



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA PENAL

31 MAY 2018
11:04

ACTA DE AUDIENCIA DE LECTURA DE FALLO

Fecha:	28 de mayo de 2018
Hora:	3:00 de la tarde
Lugar:	Sala de audiencias No. 10
Acusados:	María Elena Cano Cardona y otros
Radicación:	110013104056201200135-03
Conducta punible:	Homicidio agravado

Se declaró formalmente instalada la audiencia a las 3:09 de la tarde. El Presidente de la Sala verificó la presencia de las partes para efectos del registro. Concurrieron por video conferencia desde la ciudad de Santiago de Cali, la doctora Paula Salamanca, representante de la Fiscalía, el doctor Jorge William García Ramírez, como representante de víctimas, los doctores Flor Delgado Arboleda, el doctor Armando Flores Gómez, el doctor Reinaldo de Jesús Vásquez Álzate, como defensores y los procesados Leomar Peña Vargas, Argemiro Motta Álvarez, Luis Alberto Cuenú y María Elena Cano Cardona. Se dejó constancia que no asistió ninguna otra parte o interviniente con interés.

Acto seguido, el Magistrado Sustanciador, previa designación de los demás integrantes de la Sala y de conformidad con el Art. 164 del Código de Procedimiento Penal procedió a dar lectura a la decisión, de esta manera en la parte resolutive se indicó: **Primero. Revocar parcialmente** el numeral primero de la parte resolutive del fallo apelado en lo que respecta al delito en contra de la seguridad pública y, en su lugar, **absolver a Argemiro Motta Álvarez** por el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego establecido en el canon 365 inciso 3 numeral 5° del C.P. **Segundo. Modificar** el numeral primero de la parte resolutive del fallo de primera instancia el cual quedará así: condenar a **Leomar Peña Vargas y Luis Alberto Cuenú** a la pena de 460 meses de prisión como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado según los artículos 103 y 104-7 del Código Penal, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego establecido en el canon 365 inciso 3 numeral 5° ídem, y a Argemiro

Motta Álvarez a la pena de 208 meses de prisión como determinador del delito de homicidio de que trata el artículo 103 del mismo ordenamiento.

Tercero. Modificar el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de primera instancia en el entendido de:

A. Condenar a Leomar Peña Vargas, Luis Alberto Cuenú y María Elena el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso máximo previsto en el artículo 51 del C.P. De la misma manera, condenarlos a la privación al derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un año.

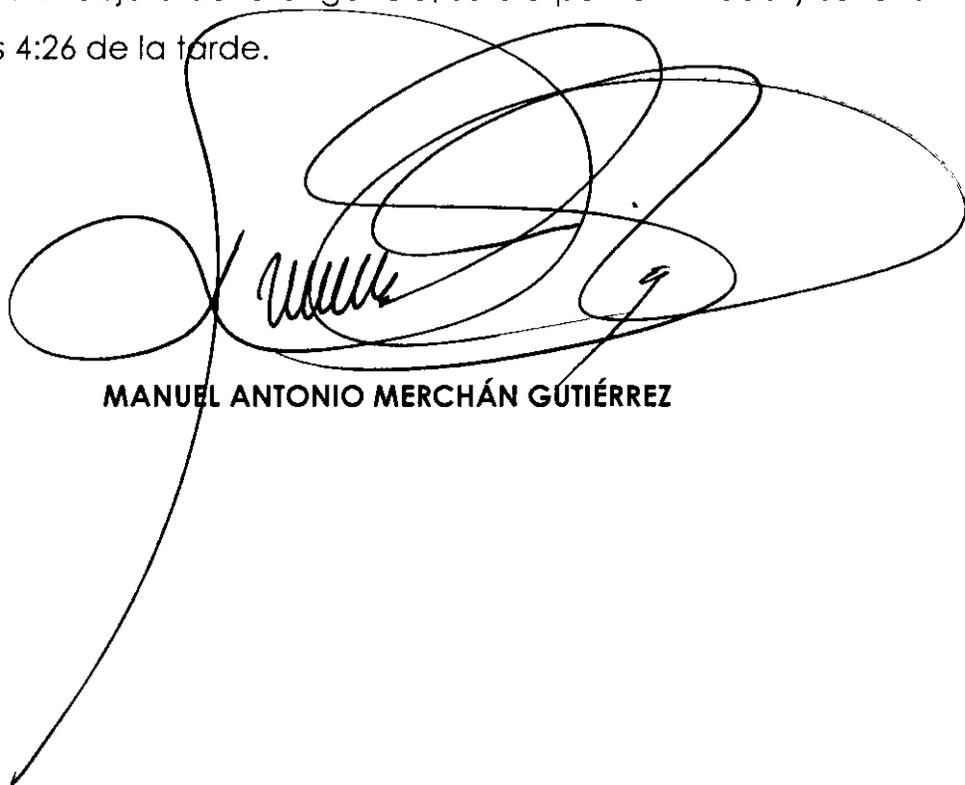
B. Condenar a Argemiro Motta Álvarez a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Cuarto. Confirmar la sentencia de fecha, lugar y origen los demás aspectos, pero por las razones expuestas en este proveído. **Quinto.** Contra esta decisión procede el recurso de casación. **Sexto.** Désignese al magistrado ponente para la lectura de este fallo.

Las partes quedan notificadas en estrados.

No siendo otro el objeto de la diligencia, se dio por terminada y se levantó la sesión a las 4:26 de la tarde.

El magistrado,

A large, complex handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long tail extending downwards and to the left.

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

31 MAYO 2018
11:03

SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ

Radicación	110013104056201200135-03
Procedencia	Juzgado 56 Penal del Circuito OIT
Acusado	María Elena Cano Cardona y otros
Delito	Homicidio agravado
Objeto	Apelación sentencia
Decisión	Revoca, modifica y confirma
Aprobado en Acta	052

Bogotá D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO

El Tribunal resuelve los recursos de apelación interpuestos por los defensores de **Leomar Peña Vargas, Argemiro Motta Álvarez, Luis Alberto Cuenú y María Elena Cano Cardona** contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2017 por medio de la cual el Juzgado 56 Penal del Circuito OIT de Bogotá condenó a los procesados como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

HECHOS

María Elena Cano Cardona en condición de pareja sentimental de Daniel Aguirre Piedrahita -*Secretario general del Sindicato Nacional de Corteros de Caña, SINALCORTEROS, afiliado a la Central Unitaria de Trabajadores*- sembró en **Argemiro Motta Álvarez** la idea criminal de acabar con la vida de aquel. A raíz de ello, **María Elena y Argemiro**, en compañía de sus amigos **Luis Alberto Cuenú y Leomar Peña Vargas** planearon llevar a cabo el referido crimen.

Fue así que bajo la coordinación vía celular de **Leomar Peña Vargas**, se logró que el 27 de abril de 2012 aproximadamente a las 8:15 de la noche, **Luis Alberto Cuenú** abordase a Daniel Aguirre Piedrahita y a su esposa **María Elena** cuando caminaban por la calle 18 entre carreras 12 y 13 de Florida, Valle del Cauca, para dispararle en repetidas ocasiones en la humanidad del referido sindicalista y huir del lugar de los hechos.

La víctima fue llevada por un «*moto ratón*» al centro hospitalario, al que llegó sin signos vitales.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

El 28 de agosto de 2012¹, ante el Juzgado 16 Penal Municipal de Garantías de Santiago de Cali, se legalizó la captura de **Leomar Peña Vargas**, **Argemiro Motta Álvarez** y **María Elena Cano Cardona**.

Al día siguiente², la Fiscalía imputó cargos a los aprehendidos y a **Luis Alberto Cuenú** (*quien ya estaba privado de la libertad por cuenta de otro proceso*) como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de acuerdo a los artículos 103, 104-1³-7 y 365 inciso 3 numeral 5º del Código Penal, a quienes, seguidamente, se les impuso medida de aseguramiento intramuros en centro penitenciario.

El 23 de noviembre de 2012⁴, el ente investigador radicó el pliego de cargos y el 22 de febrero de 2013⁵ la Jueza 56 Penal del Circuito OIT de Bogotá presidió la audiencia de formulación de acusación en los

¹ Folios 24-26 Cuaderno 1

² Folios 17-19. Récord 2:24:00

³ Únicamente respecto de **María Elena Cano Cardona**

⁴ Folios 45 - 69 Cuaderno 1

⁵ Folios 174-177 Cuaderno 1 Convalidada el 9 de abril de 2013

mismos términos antes indicados, la diligencia preparatoria se efectuó en ese estrado judicial el 10 de julio siguiente⁶.

El juicio oral se desarrolló en distintas sesiones realizadas entre el 3 de septiembre de 2012 y 23 de octubre de 2015⁷.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. El 13 de marzo de 2017 el Juzgado 56 Penal del Circuito OIT de Bogotá condenó a **Leomar Peña Vargas, Argemiro Motta Álvarez, Luis Alberto Cuenú y María Elena Cano Cardona** como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de que tratan los artículos 103, 104 numeral 1⁸-7 y 365 inciso 3 numeral 5° del Código Penal.

El sustento de la decisión se radicó de la siguiente forma:

1.1. La estrategia desplegada por la Policía Nacional de repartir volantes en los que se ofrecía recompensa a quien diera datos de los responsables causantes del homicidio del sindicalista Aguirre Piedrahita arrojó como resultado que una persona les entregara los números celulares de «**Luis**» y «**Xiomara**»; líneas que fueron legalmente interceptadas y que sirvieron para desarrollar la teoría del caso de la Fiscalía.

Razonó que si bien los encartados no son los titulares de las líneas celulares interceptadas, ello corresponde a una práctica normal derivada de las dificultades para adquirir un plan de celular, o algunas veces, al interés de ocultamiento de la intervención de autoridades.

⁶ Folios 249 – 254 Cuaderno 1

⁷ Folios 277-278, 282-283, 287-295 Cuaderno 1, 2-4, 6-7, 8-9, 10-12, 13-14, 113-116, 117-120, 121-123, 124-126, 174-177, 174-177, 201-203, 206-209, 210-216, 217-221 Cuaderno 2, 33-38, 39-40 del Cuaderno 3

⁸ Únicamente respecto de María Elena Cano Cardona también concurre la citada circunstancia de agravación.

