro para el despacho que los testimonios y versiones de cargo rendidas inicialmente por Omar David Celedón, alias Cocoliso y Manuel Guillermo Melo alias Tatú, están plagadas de falencias, inconsistencias, irregularidades que impiden darles credibilidad a sus aseveraciones, las cuales por sí solos no cumplen la misión de llevarle al juzgador la convicción suficiente para poder decidir en el grado de certeza que exige la Ley 600 de 2000 si en verdad los aquí procesados se concertaron y reagruparon en las nuevas bandas ilegales emergentes conocidas en Valledupar como los Gaitanistas... no se ha presentado una investigación de tal magnitud que permitiera demostrar que efectivamente acaecieron los hechos vertidos en el informe de la Décima Brigada referido a la Fiscalía por la SIJIN de Valledupar".

A su turno, la Fiscalía cuestionó esa decisión y las argumentaciones que la sustentaban y en esa medida consideró en el escrito de apelación errada la apreciación del a quo en torno a la intervención del agente de Policía Judicial, explicando entonces las razones de su participación en algunas diligencias, no todas, en las cuales se escuchó a los desmovilizados delatores, así como el uso autorizado y ordenado por el ente instructor de la cuestionada base de datos a efectos de obtener los reconocimientos que se lograron de los probables integrantes de la nueva banda criminal.

Censuró igualmente que no se haya valorado las actividades de policía judicial reflejadas en diversos informes o que se hubiera asegurado que la base de datos no fue incorporada al proceso cuando, en contrario, se encuentra acopiada en medio magnético y además obrante en cada una de las diligencias donde fue utilizada, desconociendo por demás el juzgador el análisis que hizo la fiscalía de segunda instancia sobre la naturaleza de dicho medio de convicción, sin catalogarlo precisamente un reconocimiento fotográfico, que por tanto no debía imperativamente reunir las exigencias legales de dicha prueba de identificación.

Reprochó también que el sentenciador haya negado crédito a las declaraciones de los dos desmovilizados en mención so pretexto de sus calidades, cuando en sentido opuesto su confesión, que por igual les comprometía, era suficiente para entender que estaban diciendo la verdad, por eso mal podría aceptarse la posición que finalmente asumieron en el juicio de retractarse bajo la excusa de que fueron presionados o instruidos por el investigador o por el agente de Policía Judicial para acusar a personas ajenas que si bien pertenecieron a un bloque de las autodefensas, no lo eran de las nuevas organizaciones criminales.

Confrontadas las anteriores consideraciones, las del fallo del a quo con las expuestas en el escrito de apelación, forzoso es colegir que a través del medio de impugnación fueron atacados los puntos esenciales que fundamentaron la absolución, con la debida argumentación que denotaba por qué, a contrario de lo dicho por el juzgador, la base de datos había sido oportunamente incorporada y por ende debía ser valorada y por qué los testigos de cargo, a diferencia de lo concluido por el a quo, sí ofrecían credibilidad, luego en contra de lo sostenido en el reparo examinado lo que se advierte es que hubo una adecuada sustentación y que en esas condiciones mal podía el Tribunal renegar su competencia so pretexto de una deserción del recurso vertical por indebida fundamentación, mucho menos si sus afirmaciones acerca de que “el sustento del recurso de apelación, en su fondo se dedicó a hablar de generalidades, de situaciones no

probadas, de corazonadas, sin presentar un ataque frontal y real a la determinación y sin señalar la prueba o la norma que respalda el disenso. Es decir, que sustento debido no existió sino en campos muy limitados...", resultan de un todo infundadas, por la ya dicho y de todas maneras incoherentes con el resumen que hizo de la impugnación y con el análisis que subsiguientemente efectuó.

Sin que hubiere razón por tanto para que se declarara la deserción del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia absolutoria de primera instancia, el Tribunal adquirió competencia para decidir sobre los asuntos materia de impugnación y los inescindiblemente vinculados a ella.

Vale decir que le correspondía definir si confirmaba integralmente la absolución, o si la revocaba en forma total o parcial como en últimas lo hizo, porque la pretensión fiscal era exactamente la de que se condenara a todos los acusados, por manera que el ad quem no actuó por fuera de las limitaciones impuestas por la impugnación, tanto menos cuando en relación con las argumentaciones de inconformidad optó por seguir denegándole validez a la base de datos por haberse incorporado fuera de las oportunidades procesales legales y con ello credibilidad a las declaraciones de Celedón y Melo por ser sus sindicaciones concretadas precisamente en el reconocimiento realizado en aquel documento, no así en relación con los condenados Marlene Moya y Onofre Gaitán por entender que en su respecto, además de que no se trataba de desmovilizados, no era necesario el reconocimiento a través de esa base de datos, de modo que su identificación se logró no sólo por la percepción directa que habían tenido de los sindicados, sino porque sabían su profesión y ubicación, elementos que por demás no obraban en la prueba documental.