1. 2. Por otra parte consideró que la utilización de fuentes humanas, para este caso José Norley, no es una actividad proscrita ni limitada en la Ley 906 de 2004, por lo tanto, los problemas que se puedan presentar a raíz de la información que con él se obtenga no corresponden a un tema de legalidad o no sino de peso probatorio.

1.3. Con José Norley Ramírez Jiménez, el ente investigador demostró las infructuosas labores que realizó para ubicarlo, pero, sin que fuera posible dar con su paradero ni lograr su comparecencia al debate oral, por tanto, la información brindada por él fue introducida a estrados por la testigo Lilia Moreno Sánchez perteneciente al CTI, quien elaboró la declaración jurada y le recibió una grabación en la que «**Luis**» y «**Miro**» confiesan su participación en el deceso violento de Aguirre Piedrahita.

Adicionalmente, Ramírez Meneses reconoció a los procesados en diligencia de reconocimiento fotográfico.

1.4 Las conversaciones interceptadas dan cuenta de:

Primero, en repetidas ocasiones se escuchó a **Argemiro Motta Álvarez** realizar reclamos de pareja a **María Helena Cano** y esta, a su vez, responde en términos afectivos y agresivos. Resalta que en una de esas conversaciones aquel le recalcó que lo que hizo por ella «ningún hp lo hace» al tiempo que la amenazó al decirle que si alguien se «le arrima», ella sabía cómo era «la vuelta», lo «tumba», ante lo cual la procesada le replicó que eso que dice haber hecho por ella no lo hizo con sus propias manos sino que tuvo que conseguir a otro, a lo que **Argemiro** acepta que, efectivamente, no fue él pero si fue quien «lo mandó a hacer»; siendo claro que uno y otro acordaron asesinar a Daniel Aguirre a través de un tercer ejecutor material.

Segundo, **Argemiro** advierte a **María Elena** que el que «*se las hace, se las paga*» y en otra conversación de esa misma data le recuerda que por esa razón, una persona «*ya había ido a viajar*» porque «*nadie juega con él*»; lo que coincide con la frialdad y el cinismo de su actuar en frontal desprecio por la vida de las personas, pues a Daniel Aguirre lo asesinaron para que la relación amorosa entre ellos no tuviera el obstáculo que él representaba.

Tercero, la capacidad moral para delinquir de los procesados en diversos delitos que se proponen cometer o que ya cometieron, como cuando alias **Xiomara** planea extorsionar, robar, traficar armas de fuego y asesinar a su esposo o cuando **María Elena** le dice a **Argemiro** que le adeudan algo y **Argemiro** asegura que él sabe cómo cobrarlos; así como del asesinato cometido por este último en Cali, o como cuando relacionan un incidente que tuvo **Luis** con unas motocicletas hurtadas que le encontraron en su poder cuando se encontraba en el municipio de Miranda, departamento del Cauca «*yo le pegué un tiro a ese man en las patas, me dijo gonorrea hp. Yo los encendí, allá quedaron tirados*».

Cuarto, se trataba de una «*burda e incipiente organización para delinquir*» conformada por los procesados, en la que **Leomar Peña** gozaba de poder, prueba de ello, cuando protegió a **Luis Alberto Cuenú** para que no fuese capturado por la Policía Nacional; así como el diálogo en el que **Argemiro Motta Álvarez** y **María Helena** indican que van a hablar con aquella en razón a sus inconvenientes.

Quinto, **Argemiro** no se inmuta cuando recibe la llamada (8 de junio de 2012) de alias La Chiva para alertarlo de volantes que están repartiendo en la población en los que se ofrece dinero a quien entregue información del homicidio del sindicalista. Su actitud refleja una aceptación de su responsabilidad.

En conclusión, se puede deducir que las conversaciones sostenidas por los procesados, delatan su propia responsabilidad en el asesinato de Daniel Aguirre pues en la burda organización criminal que integraban, **Leomar Peña** se mostraba como la persona quien dirigía y mandaba, en tanto **María Elena** co-determinaba el homicidio de su esposo junto con **Argemiro Motta Álvarez**, y **Luis Alberto Cuenú** ejecutaba como autor material el homicidio.

1.5. Hace remisión *–el a quo–* a Andrés Felipe Betancourt Franco quien en calidad de investigador de la Policía Nacional fue el responsable de realizar interceptaciones telefónicas, búsqueda selectiva en base de datos, entrevistas, labores de vecindario, capturas, allanamientos y la consecución de los abonados celulares de los encartados, la víctima y Emilse Elena Franco Buitrago que, si bien se probó que mintió al decir que era investigador analista, lo cierto es que por lo menos existe una materia que se llama técnicas de análisis de la información, lo que permite evidenciar la idoneidad del conocimiento del testigo para deponer sobre la información por él obtenida sin disminuir su poder de convencimiento.

Se logró establecer la estrecha relación que existe entre los procesados. Asimismo, que al momento de los hechos, esto es, el 27 de abril de 2012 entre las 8:00 y las 8:30 de la noche, en la misma celda se registraron distintas llamadas entrantes y salientes entre los referidos números; luego, el contenido de las interceptaciones demuestra que los interlocutores de las llamadas no eran otros que los procesados además que las diligencias que desplegaron los detectives permiten conocer que las personas que fueron grabadas en la intervención policial a sus líneas telefónicas *–previamente autorizadas por el Juez de Control de Garantías–* son las mismas que aquí enfrentaron este juicio.

Mediante el referido análisis link realizado por el experto Yilmar Elías Pérez Gómez se comprobaron miles de llamadas telefónicas entre

Emilse y Daniel Aguirre, en seis meses. Asimismo más de 80 comunicaciones telefónicas entre **María Elena Cano** y **Argemiro Motta**; de donde se evidencia el deterioro de la relación de Daniel Aguirre y **María Elena**, y la tensión propia de la infidelidad mutua, con el hecho adicional de la grave enfermedad que padecía la víctima.

Y si bien, la defensa pretendió menguar la capacidad probatoria de la información recogida en los CD contentivos de la búsqueda selectiva en base de datos correspondiente a los abonados telefónicos a ser interceptados, lo cierto es que en el rótulo del CD P4320115080311 y su registro de cadena de custodia P4230115080311, se nota que se intercambiaron un número, pues consignó 23 por 32, pero el propio investigador declaró bajo la gravedad del juramento que la información que contenía el CD correspondía a la misma que él conoció, pues el disco compacto contenía los 9 archivos en Word y los mismos datos biográficos, número de teléfono de Daniel Aguirre, mismos números intervenidos, iguales llamadas entrantes y salientes.

1.6 Resultaron de poca «sustancia» las declaraciones de Magnolia Amaya, Gloria Amparo Yampuezan, Gloria Inés Angulo Castañeda; María Aguirre Piedrahita; Jesús Humberto Marín Cuervo, Jhonson Torres, Viafara Caicedo, Alfonso Cano y Andrés Felipe Betancur.

1.7 Indicó que se hicieron cargos por el porte ilegal de armas de fuego de conformidad con el artículo 365 del Código Penal, agravado por el numeral 5, por haber sido cometido en coparticipación criminal. Demostración del ilícito que se logró a partir de la estipulación en la que se dio por probado que ninguno de los cuatro enjuiciados poseía permiso de autoridad para porte de armas de fuego (*estipulación N° 3*); aunado al hecho de haberse demostrado que el homicidio se perpetró arma de fuego (*prueba 21 FGN*), puesto que se estableció que el proyectil recuperado por el médico legista, en la necropsia, fue disparado por arma de fuego, tipo revólver calibre 38.

2. Con base en lo dispuesto en los artículos pertinentes para la individualización de la pena condenó a **Leomar Peña Vargas**, **Argemiro Motta Álvarez** y **Luis Alberto Cuenú** como coautores de los delitos de homicidio agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de que tratan los artículos 103, 104 numeral 7 y 365 inciso 3 numeral 5° del Código Penal a la pena de 460 meses de prisión (*400 meses por el atentado contra el bien jurídico de la vida –delito base- y 60 más por la seguridad pública –delito concursal-*); **María Elena Cano Cardona** fue condenada por idénticos delitos y calidad, con adición del numeral primero del referido canon -104-, para un total de 510 meses de prisión (*450 meses por el atentado contra el bien jurídico de la vida –delito base- y 60 más por la seguridad pública –delito concursal-*).

Condena que han de pagar en un centro penitenciario comoquiera que no cumplen los requisitos objetivos de que tratan los subrogados penales de suspensión condicional ni de prisión domiciliaria.

Asimismo se le condenó a los encartados a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a la privación del derecho al porte y tenencia de armas de fuego por el lapso máximo establecido en el canon 51 del Código Penal⁹.

RECURSOS DE APELACIÓN

La anterior decisión fue apelada por los apoderados judiciales de los procesados.

1. Sostienen que José Norley Ramírez Meneses fue utilizado como un agente encubierto, por lo que, le era exigible cumplir las disposiciones contenidas en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de

⁹ Folios 57 a 97 de la carpeta original 4

2004, según las cuales, la Fiscalía debía solicitar *-siempre y cuando existieren motivos fundados-* una autorización previa ante el Director Nacional o Seccional de Fiscalías, para la actuación de aquel. Así, la información que de tal fuente deriva debe ser excluida de la valoración procesal.

2. En su entender, el contenido del CD allegado por Ramírez Meneses en el que presuntamente aparece **Argemiro** y **Luis Cuenú** es ilegal, porque: i) vulnera el derecho a la intimidad, ii) la información que se extrae de ellos no es espontánea, iii) José Norley se encamina a obtener respuestas o asentamientos a frases expresadas por él, para que sus interlocutores respondan sí o no a lo que él manifiesta. Luego, toda la información que deviene de esta actividad debe ser excluida *-interceptaciones telefónicas, prueba de referencia y reconocimiento fotográfico-*.

3. Además, reprochan que José Norley no haya comparecido a juicio oral bajo el pretexto de que fue imposible localizarlo, con lo cual se les negó la posibilidad de contradecir su versión¹⁰.

4. En cuanto al reconocimiento fotográfico, el defensor de **Argemiro Motta** resalta que las planillas utilizadas incumplen las exigencias que demanda dicha práctica, esto es, que se tengan por los menos 10 rasgos similares entre una y otra fotografía; además al tratarse de una prueba de referencia, por sí misma no puede ser sustento para emitir condena. En este punto, el abogado de **Peña Vargas** sostiene que el álbum fotográfico viola el principio de ubicuidad, pues unos y otros se hicieron en la misma fecha y en diferentes lugares, de donde concluye que uno de ellos es falso. Esta práctica se realizó sin autorización previa del Fiscal ni control posterior de legalidad. Además, su práctica no tenía ningún objeto debido a que José Norley tuvo una relación con **Leomar**, por lo que le era fácil

¹⁰ Folios 98 a 167 de la carpeta original 4

identificarla. Uno y otro apelante echa de menos la práctica de un reconocimiento en fila de personas.

5. Restan valor probatorio a la investigación liderada por Andrés Felipe Betancourt, la base, el haber mentido en estrados al decir que era analista de comunicaciones cuando se probó que no era así; por lo que, se trata de una persona de poca credibilidad.

6. En su entender, existe duda respecto a los verdaderos interlocutores de las conversaciones interceptadas pues no se efectuó cotejo de voz alguno y los titulares de estas líneas son personas distintas a los procesados. El defensor de **Motta Álvarez** recalca que existe una anomalía entre en los dígitos de rótulo y los del CD contentivo de las interceptaciones.

7. Los apelantes cuestionan la veracidad del contenido de las aseveraciones de José Norley Ramírez ya que se trata de un hombre al que solo le interesó recibir la recompensa ofrecida por las autoridades competentes, después de ella se esfumó sin que le importase el concepto de la justicia.

8. Aseguran que el móvil de la muerte de Daniel Aguirre Piedrahita no corresponde a la teoría del caso de la Fiscalía, pues la pareja de esposos vivían bajo el mismo techo, aún a sabiendas de que cada uno de ellos tenía una relación sentimental paralela; en contraste a ello, en el proceso se ventilaron otras hipótesis de dicho deceso violento de aquel: i) como su condición de miembro de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Corteros de Caña -SINALCORTEROS-; ii) su enfermedad y promiscuidad; iii) Su posible pensión; iv) el hecho de que la progenitora de **María Helena** no lo quería vivo. Todas ellas, a partir de lo dicho por María Luz Dary Aguirre Piedrahita, Humberto Marín Cuervo, Johnson Torres Ortiz, Alfonso Viáfara e Hilda Mena Rosales, Gloria Amparo Yampuezan Bastidas, Johson Torres Ortiz, Alfonso

Viáfara Caicedo, María Luz Dary Aguirre Piedrahita y Jesús Humberto Marín Cuervo.

De la zona común en los argumentos de los recurrentes, se da paso a continuación de las razones particulares que esgrimen como sustento de la alzada:

El abogado de **Cano Cardona** resalta que su prohijada colaboró con el esclarecimiento de los hechos. De ello dan cuenta los testigos Magnolia Amaya Rubio (*fotógrafa*) y Jairo Torres Cabezas (*topógrafo*).

El defensor de **Argemiro Motta Álvarez** reseña que en la comunicación del 6 de junio de 2012, su prohijado habla con **María Elena** de la persona que disparó contra el sindicalista.

El representante judicial de **Luis Alberto Cuenú** razona que si su prohijado hubiese estado comprometido en las felonías que se le atribuyen, conociendo que existía pública recompensa, el sentido común le hubiese ordenado no utilizar el número telefónico que lo acompañaba, o tendría otras líneas telefónicas para comunicarse; por más desprevenido que fuese, debió colegir que si por medio de volantes se buscaba al agresor, las actividades investigativas lo podrían alcanzar.

Finalmente, el defensor de **Leomar Peña Vargas** indica que ésta no lidera al grupo de procesados *-como lo dijo el fallador de primer grado-*. De hecho, no se probó su participación en el acto delictual investigado. José Norley solo dice que su prohijada actuó como campanera para facilitar la ejecución del homicidio en manos de **Luis Alberto**, sin dar ninguna información más al respecto. De ahí que en el hipotético evento en que se halle su responsabilidad penal su calidad debería ser, si al caso, la de cómplice mas no como coautora.

Recalca que en las interceptaciones escuchadas no existe compromiso alguno de **Leomar Peña Vargas**, como tampoco quién realizó el acto criminal, pues solo se probó una relación entre las personas encartadas, en donde **Leomar** planeaba extorsionar, robar, traficar armas, asesinar a su esposo y echarle ácido a su cuñada, que podrían ser objeto de una compulsión de copias, pero nada se dice del homicidio de marras. Tampoco de la conversación integral de 18 de junio de 2012, se puede establecer responsabilidad de esta acusada.

Este último togado también indica que mal se hace en hallar responsabilidad penal con base en el análisis link en el que se observan las llamadas entrantes y salientes desde la misma celda (*lo que hace suponer que estaban en ese momento cerca unos de otros*), entre los procesados después de la ocurrencia de los hechos; contrario a dicha apreciación, los encartados son conocidos y viven cerca unos de otros, es lógico que ante un acontecer fatídico se comuniquen entre sí, en busca de apoyo y ayuda; así mismo, el municipio de Florida (*Valle del Cauca*) es muy pequeño¹¹.

NO RECURRENTES

La Fiscalía hace un recuento probatorio con el propósito de reseñar el acierto de la sentencia de primer grado y su consecuente solicitud al d quem de confirmar la decisión de primera instancia¹².

CONSIDERACIONES

El Tribunal tiene **competencia** para resolver el recurso interpuesto comoquiera que se trata de una sentencia emitida por un juez penal del circuito de este Distrito, según los artículos 34-1 y 179 de la Ley 906 de 2004 y 91 de la Ley 1395 de 2010.

¹¹ Folios 98 a 1370 y 154 a 167 de la carpeta cuatro

¹² Folios 140-152

La inconformidad de los apelantes gira en torno a la capacidad que se le puede irrogar a la prueba para alcanzar el conocimiento necesario que permita afectar con la sentencia condenatoria a los vinculados en esta causa penal, tal como se dispuso por el fallador. De manera que se desatará la apelación con base en el análisis y estimación de los medios probatorios legalmente allegados al juicio oral y los requisitos legales que se exigen para denotar responsabilidad penal por los delitos acusados, e irrogar la sanción punitiva como su necesaria consecuencia jurídica.

En el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala existe certeza racional sobre el hecho acaecido el 27 de abril de 2012, en la calle 18 entre carreras 12 y 13 del municipio de Florida, Valle del Cauca, en el que Daniel Aguirre Piedrahita *-secretario general de SINALCORTEROS-* fue atacado a disparos con un arma de fuego cuando caminaba junto a su esposa **María Elena Cano Cardona**; debido a ello, fue trasladado a un centro hospitalario, al que llegó sin signos vitales¹³.

¹³ Al respecto, el dictamen pericial de necropsia N° 2012010176520000213 introducido por la testigo perito, Dra. Gloria Inés Ángulo dice lo siguiente:

Descripción de las lesiones por arma de fuego

Herida N° 1

1.1. Orificio de entrada de forma regular, mide 0.7x0.7 cm, con anillo de contusión de mm. sin tatuaje ni ahumamiento, en la región cervical derecha, a la altura del tercio superior del esternocleidomastoideo. ubicado a la 19 cm del vértice y 6.5 cm de la línea media anterior.

1.2. Orificio de salida de forma irregular, mide 1.5x1.5 cm ubicado en la región pre-auricular izquierda, a 14 cm del vértice y 6 cm de la línea media anterior.

1.3. Lesiones: herida de piel, músculos cervicales laterales derechos, laceración de vasos yugulares y carotídeos derechos, laceración del piso de la boca, laceración de orofaringe y herida de mejilla derecha, músculos maseteros derechos y piel-auricular derecha por donde sale.

Herida N° 2

2.1 Orificio de entrada de forma regular, mide 0.6x0.6 cm, con anillo de contusión de 2mm sin tatuaje ni ahumamiento, en la región cervical derecha, lateral al tercio inferior del esternocleidomastoideo, ubicado a 29 cm del vértice y 3.5 cm de la línea media anterior.

2.2 Sin orificio de salida, se recupera el proyectil gris en tejido muscular, ubicado en la región escapular superior izquierda, a 27 cm del vértice y 11 cm de la línea media posterior. Se embala proyectil y se envía al almacén de evidencias de la fiscalía bajo cadena de custodia.

2.3 Lesiones: herida de piel, músculos supraclaviculares derechos, laceración de vasos subclavios derechos, perforación de lóbulo superior de pulmón derecho y de pulmón izquierdo con hemotórax masivo bilateral secundario, de aproximadamente 2500 cc, se aloja en pared torácica postero-superior izquierda.

2.4 Trayectoria levemente inferior superior, anterior-posterior, de derecha a izquierda

Principales hallazgos de necropsia

Diagnóstico: 1. Anemia aguda 2. Broncoaspiración hemática. 3 Hemotórax masivo bilateral. 4 Heridas de vasos yugulares y subclavios derechos por proyectil de arma de fuego. 5 Heridas cérvico-faciales por proyectil de arma de fuego. 6 Heridas bi-pulmonares por proyectil de arma de fuego. 7 Heridas cérvico-craneales y cérvico-torácicas por proyectil de arma de fuego

Análisis y opinión pericial

Se trata de un hombre que presenta heridas por proyectil de arma de fuego cérvico-faciales y cérvico-torácicas, las cuales comprometen estructuras vasculares y respiratorias importantes ocasionándole la muerte por anemia aguda y

Los delitos enrostrados en la acusación exigen, para su condena, que se logre una convicción, superando toda duda razonable que los encartados realizaron una conducta típica, antijurídica y culpable (*art. 9 CP*), que pusieran en peligro o lesionaran los bienes jurídicos de la vida y la seguridad pública.

De acuerdo con la comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, era carga probatoria del ente acusador demostrar que se le podía atribuir a los procesados en calidad de coautores, los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, de conformidad a lo descrito en los artículos 103, 104 numerales 1 (*únicamente a **María Elena Cano***)- 7 y 365 inciso 3 numeral 5° del Código Penal.

En general, los reproches de los procesados con respecto a la sentencia de primera instancia se puede dividir en dos grupos: un componente con el que se pretende lograr la exclusión o rechazo del material probatorio de la Fiscalía y, otro, relativo al peso probatorio que el a quo le dio a las pruebas de cargo.