En ese contexto, por tanto, ni hubo una indebida sustentación del recurso de apelación, por un lado, ni el Tribunal actuó por fuera de su competencia, de otro; luego el reproche carece de prosperidad porque en las citadas condiciones no se advierte afectación alguna

al debido proceso.

1.2. Segundo cargo:

Si bien éste se postula como violación directa de la ley y por eso era de esperarse que la problemática planteada se restringiera al ámbito estrictamente jurídico según lo reconoce el censor, es lo cierto que en contravía de tal parámetro técnico su propuesta la extendió a una crítica probatoria que no podía abordar por esa senda de ataque, en el propósito de denotar la inexistencia de medios de convicción que acreditaran que los procesados condenados se concertaron con otros para cometer delitos.

En esas condiciones si el cuestionamiento se revela en el aspecto probatorio, la vía de opugnación no podía ser la directa, sino la indirecta a través de la postulación de algún error de hecho o de derecho, labor que desde luego el casacionista no asumió; a cambio y bien lo señala el Ministerio Público exhibió su personal forma de valorar las pruebas para concluir simplemente que éstas demuestran que Marlene es enfermera y Onofre corregidor, condiciones de las cuales en su opinión no se deriva tipicidad alguna porque con eso no se evidencia que se hayan concertado para cometer delitos o puesto su voluntad y actividad al servicio de la organización delincuencial.

No empece lo anterior, aunque ciertamente nada hay en el proceso que de modo directo acredite que Marlene Moya u Onofre Gaitán se concertaron con otras personas para cometer delitos, aunque sí los testimonios de los desmovilizados delatores que los señalan como pertenecientes a la nueva organización delincuencial, eso no implica, según equivocadamente lo entiende el censor, que la conducta no existió o que los procesados no la cometieron, dadas por demás figuras jurídicas como la coautoría impropia.

Su compromiso en este asunto se sustentó, y así puede advertirse de la lectura del fallo impugnado, de unas determinadas actividades, lícitas en principio las de Marlene e ilícitas las de Onofre, que se erigieron en hechos indicantes a partir de los cuales se infirió, desde

luego, que aquellos hacían parte de la nueva organización criminal y que en esas circunstancias se ratificaban las imputaciones efectuadas por los declarantes Celedón y Melo.

En verdad la consideración aislada de que una es enfermera y el otro corregidor no indican participación alguna en el concierto, pero cuando esa condición se matiza con ciertos hechos como que aquella atendía y en ocasiones ocultaba a los heridos de la banda y éste no sólo servía de mensajero entre comandantes y miembros de la misma, sino que además transportaba armas para ella y servía de enlace con organismos del Estado, la situación es diferente porque demostrados éstos, de acuerdo con lo señalado por el ad quem, no cabe duda que de ellos se colige razonablemente su pertenencia a la organización ilegal, sólo que dada la naturaleza de ésta es apenas obvio que sus miembros jugaran diversos roles.

La acreditación de su vinculación al concierto para delinquir surgió, por tanto, de la prueba indiciaria, a la cual ningún cuestionamiento idóneo en casación hizo el censor, por ello el reproche carece de prosperidad.

1.3. Tercer cargo:

Más allá de las imprecisiones de técnica que se advierten en el reparo, sobre todo porque en el discurso que sustenta la censura se presentan los testimonios de los dos desmovilizados como la única prueba que compromete a los procesados condenados por el ad quem, evento en el cual, no obstante que el efecto de exclusión sería el mismo, la senda de ataque correspondería a la causal tercera esto es la nulidad por tratarse de un elemento material probatorio ilícito en tanto en el sentir del libelista se obtuvo con violación de los derechos fundamentales de los declarantes habida cuenta que, según su discurso fueron ilegalmente constreñidos a declarar contra terceros ajenos al delito investigado, lo evidente es que al examinar el basamento de la inconformidad

forzoso es concluir en su intrascendencia.

“Si el medio de prueba es ilícito y el vicio es de tal entidad que ha corroído todos los elementos suasorios... la irregularidad sustancial habrá de denunciarse por la ruta de la causal... de nulidad”, dijo la Sala en decisiones AP2845-2015 y AP2192-2015, Radicados Nos. 43926 y 45355, respectivamente.