Tras ello, el marco que procederá a abordar la Sala es el siguiente:

A. Prueba valorada en primera instancia

1. *Informes de Policía*
2. *Cadena de custodia*
3. *En torno a José Norley Ramírez Meneses*
 - 3.1 *Naturaleza de agente encubierto*
 - 3.2 *Acreditación de prueba de referencia*
 - 3.3 *Derecho a la intimidad*
 - 3.4 *Reconocimiento por medios fotográficos y videos*
4. *Interceptaciones telefónicas*

B. Valoración probatoria de la responsabilidad de los procesados

1. *Mérito de la prueba testimonial*
2. *Mérito de las interceptaciones telefónicas*
3. *Prueba indiciaria*

broncoaspiración hemática. Causa básica de muerte: heridas por proyectil de arma de fuego. Manera de muerte. Homicidio.

- 3.1 *Indicios*
 - 3.1.1 *Manifestaciones espontaneas anteriores a los hechos*
 - 3.1.2 *Móvil*
 - 3.1.3 *Presencia en el lugar de los hechos*
 - 3.1.4 *Manifestaciones afectivas posteriores al suceso criminal*
 - 3.1.5 *Indicio de no refutación*
 - 3.1.6 *Manifestaciones espontáneas posteriores a los hechos*
 - 3.1.7 *Indicio de capacidad para delinquir*
- 3.2 *contra-indicios*
 - 3.2.1 *contra-indicio de móvil*
 - 3.2.2 *contra-indicio de actuar con sigilo*
- 4. *Conclusiones de la valoración probatoria de la responsabilidad de los procesados.*
 - 4.1 *Calidad en la que actuaron los procesados*
 - 4.2 *Principio de congruencia respecto a la calidad atribuida a los procesados*

C. Redosificación

A. De la prueba valorada en la sentencia de primera instancia

1. Informes de Policía Judicial

El primer **problema jurídico** que ocupa la atención de la Sala consiste en establecer, si es válido, a la luz de la Ley 906 de 2004, que se introduzcan como prueba los informes rendidos por los testigos que comparezcan al juicio.

La tesis de la Sala estará guiada por la condición, naturaleza y objeto probatorio que, exprese la parte, le va a dar al medio de conocimiento o elemento material.

Al respecto, la alta Corporación ha dicho:

Si se entiende que el tema de prueba está integrado por los hechos que deben probarse, según el contenido de la acusación y las eventuales alternativas fácticas que proponga la defensa, y medio de prueba es el que se utiliza para hacer dicha demostración, la Sala abordará esta temática con el fin de precisar cuándo una declaración puede tenerse como objeto específico de prueba¹⁴ y en qué eventos constituye medio de prueba, lo que resulta determinante para decidir si se trata o no de prueba de referencia.

¹⁴ En contraposición al objeto de prueba como categoría objetiva y abstracta. En adelante, cuando se haga alusión a las declaraciones como objeto de prueba, ha de entenderse como aspecto específico del tema de prueba.

Las declaraciones realizadas por una persona por fuera del juicio oral pueden hacer parte del tema de prueba. Ello es palmario en los delitos que sólo pueden cometerse a través de declaraciones: falso testimonio, falsa denuncia, falsa autoincriminación, injuria, calumnia, etcétera. En estos eventos, uno de los aspectos relevantes del tema de prueba es establecer que la declaración existió y que su contenido es el que alega la parte en su teoría del caso.

La Ley 906 de 2004 no establece límites para la demostración de la existencia y contenido de las declaraciones que hacen parte del tema de prueba, lo que es coherente con el principio de libertad probatoria que inspira todo el ordenamiento procesal penal (Art. 373 ídem). Así, es posible que la existencia y contenido de una declaración injurianta pueda demostrarse a través de un documento y/o de un testigo que la haya escuchado. También es posible que se requiera de un perito para establecer, por ejemplo, que un manuscrito es autoría del acusado, que la voz que se escucha en una grabación magnetofónica corresponde a una determinada persona, etcétera.

En estos casos, es necesario distinguir el tema de prueba y los medios de prueba. De lo primero hará parte la declaración falsa, injurianta, entre otras, y el medio de prueba será el documento, el testimonio o el dictamen pericial que sirven para demostrarle al juez la existencia y contenido de la declaración¹⁵.

El desconocimiento de la técnica y de los principios que acompañan la admisión de pruebas¹⁶, ha llevado a la práctica errada de solicitar la introducción de los informes¹⁷, tanto de investigadores como de peritos, con la única pretensión de demostrar (*objeto de prueba*) las labores y resultados (*hallazgos*) que a esta clase de testigos les consta, gracias a su percepción directa¹⁸.

Esta praxis olvida que el medio de conocimiento con el que se introducen al juicio este conocimiento ha de ser el testimonio de las personas que tienen la capacidad de transmitirlo; sus informes, son declaraciones¹⁹ rendidas por fuera del juicio oral, que se quiere llevar para demostrar la verdad de lo que allí se asevera (*prueba de referencia*) y cuya admisibilidad está restringida a lo normado en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

¹⁵ CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153

¹⁶ Principios tales como el conocimiento personal del testigo, la inmediación, la contradicción, la confrontación, la concentración, como ya se ha indicado en el cuerpo de esta decisión.

¹⁷ Lo que incluye las llamadas inspecciones que hacen los investigadores y que a veces se les denomina erradamente, judiciales.

¹⁸ Conforme a lo preceptuado en el artículo 402 de la norma procesal penal ya aducida

¹⁹ Fuentes de prueba que también se pueden encontrar contenidas en otros escritos, en lo que una persona escuchó de otra, en sistemas de audio y/o vídeo, etc.

Diferente es que se autorice por la ley para que estos contenedores (*documentos, videos, audios, etc.*) puedan ser utilizados para las técnicas de apoyo en el interrogatorio cruzado de **refrescamiento de memoria** y/o **impugnación de credibilidad**, casos en los cuales sus derroteros normativos serán los contenidos de los artículos 392-d y 347 del mencionado Estatuto Procesal.

En ese orden de ideas, no se puede permitir –dentro del debido proceso- que se remplace el testimonio con los elementos que lo albergan, como el informe; claro está, a menos, que se den los presupuestos para la admisibilidad excepcional de prueba de referencia.

Tampoco se debe perder de vista que dichos informes pueden involucrar, a la vez, un sinnúmero de medios probatorios que gozan de autonomía frente a la naturaleza testimonial de quien lo elabora –*v. gr. el investigador-*, tales como las fotografías, los planos u otras evidencias demostrativas, o aquellos documentos recogidos o aportados en diversas diligencias (*allanamientos, inspecciones, etc.*)²⁰, y que podrán ser introducidos al juicio oral con los respectivos testigos de acreditación²¹.

En ese conjunto de elementos que hacen parte de la actuación procesal en las diferentes fases, se debe distinguir las que son propias de las fases preliminares y que activan la intervención previa o posterior de los jueces de control de garantías, pero que en principio cesan en su utilidad al llegar a la audiencia pública para el debate probatorio en juicio.

²⁰ Cfr. Artículo 275 ejusdem

²¹ Tener en cuenta que aplica en cuanto a lo que corresponda a su naturaleza lo aquí dispuesto para la introducción del CD contentivo de las grabaciones (prueba 1.26)

Es el caso de las órdenes impartidas por el ente acusador para la afectación de derechos fundamentales en indagación o investigación, o de los informes que cumplen dichos mandatos, tienen una primigenia utilidad para el avance de las pesquisas y la toma de decisiones progresivas. En todo caso siempre será necesario desglosar estos actos de su producto, como lo es el caso de la orden para allanar respecto a los elementos incautados en el registro ordenado.

Es factor de ineficacia y, a la vez, desborda el objetivo de cada fase procesal, que se haga un recuento de toda intervención de las partes en la preparación del caso, a menos que se demuestre la pertinencia con la actuación que se está evacuando y, que en el ámbito de la audiencia de juicio oral, esa relación ha de ser directa con el **acto de prueba**.

Así es resaltado por la Sala Penal del a Corte Suprema de Justicia:

En apoyo de tal postura, el máximo tribunal en materia de control constitucional partió de la base de que «[t]anto la Fiscalía como el imputado están facultados dentro del actual sistema penal de tendencia acusatoria para el recaudo de material probatorio, relativo a evidencia física e información que permita esclarecer los elementos del delito, [...] que será decisivo para el posterior desarrollo del proceso penal»²². Así mismo, consideró «fundamental distinguir los actos de investigación y los actos de prueba»²³:

Los primeros tienen como finalidad recaudar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán utilizados en el juicio oral para verificar las proposiciones de las partes y el Ministerio Público, y para justificar, con grado de probabilidad, las decisiones que correspondan al juez de control de garantías en las etapas preliminares del procedimiento. En otras palabras, los actos de investigación se adelantan por la Fiscalía, la defensa, el Ministerio Público y la víctima con el control y vigilancia del juez de control de garantías. Los segundos, los actos de prueba, son aquellas actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el objeto de incorporar los actos de investigación al proceso y convertirlas en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho»²⁴.

(...)

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

En este orden de ideas, un acto de investigación dentro del sistema de la Ley 906 de 2004 es todo aquel que (i) sea realizado por la Fiscalía, la defensa e incluso la víctima, (ii) tenga como fin obtener o recaudar evidencia y (iii) esté sujeto al control, ya sea previo o posterior, del juez de garantías. Un acto de prueba, en cambio, es el que (i) proviene de las partes (Fiscalía o defensa), (ii) se ejerce ante un juez de conocimiento y (iii) busca incorporar el acto de investigación a la actuación procesal. Es decir, es el acto que concierne de manera directa a la práctica de la prueba.²⁵

Por su parte, la H. Corte Constitucional²⁶ al referirse a un tema regido bajo normas procedimentales anteriores a la Ley 906 de 2004 pero que para estos efectos resulta pertinente señaló que «*[l]os informes de la Policía si bien muchas veces revelan situaciones objetivas que han verificado sus agentes, en otras, son producto de indagaciones con terceros, muchas veces indeterminados, que estructuran conjeturas o apreciaciones que materialmente no son idóneos para fundar una prueba; pero en todo caso en su producción **no intervienen las personas sindicadas que pueden verse afectados por ellos***». Lo cual «*no obsta para que el funcionario judicial competente pueda, a partir de dichos informes, producir dentro del proceso la prueba que se requiera para establecer la **realidad y veracidad** de los hechos que son relevantes en éste, la cual naturalmente puede ser controvertida por el sindicado. Pero se anota que lo que dicho funcionario puede valorar es la prueba producida regularmente en el proceso, mas no los mencionados informes*».

Por lo tanto, la Sala debe aclarar que ninguno de los informes de Policía Judicial que se ventilaron en juicio oral tiene vocación probatoria, su función o utilidad era residual –*no constitutiva de prueba*– para refrescar memoria o impugnar credibilidad.

Tras los asertos que se acompasan con el sistema acusatorio y el ordenamiento jurídico que enmarca su aplicación, se ha de indicar que le asiste razón a los representantes judiciales de los procesados al reiterar que no era procedente que se les permitiese a los distintos investigadores que comparecieron a estrados leer tales documentos.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 41591.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-392 del 26 de septiembre de 2000, M.P., Antonio Barrera Carbonell.

Una muestra de la confiabilidad reducida –*prevista por el legislador*– que generaría la introducción de prueba de referencia (como los informes) está en la falta de confrontación y contradicción en el tiempo real en el que se elaboró, y que se hace nugatorio al momento del juicio en la medida que se requiere a quien puede sostener tal información por ser su adquirente directo y personal, lo que garantiza los mencionados principios.

Los encargados de las averiguaciones iniciales, que soportan la actividad de los fiscales o los defensores, se pueden nutrir de disímiles fuentes, de manera que al documentar lo recolectado no exime que la conversión del acto de investigación en acto de prueba, se deba acudir sólo a quienes puedan respaldar los hechos y circunstancias por haberlos presenciado en sus orígenes, y no los que lo han logrado por interpuesta persona o elemento.

Se debe precisar entonces, que en el caso bajo examen, el testigo John Jairo López Tolosa²⁷ en su calidad de miembro del CTI no era el llamado a introducir los aparatos celulares que aparentemente fueron hallados en el allanamiento realizado el 27 de agosto de 2012 a la casa de **María Helena Cano Cardona**, pues no tenía la percepción directa y personal del momento mismo del hallazgo e incautación de dichos elementos. Todo indica que su relación con dichos objetos fue de manera mediata, es decir por interpuesta persona, que si bien le era factible documentar en el informe el hecho y sus circunstancias, la acreditación sólo podía permitirse a través de quien tuviera el *conocimiento personal* al tenor de lo dispuesto en el artículo 402 CPP.

Finalmente, resáltese que los esquemas, ilustraciones, gráficas podrán ser utilizados como extensión de los testimonios decretados²⁸,

²⁷ sesión de 14 de mayo de 2015 CD3 registro: 00:32-1:32:35

²⁸ No constituye prueba autónoma y sólo sirve para la **presentación**, tal como lo determinó el legislador, como ayuda al testigo que está haciendo la declaración en el juicio oral.

conforme a lo dispuesto por el legislador en lo que hace relación a la evidencia demostrativa de que trata el canon 423 del CPP, que indica: *Presentación de la evidencia demostrativa. Será admisible la presentación de evidencias demostrativas siempre que resulten pertinentes y relevantes para el esclarecimiento de los hechos o para ilustrar el testimonio del experto.*

Cadena de custodia

El segundo **problema jurídico** que ocupa la atención de la Sala gira en torno a definir si las irregularidades en la cadena de custodia de un elemento material probatorio o evidencia física afectan su legalidad y, por ende, su introducción en el juicio oral.

La tesis de la Sala es negativa, porque:

La autenticidad de las evidencias físicas, en general, y de las pruebas documentales, en particular, brindan al proceso la confiabilidad que se entrará a estimar una prueba que mantiene su identidad, originalidad e inalterabilidad.

La cadena de custodia es un medio demostrativo, no el único²⁹, que ayuda a determinar las anteriores características del elemento que ha sido detectado, fijado, recogido y embalado técnicamente a las reglas de un protocolo específico. Sin embargo, esta es sólo una posibilidad a disposición de las partes³⁰.

El mismo inciso segundo del artículo 377 de la ley adjetiva deja ver que este tema de autenticidad es sólo una de las formas de lograr los objetivos que venimos mencionando, ya que refiere, que para el mismo efecto, en caso de no ser sometidos a dicho procedimiento (*cadena de custodia*), la carga quedará en la parte que los presente; regla

²⁹ Si se atiende el principio de libertad probatoria.

³⁰ Al respecto, C.S.J. AP2202-2015 auto de 29 de abril de 2015 M.P. Éyder Patiño Cabrera Rdo. 45.469

general de la teoría de la prueba: quien afirma está en la obligación de demostrarlo.

Lo que es consistente con el señalamiento del precepto normativo 373 ídem, en el que se involucra tanto la autenticidad, como al sometimiento a cadena de custodia, entre otros, como criterios de valoración.

Una interpretación contraria a las opciones que otorgó el legislador de cara a demostrar la autenticidad de los medios de conocimiento físicos, es crear una antinomia donde no la hay, más aún si lo que se alega es un desconocimiento de la ley, y como se puede ver, la ausencia del primer modelo de protocolo abre inmediatamente a la parte, la posibilidad de optar por otros caminos a fin de lograr un efecto suasorio en el juez, que le indique que el elemento es lo que la parte dice que es³¹.

De manera que el testigo con el que se pretenda acreditar la autenticidad de un elemento material probatorio es un problema de peso probatorio evaluable solo en la audiencia de juicio oral al momento que sea sometido al interrogatorio cruzado, instante en el cual las partes realizarán las oposiciones a que haya lugar³² y, será el juez quien determinará lo que en derecho corresponda, bien sea de manera inmediata, en desarrollo de la prueba, o al final, al evaluar los argumentos de las partes y la prueba practicada.

Integrando los artículos 425 y 426 del estatuto referido, se debe recordar a las partes, que en el juicio oral, una vez cumplida la obligación de autenticar los elementos a través de los métodos allí

³¹ Al respecto, C.S.J., AP de 27 de junio de 2012 RADICADO 34867, Casación 25920, sentencia de 21 de febrero de 2007. En el mismo sentido. Casación 28282, auto de 12 de septiembre de 2007; Casación 30598, sentencia de 19 de febrero de 2009; Casación 31898, auto de 5 de agosto de 2009; Casación 32361, auto de 15 de septiembre de 2010; Casación 35133, auto de 21 de septiembre de 2011; Casación 37298, auto de 30 de noviembre de 2011, entre otras.

³² El artículo 402 ídem establece que en caso de mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

enunciados, se invierte la carga en quien pretenda desvirtuar la mismidad de la evidencia física³³.

En un caso que para sus efectos resulta semejante al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, la alta Corporación anotó:

No es un problema de legalidad, de otra parte, que el disco que contenía las 146 llamadas grabadas como resultado de la interceptación telefónica, con el cual la Fiscalía reemplazó uno anterior que se dañó, no haya estado sometido a cadena de custodia. La ausencia de ésta o su rompimiento en un momento dado, como lo ha dicho la Sala reiteradamente, no excluye la prueba sino que es una circunstancia a considerar en el momento de apreciarla el juzgador, al fijar sus alcances.

El reemplazo del disco donde se hizo el descubrimiento de las llamadas interceptadas para que se pudieran escuchar en el juicio, por otra parte, no entraña ninguna arbitrariedad. Se presume que el ente investigador, al hacerlo, no alteró el documento original y lo contrario tenía que probarse. Está fuera de lugar, entonces, pretender que el simple cambio del disco dañado conducía a la exclusión de las llamadas en él copiadas del sistema esperanza de la Policía nacional³⁴.

En ese orden, los distintos reproches que los apelantes hacen a la cadena de custodia se resolverán bajo la perspectiva del peso de la prueba.

2. Respecto a José Norley Ramírez Jiménez

2.1. Naturaleza del agente encubierto y las fuentes humanas

Dentro de las distintas instituciones que buscan luchar contra la criminalidad organizada y que, en su ejecución, pueden afectar derechos fundamentales se encuentra el agente encubierto (*art. 242 del C. de P.P*), el seguimiento pasivo (*Art. 239 ídem*), entrega vigilada (*art. 243 ídem*) y vigilancia de cosas. La figura del agente provocador se excluye como acto válido de investigación (*art. 242 ídem*).

³³ Advierte el artículo 425 que **salvo prueba en contrario**, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento.

³⁴ C.S.J. AP079-2015 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 40.835

Las operaciones encubiertas son técnicas especiales de investigación, en virtud de las cuales un funcionario de Policía Judicial o un particular se infiltra en una organización criminal en busca de información relevante sobre su estructura, funciones, identidad de sus miembros, actividades que llevan a cabo, los acercamientos con otras personas o las formas de financiación de sus planes delictivos, entre otras³⁵.

El artículo 241 de la Ley 906 de 2004 indica que cuando el ente investigador cuente con motivos razonablemente fundados para inferir que una persona *«pertenece o está relacionada con alguna organización criminal»*, con el apoyo de la Policía Judicial realizará un análisis e infiltración de la empresa delictiva por parte de un agente encubierto, con el fin de obtener información útil para la investigación y, así, *«conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma»*.

A su vez, el artículo 242 ídem regula las actuaciones encubiertas realizadas en desarrollo de la norma anterior bajo determinados supuestos y ciertas condiciones. Ellas corresponden a una autorización previa por parte del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, para que el agente encubierto *-que puede ser un funcionario de policía judicial o un particular de confianza por parte de algún miembro de la empresa delictiva-*, pueda actuar sin restricción alguna en la organización criminal, con el fin de recaudar elementos materiales probatorios y evidencia física trascendente.

Los procedimientos que se lleven a cabo deberán ser objeto de control de legalidad ante el juez de control de garantías dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta. En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un

³⁵A respecto, C-156 de 2016

período superior a un año, prorrogable por un término igual debidamente justificado³⁶.

Por su parte, el artículo 83 de la Constitución Política consagra que *«las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas»*. Es decir, si bien opera esa presunción de buena fe en las diligencias que efectúen los particulares, ello no obsta para que las autoridades verifiquen el uso racional a través de los distintos medios, y el contenido de la información aportada, facultad que le otorga la norma 250 ídem.

A su turno, el artículo 95 íbidem establece los deberes y obligaciones de las personas en el territorio nacional, entre los cuales se destaca *«7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia»*. Por tanto, denunciar la comisión de un delito y rendir una declaración sobre hechos criminales, son las formas más comunes de ayudar al buen funcionamiento del aparato judicial.