De todos modos, restringida la aducida ilegalidad de dichas pruebas a la intervención del miembro de policía judicial Wilson Preciado en las oportunidades en que se recaudaron o porque supuestamente él constriñó o sedujo a los testigos a darlas según su interés personal e investigativo, se tiene que, por lo primero, ninguna irregularidad se aprecia en la medida en que su participación no fue autónoma, ni independiente de la dirección instructiva que ya estaba a cargo de la Fiscalía; por el contrario su intervención lo fue por orden y bajo la coordinación del ente investigador y sólo para manejar el documento magnético en el cual se hallaban las más de cinco mil fotografías de los desmovilizados miembros del Bloque Norte de las autodefensas y con la presencia de un defensor en cuanto se trataba de diligencias de versión libre o de indagatorias.

En ninguna de ellas se observa que haya tenido una participación diversa a la ya señalada o por fuera de las directrices del instructor; su intervención lo fue sólo en la medida en que se hizo necesaria, esto es cuando hubo de manejarse el documento a través del cual el testigo habría de reconocer al desmovilizado que se reintegró a la nueva banda criminal.

La actuación permite determinar que en no menos de 14 ocasiones se surtió diligencia de declaración, bien de versión ora de indagatoria con el testigo Omar David Celedón Calderón, 6 de ellas con la presencia del teniente Preciado y no menos de 11 con Manuel Guillermo Melo, 5 de éstas con la asistencia del citado miembro de policía judicial, luego no estuvo, de un lado, el referido oficial en todas las diligencias y de otro, en ninguna de ellas se

advierde una actuación diferente a la ya reseñada y mucho menos que hubiere sido aquél quien las dirigiera o interrogara al testigo, como equivocadamente lo da a entender el casacionista; por ende, que su presencia obedeciera al hecho de asegurarse que el declarante dijese lo previamente pactado es una mera especulación del demandante porque, según lo antes determinado, el agente de policía judicial no estuvo ni siquiera en la mitad de las diligencias a las que los citados testigos fueron convocados, ni haciendo una actividad diferente a la señalada por orden y con la autorización del funcionario de la Fiscalía que tenía a su cargo el sumario.

Ahora, por lo segundo, esto es que las declaraciones de dichos testigos fueron fruto de la seducción, inducción o el constreñimiento a que supuestamente los sometió el teniente Wilson Preciado, no deja de ser otra especulación defensiva, así se haya basado en las aseveraciones de los mismos y otros declarantes.

Es que, la primera noticia sobre los hechos materia de esta investigación llegó el 23 de noviembre de 2007 a través de un informe de inteligencia suministrado por la Décima Brigada del Ejército Nacional donde, además de que obviamente ninguna injerencia tuvo el miembro de policía judicial teniente Wilson Preciado, ya se hacía mención de Omar David Celedón Calderón y de otros posibles miembros de la nueva organización, incluidos algunos de los posteriormente vinculados a este proceso.

De dicho informe se dio traslado a la Unidad Investigativa Armados Ilegales de la Seccional de Policía Judicial del Cesar, la cual a su turno lo envió a la Fiscalía de modo que ésta inició una indagación previa a partir del 10 de marzo de 2008; dentro de la misma se conformó un equipo de investigación interinstitucional integrado por dos miembros de la SIJIN, incluido el Teniente Preciado, dos del DAS y dos del CTI de la Fiscalía, coordinado por el director del último organismo, siendo a ese equipo que el instructor remitió las subsiguientes órdenes de trabajo.

Significa lo anterior por una parte, que el teniente Wilson no actuaba sólo, pero si como miembro de un equipo investigativo dirigido por la misma Fiscalía y de otro, que no lo hacía de modo independiente o autónomo sino en principio bajo la coordinación del director seccional del CTI de la Fiscalía y en todo caso bajo la dirección del funcionario judicial instructor, luego a pesar de los contactos necesarios que hay podido tener con los eventuales testigos, dadas las misiones de trabajo impartidas que evidentemente se observan en el sumario, es claro que nada hay en éste que objetivamente permita sustentar el aserto de constreñimiento o inducción a los testigos de que habla el demandante.