En esa medida, la figura de los informantes, en desarrollo de la obligación constitucional de colaborar con la administración de justicia, tiene como fin lograr la información con la que cuenta una persona y que se relaciona con actividades ilícitas, que se puede asegurar a través de la confidencial o con la promesa de una posible compensación monetaria³⁷.

Este breve recuento de las mencionadas figuras es suficiente para concluir que José Norley Ramírez Meneses actuó bajo la calidad de informante o fuente humana, y no bajo el concepto de agente encubierto, en la medida que, según la prueba N° 20 de la Fiscalía³⁸, la que se documentó en un formato de fuente no formal, se expresó

³⁶ Al respecto de lo dicho en este numeral: C-156 de 2016 y sentencia C-025 de 2009

³⁷ Al respecto del tema tratado en este numeral: C-1260 de 2005, C- 392 de 2000, C- 251 de 2002 y C- 053 de 1993

³⁸ Folios 92-94 Carpeta pruebas de la Fiscalía II

que la razón para que una persona de sexo masculino arribó a la indagación, era el brindar una información a la Policía Nacional, concretamente el hacer referencia a la existencia de dos abonados telefónicos pertenecientes a «Luis» y «Leomar o Xiomara» correspondiente a los números 3217359176 y 3217613164, respectivamente, y que a su vez se sindicaba de haber participado en el homicidio de Daniel Aguirre Piedrahita.

A partir de ello, las autoridades competentes entrevistaron a José Norley Ramírez Meneses, *-forma prevista en la Constitución y en la ley para recaudar información de la comisión de un delito-*, con el fin verificar la seriedad y confiabilidad de los datos suministrados por el informante, se ordenó, como labor de investigación, las interceptaciones de los abonados celulares referenciados, con el fin de obtener elementos materiales probatorios o evidencia física que condujera a la identificación e individualización de los posibles responsables del homicidio de Aguirre Piedrahita.

2.2 Prueba de referencia

En la Ley 906 de 2004 las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba a menos que de manera excepcional sean incorporadas como tal, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia³⁹.

Canon que a su vez dispone que la prueba de referencia debe regularse *«en su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba...»*. Así, la parte que pretenda aducir en juicio como prueba una declaración anterior a la vista pública, a título de prueba de referencia, deber agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba, sin perjuicio de los requisitos específicos para la

³⁹ Al respecto, C.S.J. SP606 de 25 de enero de 2017. M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 44950

admisión de este tipo de declaraciones, esto es: i) Realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; ii) solicitar que la prueba sea decretada, «para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad»; iii) Demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia; iv) Explicar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral; v) Incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio⁴⁰.

Ello, por cuanto «La Corte ha precisado que la excepcionalidad de la prueba de referencia se fundamenta en su poca confiabilidad⁴¹, pues los riesgos en el proceso de valoración se multiplican por diversos factores, por ejemplo la ausencia de inmediación objetiva y subjetiva, la imposibilidad de confrontar directamente en juicio el testigo que tuvo conocimiento personal del hecho, y la falta de análisis de los procesos de percepción, memoria, sinceridad y narración del mismo, todo lo cual redundando negativamente en su consistencia probatoria»⁴². No en vano el legislador estableció en el inciso segundo del canon 381 de la Ley 906 de 2004 que la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en prueba de referencia, «introduciendo así, como ha tenido oportunidad de expresarlo la Corte, una tarifa legal negativa para menguar el valor probatorio de esa clase de elemento»⁴³.

De ahí que la H. Corte Suprema de Justicia concluya que para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva a la vista pública, es prueba de referencia, ha de tenerse en cuenta: i) cuál

⁴⁰ Al respecto, Corte Suprema de Justicia sentencia de 28 de octubre de 2015 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 44.056

⁴¹ Chiesa opina sobre el tema: "La prueba de referencia consiste en recibir como evidencia una declaración que se hizo por fuera de la vista o juicio en el que se ofrece, justamente para probar que tal declaración es verdadera." Y acota que el hecho de que no esté sujeta a confrontación "... explica ya la razón de ser de la regla general de exclusión de la prueba de referencia: que la parte afectada o perjudicada con la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante... se excluye la prueba de referencia por su falta de confiabilidad, por su dudoso valor probatorio, y no por ninguna otra consideración [es decir] no tiene las garantías de confiabilidad de la que se produce mediante testimonio en corte, a saber: i) hecha en el propio tribunal en el que se ofrece como evidencia, ii) bajo juramento, iii) frente a la parte perjudicada por la declaración, iv) frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio y, vi) sujeta al contrainterrogatorio por las partes que tengan a bien hacerlo." Tratado de derecho probatorio, tomo II, Publicaciones JTS, primera edición, 2005, páginas 565-566.

⁴² Corte Suprema de Justicia sentencia de 9 de octubre de 2013, M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rdo. 36.518, en el mismo sentido, sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación 27477.

⁴³ Cfr. providencias del 24-11-05 Rad. 24323, 30-03-06 Rad. 24468 y 27-02-13 Rad. 38773, entre otras.

es la declaración que podría constituir prueba de referencia (*la rendida por fuera del juicio oral*); ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (*por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia*) o si está siendo aportada como medio de prueba (*en este caso podrá constituir prueba de referencia*); iii) si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento y; v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.

La alta Corporación ha dejado sentado que el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia ha de seguir las siguientes pautas: *(i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente⁴⁴. (Subrayado por el Tribunal)*

Inclúyase a esta premisa que la solicitud de la prueba de referencia debe ser elevada por la parte interesada, sin que le esté permitido al operador judicial, otorgarle de oficio tal calidad⁴⁵.

⁴⁴ C.S.J. SP606 de 25 de enero de 2017 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 44950

⁴⁵ Al respecto, C.S.J. SP606 de 25 de enero de 2017 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 44950 así como AP130-2017 de 18 de enero de 2017 M.P. José Francisco Acuña Vizecay Rdo. 43.879

En el presente caso, la Fiscalía en audiencia preparatoria de 10 de julio de 2013⁴⁶ solicitó practicar el testimonio de Ramírez Meneses quien ya había vertido declaración el 29 de junio de 2012 –en la etapa de investigación–, pues daría cuenta de la relación existente entre los hoy acusados; así, como de sus presuntos vínculos con actividades delictivas. En esa misma diligencia, con fundamento en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, la Delegada Fiscal señaló que en caso de no lograr la comparecencia de Ramírez Meneses se aceptase como testigo de referencia a la asistente de la Fiscalía Lilia Moreno Sánchez. Condición bajo la cual le fue decretada la práctica de esta prueba.

Ahora bien, en la audiencia de juicio oral de 10 de junio de 2015⁴⁷ la Fiscalía solicita se escuche como testigo a Lilia Moreno Sánchez por cuanto, pese a los esfuerzos en ubicar a Ramírez Meneses, no fue posible dar con su paradero; tal petición la encaminó de acuerdo con el literal b) del canon 438 del Código de Procedimiento Penal en lo correspondiente a «eventos similares».

Sobre la expresión «eventos similares» la Corte Suprema de Justicia señaló:

...Debe tratarse de situaciones parecidas a las previstas en las excepciones tasadas, bien por su naturaleza o porque participan de las particularidades que le son comunes, como lo es, por ejemplo, que se trate de casos en los que el declarante no se halle disponible como testigo, y que la indisponibilidad obedezca a situaciones especiales de fuerza mayor, que no puedan ser racionalmente superadas, como podría ser la desaparición voluntaria del declarante o su imposibilidad de localización.

La primera condición (que se trate de eventos en los cuales el declarante no está disponible), emerge de la teleología del precepto, pues ya se vio que la voluntad de sus inspiradores fue la de permitir la admisión a práctica de pruebas de referencia sólo en casos excepcionales de no disponibilidad del declarante, y de no autorizarla en los demás eventos propuestos por el proyecto original (eventos de disponibilidad del declarante y de pruebas ungidas por particulares circunstancias de confiabilidad), con la única salvedad de las declaraciones contenidas en los registros de pasada memoria y los archivos históricos, que quedó incluida.

La segunda (que la indisponibilidad obedezca a casos de fuerza mayor), surge del carácter insuperable de los motivos que justifican las distintas hipótesis relacionadas en la norma, y de su naturaleza eminentemente exceptiva, que impone que la admisión de la

⁴⁶ Registro 58:39

⁴⁷ Registro 21:18 audio 2

*prueba de referencia por la vía discrecional se reduzca a verdaderos casos de necesidad, y que la excepción no termine convirtiéndose en regla, ni en un mecanismo que pueda ser utilizado para evitar la confrontación en juicio del testigo directo*⁴⁸.

Tras lo dicho resulta claro que el ente acusador debe hacer lo razonablemente posible para que sus testigos comparezcan al proceso. Así lo determinó la H. Corte Suprema de Justicia en el caso radicado 30598, mediante providencia de 19 de febrero de 2009 que no bastó que la víctima se encontrara amenazada sino que, adicionalmente, la Fiscalía demostró su imposibilidad razonable de hacerla comparecer a juicio pese a solicitar su conducción, pues se perdió absoluto contacto con ella.

Por el contrario, en proveído con radicado 36.518 de 9 de octubre de 2013, la alta corporación solucionó un caso en el que la víctima también adujo estar amenazada pero, en esta oportunidad, el ente acusador no demostró que hubiese hecho lo posible para lograr la comparecencia de su testigo en pro del proceso y de proteger la integridad de la referida víctima.

Al respecto se tiene:

*Pueda que el testigo haya expresado telefónicamente que no era su deseo comparecer a la audiencia*⁴⁹, pero esa afirmación, por sí sola, no lo relevaba de la obligación de rendir testimonio⁵⁰, menos a la Fiscalía como parte interesada y en la cual pesaba la carga de traerlo a la diligencia, ni al director del juicio de ejercer la facultad de ordenar su conducción en tanto persistiera en rebeldía.

Tampoco puede servir de estímulo para que el ente acusador, en una posición cómoda y conveniente a su teoría del caso, logre que se sustituya un testimonio en juicio por una declaración previa, refractaria al derecho de confrontación que le garantiza a la defensa la posibilidad de interrogar a los testigos de cargo.

La desaparición voluntaria del declarante, situación de la cual dedujeron los sentenciadores el fundamento para admitir en juicio pruebas de referencia, implica que aquél no puede ser localizado ni es localizable porque no se tienen datos o fuentes de conocimiento que permitan su ubicación, situación impredecible cuando, como en el

⁴⁸ C.S.J. providencia de 6 de marzo de 2008 M.P. Augusto J. Ibañez Guzmán. Rdo. 27477

⁴⁹ En uno de los informes de la empleada del Juzgado Promiscuo Municipal de Montenegro (23-07-10), se precisa que el requerido Molina Buitrago manifestó que vivía lejos de ese municipio y que "como ya lo había dicho anteriormente a él no le interesa asistir a estas audiencias ni saber nada de esto."

⁵⁰ Art. 383 C.P.P.

presente caso, la Fiscalía contaba con el número celular del testigo y de su padre, ... elementos que podían ser suficientes para establecer el paradero de la persona requerida, sin que hubiere acreditado que desplegó las gestiones posibles para lograr ese propósito.

La situación, entonces, no se adecua a lo previsto en el literal b) del artículo 438 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trata de un evento similar al secuestro o la desaparición forzada del testigo que le impidan concurrir al juicio, o de un suceso de fuerza mayor por desaparición voluntaria del declarante, pues aquí al menos se lo contactaba telefónicamente, sino de un declarante renuente a rendir el testimonio que de él se reclamaba, circunstancia que la Fiscalía no enfrentó con los medios legales y técnicos a su alcance.

Bien lo dijo la Delegada del ente acusador ante la Corte en su condición de no recurrente, en el presente asunto 'le faltó diligencia a quien pretendía acreditar la imposibilidad de hacer comparecer en juico al declarante y que concurría, por tanto, una de las causales de acogimiento excepcional de la prueba de referencia'.

Por lo demás, aunque el declarante hubiere expresado temor por posibles represalias, esta situación no es análoga a la de quien demostradamente ha sido víctima de amenazas que lo compelen a desaparecer voluntariamente y por ello deja de estar dispuesto para quien requiere su declaración..., está visto, no refirió amenazas contra su vida o la de sus familiares, simplemente rehusó el llamado de la justicia y se negó a rendir el testimonio correspondiente⁵¹ (subrayado por el Tribunal)

Así, los casos previstos en el literal b) del artículo 438 de la Ley 906 de 2004, esto es, secuestro y desaparición forzada guardan como particularidad que en ninguno de ellos el testigo, aun queriendo comparecer al juicio, se imponen fuerzas físicas externas (*no morales*) que impiden su presencia, sin que baste su propia voluntad para superarlas, así como tampoco la intervención de las autoridades estatales, en la medida que la conducta (*delictiva*) ejercida sobre el deponente mantiene vigente la sustracción sin posibilidad de ejercer sus libertades, entre ellas las de locomoción, a ello se refiere el legislador cuando indica que también se tendrá en cuenta la prueba de referencia «*en casos similares*».

En ese orden de ideas, la Sala considera que el caso particular se parece más a la primera de las providencias traídas a colación.

⁵¹ C.S.J. sentencia de 9 de octubre de 2013 M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rdo. 36.518

Nótese que el acusador demostró que realizó distintas labores para dar con el paradero de José Norley Ramírez Jiménez y todas ellas resultaron infructuosas.

Remitió citaciones a su domicilio, lugar al que también llegaron agentes en su búsqueda, se dejaron distintos mensajes con la progenitora para que compareciera ante la justicia, y se recaudó información en empresas de telefonía celular, SISBEN, EPS, Cámara de Comercio, Policía Nacional, oficina de tránsito, etc. Búsqueda de la que dio cuenta en estrados judiciales el capitán López Tolosa y Jiménez García.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que fueron satisfechos los requisitos de que trata el literal B del canon 438 del Código de Procedimiento Penal, siendo oportuno aclarar que la entrevista rendida por José Norley Ramírez Jiménez fue la única declaración que el ente acusador solicitó como prueba de referencia.

2.3 Derecho a la intimidad

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos «*el ámbito de privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En ese sentido, el domicilio y la vida privada se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada*⁵²»

En cuanto al ordenamiento interno, el artículo 15 Superior establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal, familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

⁵² Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, sentencia de primero de julio de 2016

En relación a este mandato la Corte Constitucional ha indicado:

El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública⁵³.

A su vez, la misma corporación en sentencia T-530 de 1992 señaló que el núcleo esencial del derecho a la intimidad define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce el derecho a «no ser forzado a escuchar o a ver lo que no se desea escuchar, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto».

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 906 de 2004, concordante con los cánones 230, 231 y 232 ídem, dispone –en lo pertinente– que toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada; de allí que el impedimento de hacer registros, allanamientos o incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos definidos en la referida normativa.

Ello, a excepción de los límites a la intimidad consagrados en la norma 230 del C. de P.P.: **1.** Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro; **2.** No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el

⁵³ Corte Constitucional SU-056 de 1995

requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado; **3.** Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad. Todos estos eventos deberán someterse a control posterior de legalidad en los términos del artículo 237 del mismo ordenamiento.

Cabe agregar que el canon 231 ídem consagra otro límite para reclamar la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos: Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de excluir la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

Al respecto, la doctrina nacional ha dicho:

El derecho a reclamar respeto a la intimidad se presume en los casos de una relación de dominio, posesión o tenencia entre el individuo y el bien. En el caso del dominio se presume la posesión, y de ésta se presume la existencia de un "ánimo de señor y dueño" (art. 462 C.C.). Dicho ánimo refleja una relación entre la vida personal del individuo y el bien determinado, por cuanto su vida íntima gira alrededor del espacio en que se desenvuelve.

Pero dicha presunción no se predica de igual manera frente a los visitantes. Por esta razón la disposición condicionó la protección a favor de los visitantes a la prueba de "expectativa razonable" de respeto a su intimidad. De esta forma, corresponde al visitante interesado en la protección del derecho a la intimidad probar si en cabeza suya se ha consolidado, al momento del registro o allanamiento, la confianza legítima en que su derecho a la intimidad no será vulnerado⁵⁴.

⁵⁴ Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo, *Estructura y Garantías Procesales El proceso Penal*, 6ª ed. U. Externado de Colombia 2013, página 256

De los distintos aspectos que comprende el derecho a la intimidad la Corte ha recogido los siguientes: «...*constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel*».

Con el anterior marco jurídico y conceptual se tiene establecido que las personas pueden constituir fuente de información y, a su vez, tienen la virtud de suministrar las bases orientadoras de las labores de indagación respecto de aquellos datos que se relacionan de manera específica o circunstancial con los hechos que interesan a la investigación y trascienden al derecho penal, susceptibles de ser verificados; son múltiples las rutas de llegada, e incluso bajo el anonimato que reclama su atención en los eventos que viene anexo de elementos probatorios que permiten su verificación.

El recaudo o aseguramiento de esta información o elementos materiales probatorios siempre ha de estar ceñido a las pautas constitucionales y legales que salvaguardan los derechos fundamentales y las garantías esenciales; en otras palabras, que de ellos se pueda pregonar su licitud.

En el caso que ocupa la atención del Tribunal se tiene que, José Norley Ramírez Meneses, motivado por la recompensa ofrecida por las autoridades competentes, declaró ante la Fiscalía sobre la información con la que contaba acerca de los responsables del deceso violento de Daniel Aguirre Piedrahita; versión que acompañó con una grabación (*prueba de referencia que a la postre fue introducida a juicio oral*) en la que, al parecer, **Argemiro Motta Álvarez** y **Luis Alberto**

Cuenú dan cuenta de su participación dentro de los hechos delictivos.

De ahí que la información contenida en dicho CD no constituye prueba pues fue utilizada por José Norley como soporte de la información que brindó, pues el tema de prueba para dar con la responsabilidad penal de los procesados es el contenido de la conversación de quienes aparentemente hacen parte de ella: **Motta Álvarez, Luis Alberto Cuenú** y José Norley; la naturaleza de dicha prueba no resulta ser otra que el testimonio, debiéndose recordar que *«una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 sept 2015, rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen 'prueba documental', 'elemento material probatorio' o de cualquier otra forma» (CSJ SP 25 ene 2017, rad. 44950)⁵⁵»*

Bajo esta óptica, los tres interlocutores a los que se ha hecho referencia eran los llamados a dar cuenta de la información allí contenida, sin embargo, deben hacerse las siguientes precisiones:

José Norley podría dar cuenta en juicio oral de todo aquello que giró en torno a la pluricitada conversación: circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia, la actitud de los procesados **Motta Álvarez** y **Luis Alberto Cuenú** mas no de la ocurrencia de los hechos que se narraron, pues de su contenido declarativo no fue un testigo con conocimiento personal o directo, sólo de su exteriorización.

Expresiones que, al traer implicaciones en contra de los mismos **Argemiro Motta Álvarez** y **Luis Alberto Cuenú** en la comisión de ilícitos, constituyen confesiones cuyos efectos jurídicos sólo podrían estar avalados en el reconocimiento que se sustente delante de un juez, y debidamente informados sobre sus derechos a la no autoincriminación y a guardar silencio. Ámbito del cual toma distancia

⁵⁵ CSJ, SP15487 de 27 de septiembre de 2017 M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa Rdo. 46.864

una entrevista informal que un particular dirige a fin de obtener tal reconocimiento, como ocurrió en el caso sub examine; que a su vez encaja en prueba de referencia, y cuya admisibilidad sólo tendría ocurrencia con la manifestación directa y personal del encausado, bajo el marco de la justicia consensuada bien sea a la par de los allanamientos a cargos, o de los preacuerdos.

Distinto resultaría que la grabación captara, en video o en audio «*el momento del accionar criminoso*» caso en el cual lo registrado tendría validez al interior del proceso penal.⁵⁶

Corolario entonces es que la investigación se encaminó con lo expresado por el informante, cuya credibilidad se sustentó en la grabación artesanal que suministró a las autoridades competentes.

Premisa que sirve para identificar la utilidad que tiene para las autoridades competentes, la información que se obtiene de lo que se conoce como «*fente humana*».

Nótese que todos los datos que se recolectan en la *indagación-investigación* no tienen paso directo como prueba en el juicio oral, depende de una multiplicidad de factores que en el debido proceso probatorio se constituyen en filtros con los que el sistema establece lo que puede o no tener tal calidad.

La legalidad es uno de esos factores que reclama que toda la recolección de elementos materiales e información respete las garantías y derechos fundamentales en su obtención, so pena de ser excluida de la actuación.