Por demás, tal acusación entraña un sinsentido si se tiene en cuenta que los testigos, a pesar de las advertencias legales, se estaban autoincriminando, máxime que en todas sus intervenciones así procedieron, aun en aquellas donde no estuvo el teniente Preciado; luego, si la presencia de éste obedecía a concretar el constreñimiento o la inducción, fácil era salir de las mismas en todos aquellos eventos, la mayoría, en que el oficial no se encontraba y a cambio sí se hallaban no solamente su defensor, sino también los demás de algunos de los otros implicados.

Adiciónese a lo dicho que cada uno de los mencionados testigos al comienzo de la investigación relató las razones por las cuales se decidió no sólo a confesar y autoincriminarse, sino a delatar a los demás miembros de la organización, razones que no fueron otras que las amenazas de sus jefes o comandantes contra sí mismos y sus familias, así como aquellas por las cuales no se retractaban no obstante los ofrecimientos hechos, tal cual lo aseveró el propio Omar Celedón en su indagatoria rendida el 4 de septiembre de 2009 o Guillermo Melo en su ampliación del 24 de marzo de 2010.

Más infundado e intrascendente se evidencia el reproche cuando la responsabilidad de Onofre Gaitán se vio comprometida no sólo por las declaraciones de esos testigos, sino además por las de los igualmente desmovilizados Jhon Jairo Hernández Sánchez, Mario

Antonio Jacome Cheyne y Daniel de Jesús Berrocal Polo, o la de Marlene Moya, también por el testimonio trasladado a este asunto que rindiera el desmovilizado Deivis Rafael Parrao Simanca el 12 de febrero de 2008, es decir aun antes de que esta investigación se iniciara.

No se advierte por tanto ilicitud, ni ilegalidad alguna en las dos pruebas criticadas por el censor, mucho menos frente a las previsiones del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal por cuanto no puede predicarse parcialidad del funcionario investigador cuando éste no fue siempre el mismo, toda vez que adelantada inicialmente la previa y el sumario por la Fiscalía Quinta de Valledupar, frente a la cual se hacen aquellos cuestionamientos, se produjo un cambio de asignación en enero de 2010 de modo que el asunto pasó a una Fiscalía de Bogotá donde, sin la presencia del teniente Preciado prácticamente se repitieron las pruebas con igual resultado; o respecto de los artículos 273, 274 y 276 de la misma obra ya que lo que se aprecia, contrario a lo sostenido por el censor, es que los testigos fueron interrogados separadamente, no hay evidencia alguna de que sobre los mismos se haya ejercido violencia y menos la coacción a que alude el censor, aserto que cobra mayor relevancia si se encuentra que una vez el asunto bajo conocimiento de una Fiscalía de Bogotá, se recibió nuevamente las declaraciones de Celedón y Melo, sin la presencia del teniente y a cambio sí con la de sus defensores y la de otros apoderados, vale decir con todas las garantías y posibilidades de que en las diversas oportunidades que declararon se retractaran de lo dicho y no esperar hasta la audiencia pública.

Por todo lo anterior y como lo señala el Ministerio Público, el cargo carece de prosperidad.

2. Sobre las restantes censuras propuestas en nombre de Marlene Moya Sánchez.

2.1. Cuarto cargo:

Ciertamente, dentro de los fundamentos que expuso el Tribunal para condenar a Marlene

Moya, se encuentra aquél según el cual Omar Celedón la reconoció a partir de la fotografía incluida en el informe rendido el 10 de noviembre de 2008 por el equipo investigativo interinstitucional, que en verdad no corresponde a dicha sindicada sino a Luz Dary de Jesús Castrillón Salazar, luego en esos términos el error de hecho por falso juicio de identidad es patente porque el citado testigo realmente no la reconoció en fotografías.

La única imagen que obra de la acusada Moya Sánchez fue remitida por el INPEC cuando ya aquella se hallaba en cautiverio y en relación con la misma nunca se llevó a cabo reconocimiento alguno.

Sin embargo, en atención a que no basta con evidenciar objetivamente el yerro cometido, sino que además es necesario acreditar su trascendencia de modo tal que de excluirse la prueba la sentencia carecería de cualquier otro sustento, no se advierte que el libelista haya satisfecho tal carga, la cual por demás le resultaba un imposible habida cuenta que el reconocimiento en imágenes se presentaba inocuo, innecesario.

En efecto, Marlene Moya no es formalmente una desmovilizada del bloque norte de las autodefensas, aunque para éstas realizara el mismo papel que cumplió con la banda emergente, luego no tenía por qué aparecer en la base de datos que al respecto manejaba la SIJIN.

Su vinculación al asunto fue surgiendo a medida que los desmovilizados relataron las incidencias en que se vieron envueltos tanto en las AUC como en la banda Los Gaitanistas, así se habló de combatientes heridos que eran atendidos en el corregimiento de La Mesa por la promotora de salud y luego de un miembro de la nueva organización que tras resultar herido en alguna operación delictiva fue atendido e incluso ocultado hasta su recuperación, en Valledupar, en la droguería del Barrio Maregua de propiedad de Marlene Moya.

Su identificación y vinculación al proceso no se dio, por tanto, porque haya existido un

reconocimiento de su imagen, o de su fotografía por demás inexistente en la pluricitada base de datos, sino porque se trataba primero de la promotora de salud en La Mesa y luego de la enfermera propietaria de la droguería en el Barrio Maregua de Valledupar, datos todos éstos constatados y reconocidos por la propia procesada; por ende, que el Tribunal se haya equivocado del modo ya señalado no desdice en manera alguna la individualización que a través de su profesión, ocupación y residencia se hizo de la acusada, hecho a cuya comprobación converge no sólo el testimonio de Omar Calderón sino también los de Guillermo Melo y Deivis Parrao Simanca.

Esta censura, en consecuencia, tampoco prospera.

2.2. Quinto cargo:

Igualmente impróspero se evidencia este reproche propuesto como error de hecho por falso raciocinio en tanto se habría infringido el principio lógico de no contradicción.

En efecto, para constatar aun más la identificación e individualización de la procesada Marlene Moya el Tribunal se valió de la descripción física hecha por los testigos Celedón y Melo y la confrontó con la fotografía que de la parte superior de su cuerpo y en blanco y negro aportó el INPEC, pero sólo en relación con su estatura, de modo que mientras aquellos la señalaron como una mujer de 1.60, la imagen con el testigo métrico la revela con una de un poco más de 1,55 metros.

El cotejo, a diferencia de lo dicho por el libelista, no se hizo respecto de la contextura de la acusada, ni del color de su cabello o de sus ojos, por lo mismo es falso que el Tribunal haya dicho que los rasgos morfológicos declarados por los testigos fueron corroborados por la fotografía; el único elemento confrontado fue la estatura y en ella hay prácticamente coincidencia.

Luego el yerro ni siquiera existió y aunque se hubiese cometido devendría intrascendente

porque, según ya se dijo, la identificación e individualización de la acusada no se dio a partir de su fotografía, descripción o imagen, sino por elementos no menos importantes como su profesión, residencia y actividad económica, en los cuales hay plena coincidencia entre los relatados por aquellos e incluso por Deivis Parrao y los informados por ésta.

2.3. Sexto cargo:

Si bien Lucía Salgado, Adela Otálora, Manuel Bolaños y Enrique Guevara, personas ajenas al grupo ilegal excepto el último, declararon conocer a Marlene Moya como profesional dedicada a la enfermería y a la promoción en salud, ellas aunque no fueron expresamente mencionadas por el Tribunal se entienden aludidas en la medida en que el conocimiento así informado es apenas parcial y por testigos que mal podrían tener la misma percepción de quienes sí pertenecieron a las AUC y a la banda Los Gaitanistas, salvo desde luego Enrique Guevara, alias 101, a quien le asistía un interés mayor no sólo en desvirtuar su propia responsabilidad sino la de sus comandados.

En ese contexto no se configuró el falso juicio de existencia denunciado y mucho menos con la trascendencia que pretende imprimirle el casacionista, puesto que a lo sumo lo que esas declaraciones acreditan es sólo una parte de la vida de la acusada, pero no obviamente su dedicación a actividades ilegales, ya que no sería lógico, ni sensato que se fuere exhibiendo sin reticencias como la enfermera del grupo ilegal.

Se refiere también el libelista a la omisión probatoria de un informe que supuestamente obra a folio 178 del cuaderno No. 1, mas revisada la actuación no obra documento alguno de la índole por él indicada.

Alude igualmente a la situación en que se halla el personal de la salud en medio del conflicto, acaso con la pretensión, contradictoria con su inicial postulado, de justificar la actividad de la acusada en favor del grupo ilegal, pero su discurso en ese sentido se queda en mera especulación, por cuanto nada expone en el objetivo de acreditar una causal

eximente de responsabilidad.

Tampoco está censura puede prosperar.

3. Sobre el último reparo postulado en nombre de Onofre Gaitán Fernández.

3.1. Cuarto cargo:

La sentencia impugnada consideró a Onofre Gaitán Fernández miembro de la organización criminal por el hecho de que éste transportó para la misma en el mes de julio de 2007 30 fusiles, luego el reparo resulta totalmente infundado en ese respecto, porque en esas condiciones sí señaló el ad quem los actos que cometidos por el corregidor lo indicaban perteneciente al grupo delincuencia.