⁵⁶ Leer al respecto sentencia de la CSJ, radicado 41.705 del 11 de septiembre de 2013.

Sin embargo la encrucijada en la que se encuentra el derecho del Estado de perseguir la conductas criminales y los que le asiste a los individuos, así sean sujetos de esa persecución, logra un balance que permite la satisfacción de ambos con la ponderación entre los espacios de intervención que han de ser afectados por los actos de investigación y el núcleo esencial de tales derechos que impidan la negación de éste.

Lo anterior hace referencia al hecho que no existen derechos fundamentales absolutos en el ordenamiento jurídico colombiano, sus limitaciones han de estar precedidas por el principio de proporcionalidad, la reserva legal y judicial, entre otros.

El respeto a los derechos como la intimidad, que le da la posibilidad a los individuos de blindarse con el mínimo posible de injerencias exteriores, podría ser materia de discusión en el presente caso frente a las grabaciones que suministró José Norley, de no ser que las mismas tienen la limitante para ser estimadas, que ya se anotó arriba, por la prohibición que recae sobre las denominadas pruebas de referencia; a lo que se une que el origen del conocimiento sobre el tema no surgió a partir de esos registros, algunos de los datos que podrían guiar las pesquisas yacían con anterioridad en este testigo, solo que para brindar seguridad a los investigadores se valió de dicho tipo de recepción de información externa a él; y, finalmente, en gracia de discusión, el que haya intervenido en la conversación que se graba no le impondría en principio ninguna reserva para exteriorizarla bien a través de su declaración, o ya sea con la reproducción de lo grabado.

Sobre la afectación del derecho a la intimidad que se suscita con la grabación de conversaciones no autorizadas previamente por un juez, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que se debe diferenciar los escenarios y tipo de participantes que intervienen

cuando se registra una conversación sin conocimiento de uno o varios de los participantes.

Por ejemplo, encuentra razonable que las víctimas de un delito puedan asegurar la prueba de la afectación con estos mecanismos, escenario que le ha permitido hacer extensiva esta autorización a otras personas. En providencia de única instancia de 24 de mayo de 2016 bajo el radicado 42469 (AP3043-2016) sentenció *«que la habilitación que, por virtud del principio de ponderación, se viene reconociendo a las víctimas, también se hace extensiva a la persona que grabó, y ha tomado parte en la conversación como destinatario del mensaje»*. Como soporte de tal conclusión, la alta Corporación se remitió a dos de sus decisiones:

En la primera, destacó (*auto de segunda instancia de 11 septiembre de 2013 Rdo. 41.790*):

Constituyen elementos esenciales para establecer en qué casos una grabación elaborada por un particular, sin orden judicial, puede tener validez al interior de un proceso penal: i) si se realiza directamente por la víctima de un delito o con su aquiescencia; ii) si capta el momento del accionar criminoso y, iii) si tiene como finalidad preconstituir prueba del hecho punible, presupuestos que deben concurrir simultáneamente.

En la segunda, (*auto de 9 de diciembre de 2013, Rdo. 34.099*):

*[E]l secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección del ciudadano frente al Estado para prevenir intromisiones de la autoridad pública en la esfera privada, y que las conversaciones grabadas por un tercero en conversación con otros, **no infringe ese derecho, siempre y cuando la persona que grabó haya tomado parte en la conversación que lo hace destinatario del mensaje, pues se debe distinguir entre, grabar una conversación de otros y grabar una conversación con otros.***

Apuntando al análisis de la protección del Derecho a la Intimidad, el mismo Tribunal Supremo de España ha venido delineando unas reglas que privilegian la intangibilidad de la garantía constitucional en el caso que se viene relacionando de las grabaciones realizadas por el particular que interviene en una conversación, partiendo de la premisa que los derechos fundamentales “no producen una vinculación general de sujetos privados” o lo que es lo mismo “carecen en principio de un efecto horizontal o respecto de terceros”, pero aparte de ello, y mirado desde la arista de quien entrega una información de manera

espontánea en una conversación, tal exteriorización “demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás”, esto precisamente es lo que le permite al destinatario de la comunicación, revelarlo a otros o en los estrados judiciales porque no está obligado a mantenerla en reserva. (Se resalta al margen del texto original)

En estos términos, no existe discusión alguna de la calidad de particular que ostentaba Ramírez Meneses dentro de la conversación en la que aparentemente él dialoga con dos de los procesados.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los otros dos requisitos que la jurisprudencia exige, pues en ella no se advierte el momento del actuar criminoso ni se puede decir, de manera alguna, que su objeto fuese «preconstituir prueba del hecho punible», pues como se dijo párrafos atrás, el objeto de su prueba no le da tal naturaleza.

En esta medida, la Sala no le otorga calidad probatoria alguna al contenido del CD aportado por José Norley Ramírez Jiménez.

2.4 Reconocimiento por medio de fotografías o videos

El reconocimiento fotográfico es un método de investigación regulado en el artículo 252 de la Ley 906 de 2004:

Cuando no exista un indiciado relacionado con el delito, o existiendo no estuviere disponible para la realización de reconocimiento en fila de personas, o se negare a participar en él, la policía judicial, para proceder a la respectiva identificación, podrá utilizar cualquier medio técnico disponible que permita mostrar imágenes reales, en fotografías, imágenes digitales o videos. Para realizar esta actuación se requiere la autorización previa del fiscal que dirige la investigación.

Este procedimiento se realizará exhibiendo al testigo un número no inferior a siete (7) imágenes de diferentes personas, incluida la del indiciado, si la hubiere. En este último evento, las imágenes deberán corresponder a personas que posean rasgos similares a los del indiciado.

En ningún momento podrá sugerirse o señalarse la imagen que deba ser seleccionada por el testigo, ni estar presente simultáneamente varios testigos durante el procedimiento de identificación.

Cuando se pretenda precisar la percepción del reconocedor con respecto a los rasgos físicos de un eventual indiciado, se le exhibirá el banco de imágenes, fotografías o vídeos de que disponga la policía judicial, para que realice la identificación respectiva.

Cualquiera que fuere el resultado del reconocimiento se dejará constancia resumida en acta a la que se anexarán las imágenes utilizadas, lo cual quedará sometido a cadena de custodia.

Este tipo de reconocimiento no exonera al reconocedor de la obligación de identificar en fila de personas, en caso de aprehensión o presentación voluntaria del imputado. En este evento se requerirá la presencia del defensor del imputado.

De este método de investigación la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que los actos de reconocimiento por medio fotográfico o de video «no son una prueba en sí misma, que adquiera tal calidad a través de la introducción del acta que da cuenta del reconocimiento como si se tratara de un medio de prueba documental, sino que aquellos comportan actos de investigación **cuyo resultado puede hacer parte del testimonio** cuando en el juicio el declarante alude a la existencia de dicha actividad investigativa, a los logros obtenidos a través de la misma o a la forma como se efectuó, atestaciones que habrán de ser valoradas integralmente con el testimonio de quien efectúa el reconocimiento y, en conjunto, con los demás medios de convicción»⁵⁷.

En el debate oral este método de investigación mediante el cual se busca identificar o individualizar al indiciado deberá vincularse a una prueba «testimonial válidamente practicada, pues es en la apreciación de ésta, en conjunto con las demás pruebas practicadas, en que tal medio de conocimiento puede dotar al juez de elementos de juicio que posibiliten conferirle o restarle fuerza persuasiva a la declaración del testigo»⁵⁸ de modo que el valor de los elementos de identificación y de su capacidad persuasiva, se descubre con agotamiento del interrogatorio cruzado y se valora según los criterios de apreciación previstos en el canon 404 del Código de Procedimiento penal.

⁵⁷ CSJ. SP4107-2016 de 6 de abril de 2016 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero Rdo. 46.847

⁵⁸ «Sentencia del 29-08-07 Rad. 26276».

A su vez, del pluricitado acto de investigación puede dar cuenta tanto la persona que hace el reconocimiento como el investigador judicial que acompaña tal diligencia, casos en los cuales, «*en el primero, se trata de prueba directa, mientras que en el segundo se habla de prueba de referencia*».

Así lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia:

En el caso de los reconocimientos, se tiene que pueden incorporarse a través de quien realiza el señalamiento o del funcionario que practica el reconocimiento. Sin embargo, las implicaciones jurídicas son diferentes en uno u otro caso. En el primero, como el reconocente rinde testimonio ante el juez de la causa y puede, por ende, ser contrainterrogado sobre las circunstancias en que conoció los hechos e identificó al acusado como quien participó en la ejecución del punible, la prueba deja de tener carácter de referencia para mudar en prueba directa, adquiriendo entonces la misma naturaleza del respectivo testimonio.

Si, en cambio, el reconocimiento se introduce a través del funcionario que lo practicó la prueba no pierde su carácter de referencia. La razón es evidente: en ese caso la parte contra quien se aduce, aun cuando puede contrainterrogar al testigo acerca de la forma como realizó la diligencia de reconocimiento, carece de esa posibilidad frente a las circunstancias en las cuales el reconocente percibió la ocurrencia de los hechos. Pero es más, y precisamente por desconocer esas particularidades, todo lo declarado por el funcionario sobre éstas girará en torno a lo que escuchó del testigo directo de los acontecimientos criminales, luego su declaración será de oídas⁵⁹.

Por ello, teniéndose en cuenta que el reconocimiento fotográfico hace parte de la prueba testimonial, para su valoración es incorrecto exigir la introducción del acta en la que se consigna esa diligencia⁶⁰.

En el caso sub examine, el diligenciamiento de reconocimiento fotográfico fue conocido en estrados a través del investigador Andrés Felipe Betancourt⁶¹, quien, como se ha dicho, tenía capacidad para dar fe de lo que sucedió en esas diligencias de reconocimiento fotográfico pero no del contenido de lo dicho por José Norley respecto de cada una de las personas que señaló en dicho procedimiento.

⁵⁹ CSJ SP, 30 abr. 2014, rad. 37391

⁶⁰ Al respecto, CSJ. SP4107-2016 de 6 de abril de 2016 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero Rdo. 46.847

⁶¹ Sesión de 27 de octubre de 2014 CD1 registro: 05:00- CD2 y CD3 así como sesión de 28 de octubre de 2014 CD1, sesión de 29 de octubre de 2014 CD 1 y CD2 así como sesión de 30 de octubre de 2014 CD

Con estas salvedades si bien es cierto resulta procedente entrar