Que Onofre Gaitán tuviere alguna rencilla con otro miembro de la organización no desdice en manera alguna su pertenencia a ella, ni que compartiera los propósitos o fines de la misma, tanto menos cuando ni él, ni Jácome Cheyne obraban como comandantes o cuando el conflicto entre ellos se suscitó por el querer del corregidor de imponer un candidato, tal cual lo explica el propio Jácome Cheyne, origen de la disputa al que ninguna alusión hace el censor y que bien explica las actitudes vindicativas de Onofre.

Ninguna regla de experiencia se observa vulnerada en el aserto del Tribunal al deducir responsabilidad al procesado, si en contrario bien puede obrar otra según la cual los conflictos individuales de los miembros no inciden sustancialmente en la existencia y funcionamiento de una organización; en otros términos, que Jácome y Onofre, tuvieran sus roces no implica, de un lado, que la organización criminal no existía y, de otro, que Gaitán Fernández no perteneciera a ella o no compartiera sus objetivos.

Tampoco se aprecia vulnerada regla de tal índole por el supuesto hecho de que no se haya tenido en cuenta el *modus operandi* de las AUC, de acuerdo con el cual los

funcionarios regionales o locales debían colaborar con ellas en la ejecución de acciones legales en favor de la comunidad, primero porque en este asunto no se investiga la pertenencia del corregidor Onofre Gaitán a esa organización sino a la banda Los Gaitanistas, segundo porque quien declara ese modo de operación es el comandante Guevara Cantillo, alias 101, interesado no sólo en demostrar su ajenidad en la nueva organización, sino también la de los demás miembros y tercero porque son varios los desmovilizados, Celedón, Melo, Jácome Cheyne y Berrocal Polo quienes aseguran que unas armas de la banda fueron transportadas por Onofre Gaitán.

Argumentar que Guevara Cantillo no miente resulta un sesgo en tanto se vale el casacionista de sus afirmaciones en torno a las AUC, no así en relación con la banda emergente a propósito de la cual aquél obviamente niega cualquier participación, negativa a la que se anteponen los ya reseñados testigos a quienes por darle credibilidad no puede entenderse vulnerado el principio de no contradicción, porque, desde luego en su tarea esencial, lo que hizo el juzgador fue admitir aquellos medios de convicción que le merecían credibilidad y desestimar los que no, labor que en manera alguna comporta infracción a ese axioma lógico, mucho menos cuando, si se examina el testimonio de Celedón, el censor asume descontextualizadamente ciertas expresiones que le convienen, como señalar que tras su desmovilización se trasladó a Santa Marta, hecho que si bien pudo ser cierto no lo fue con carácter de permanencia sino apenas un viaje esporádico como el mismo declarante lo señala en una de sus intervenciones, distinta obviamente a la que tuvo en la audiencia pública donde se retractó y coherentemente se ubicó como residente permanente en Santa Marta, por eso mal puede predicarse una infracción a la que el censor denomina regla de experiencia de conformidad con la cual nadie puede estar en dos lugares a la vez.

Por demás, en esos términos propuesto el reparo, es decir en demeritar el testimonio de Celedón, se evidencia intrascendente en la medida en que otros testigos señalan también haber presenciado personalmente el hecho de que Onofre Gaitán trasladó a La

Mesa unos fusiles pertenecientes a la banda delincuencial, así se lee en las declaraciones de Melo, Jácome Cheyne y Berrocal Polo.

Que hubiere transportado armas para la organización no es la única acción de la cual se deriva compromiso de Onofre Gaitán, cuando además se le señala en condición de enlace con organismos del Estado o mensajero de los comandantes o recaudador de información por su acceso como funcionario público a los entes regionales o locales que en muchas ocasiones se reunión con alias Pedro, el comandante de Los Gaitanistas; luego a diferencia de lo dicho por el casacionista, no se trataba de una colaboración esporádica.

Confunde el demandante a lo largo del reparo el accionar de las autodefensas o de los paramilitares con el de estas nuevas bandas emergentes y aunque pudiera pensarse en algunas similitudes lo evidente es que no se trata del mismo fenómeno ilegal.

Ahora si lo que pretendía con ese símil era estructurar una causal de justificación porque según él los políticos y autoridades locales debían obedecer a quien manda con el fusil como única razón, tal planteamiento resultaría contradictorio con su inicial postulado que negaba la existencia del delito y la coautoría de su defendido, pero además carente de acreditación alguna, más allá de las simples afirmaciones especulativas del censor. Por tanto en esas condiciones no hay demostración alguna de que se violó una regla de experiencia que a su turno haya desconocido la realidad sociopolítica de nuestras provincias.

En consecuencia la censura por falso raciocinio no prospera.

4. Sobre la demanda formulada por la Delegada de la Fiscalía.

Dentro de la indagación preliminar adelantada en este asunto, el 22 de enero de 2009 y luego de que Omar Celedón hubiera sido escuchado en declaraciones en el curso de

tres sesiones el teniente Wilson Preciado informó la voluntad de aquél en seguir colaborando con la investigación, efectos para los cuales quería examinar la base de datos de desmovilizados del bloque norte con que contaba la SIJIN ya que la mayoría de integrantes de la nueva banda habrían pertenecido a dicha agrupación.

Así, el 2 de febrero de 2008 se escuchó nuevamente en versión al testigo y la Fiscalía autorizó a que se le exhibiera la referida base de datos manejada por el teniente Preciado; a través de ésta el declarante fue identificando con sus alias a aquellas personas supuestamente integrantes de Los Gaitanistas, y a su turno el agente de policía judicial los determinaba con el número de carné que de desmovilizados se les había asignado.

Así se procedió en diversas sesiones con dicho desmovilizado y con Manuel Guillermo Melo, sin que en ninguna de tales ocasiones se hubiere aportado el documento magnético para que hiciera parte del expediente, ni copia de las fotografías de los reconocidos, por manera que tampoco logró establecerse de qué modo se obtenían los verdaderos nombres de los señalados por esos testigos, ni en las actas donde se produjo el reconocimiento se dejó constancia alguna de ello.

Sólo a través de informe rendido por el equipo interinstitucional el 17 de junio de 2009 y sin que tampoco se hubiere aportado la base de datos examinada, se identificó por sus nombres a aquellos que los testigos habían indicado por sus apodos, lo cual sirvió para que el 29 de julio de dicho año se les iniciara formalmente sumario al que en momento alguno se adjuntó el referido documento que tan sólo fue aportado por la Fiscalía cuando ya había concluido la etapa probatoria del juicio.

En las anteriores circunstancias el a quo, al momento de dictar sentencia, tuvo por ilegal el uso de dicha base de datos porque: i) no fue ordenado previamente por el funcionario judicial; ii) el reconocimiento realizado con sustento en la misma, en cuanto fotográfico, no

reúne las condiciones de validez de esta prueba previstas en el artículo 304 de la Ley 600 de 2000 y iii) ni en la correspondiente diligencia, ni después se aportó la impresión fotográfica de los reconocidos que iban señalando los testigos de cargo.

A su turno el Tribunal estimó que los señalamientos realizados por Celedón y Melo con fundamento en la base de datos perdían la fuerza necesaria para incriminar a los reconocidos en tanto no se aportó de un lado, sus fotografías ni, de otro, se incorporó oportunamente aquél documento, situación que por demás no afectaba la situación de Marlene Moya y Onofre Gaitán porque éstos no fueron identificados a través de dicho medio.

En ese contexto la delegada de la Fiscalía acusa la sentencia impugnada por incurrir en un error de derecho al apreciar la base de datos por considerarla ilegal, en tanto su incorporación al proceso ocurrió por fuera de las etapas procesales previstas para ello.

Sin embargo, estima la demandante, que en contra del anterior aserto la actuación demuestra que ese documento sí fue aportado a la instrucción desde el momento mismo en que se le exhibió a los testigos Celedón y Melo y aunque físicamente no se hubiere remitido con el expediente para la tramitación del juicio lo cierto es que debe entenderse incorporado a los testimonios, dado por demás el principio de permanencia de la prueba que operaba en el esquema de la Ley 600 de 2000.

Planteado de esa forma el reparo en torno a la precitada base de datos, es un hecho objetivo que ella, así haya sido utilizada en la recepción de las versiones o indagatorias de Omar Celedón y Guillermo Melo no fue finalmente incorporada a la actuación procesal, porque tratándose de un documento es evidente que examinados los distintos cuadernos que la conforman no obra físicamente en ella y sólo aparece remitida por la fiscalía luego de concluir la etapa probatoria del juicio oral, por manera que forzoso es concluir en su aportación extemporánea y con ello en su ilegalidad, como que de conformidad con el

artículo 232 de la Ley 600 de 2000 “toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación”, entendiéndose que las oportunidades en dicho esquema lo eran la etapa sumarial, la del juicio y la fase respectiva de la audiencia pública.

Ahora, si bien el principio de permanencia de la prueba indica que la allegada en el sumario puede válidamente valorarse en el juicio sin tener que practicarse de nuevo ante el juez de conocimiento, eso supone desde luego que obre en aquella etapa, cosa que acá no sucedió, luego mal podría valorar el juzgador una prueba extemporáneamente allegada, una prueba que aunque utilizada en el sumario no fue incorporada a él, evento que por demás reconoció la Fiscalía cuando al aportarla luego de concluida la fase probatoria del juicio, justificó dicha omisión en un error involuntario.

Reducido por tanto en ese respecto el cargo a la ilegalidad de la base de datos, es patente que en las anteriores condiciones la demandante no acreditó el supuesto contrario, esto es que aquella sí fue incorporada oportunamente al proceso, luego en esos términos el reproche carece de fundamento porque, según lo reitera también el Ministerio Público, la Fiscalía infringió de esa forma los ritos procesales establecidos en la Ley 600 en tanto omitió incorporar debidamente a la investigación ese documento, así como trasladarlo al juicio en su oportunidad.

Ahora bien, la censura cuestiona por igual la sentencia impugnada porque supuestamente incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad en la valoración de los testimonios de Omar Celedón y Guillermo Melo; sin embargo tal planteamiento se torna confuso cuando seguidamente sostiene que el Tribunal omitió apreciarlos jurídicamente al cercenarlos y fraccionarlos para debilitar sus atestaciones, con lo cual el ataque no podría ser entonces por legalidad del medio de convicción, sino acaso por un error de hecho en alguna de sus modalidades de falso juicio de existencia, de identidad o raciocinio, a nada de lo cual dedica la libelista argumento alguno.

Examinada sin embargo la motivación del ad quem lo que se advierte es que sí los tuvo por legalmente practicados y en consecuencia los valoró; diferente es que no los estimó suficientemente generadores de certeza en cuanto sustentaran la autoría endilgada a los reconocidos en la base de datos, no así en torno a Marlene Moya y Onofre Gaitán quienes fueron identificados no a través de dicho documento sino por el conocimiento previo que tenían de los mismos, su profesión, ocupación, residencia y actividad económica.

Por eso consideró que aunque “la convicción del señalamiento de autoría es serio en la mayoría de los casos,... la omisión de introducir a tiempo un medio magnético torna nugatoria una condena... por eso se juzga razonable que la mayoría de esos señalamientos perdiera parte de la fuerza necesaria para adscribir la certeza requerida para condenar y no porque los testigos hayan sido mendaces, sino porque la investigación contaminó o hizo perder parte de la identificación en aquellos eventos en que no existió una descripción física de las personas involucradas en el delito o no se conservó en el proceso el álbum fotográfico en el que el acusado estaba incluido... por estas razones... la colegiatura cree que la base de datos ... sí era necesario que obrara en el expediente... ”.

Ahora bien, sostiene la Fiscalía que aun en ausencia de la base de datos era posible irrogar sentencia de condena en contra de otras personas que fueron identificadas durante las primeras versiones de los testigos de cargo, como Alex Joney Daza, Antonio Jácome, Guillermo Pediaña y Javier Ruiz, pero además de que en procura de esa conclusión no plantea ataque alguno que evidencie en ese entorno un yerro del juzgador, es lo patente que la inconformidad así propuesta se trunca en la medida en que aboga por la condena por el simple señalamiento hecho por los testigos sin tener en cuenta que frente a la responsabilidad de cada uno de aquellos la sentencia del a quo hizo un examen individual que, conformando en ese sentido una unidad inescindible con la de segunda instancia, de todo modos le permitió arribar a la conclusión de que no había certeza de su participación

en la nueva banda delincencial.

En tales circunstancias la libelista no acreditó los falsos juicios de legalidad denunciados; el primero porque no demostró que la base de datos haya sido incorporada oportunamente al proceso y el segundo porque en manera alguna el sentenciador tachó de ilegales los testimonios de Celedón y Melo, a quienes sencillamente no tuvo por suficientemente generadores de certeza para condenar en tanto, ante la ausencia de la mencionada base de datos, resultaban incompletos en el señalamiento de autoría de los acusados.

Por ende la censura planteada por la Fiscalía tampoco tiene vocación de éxito.

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 ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria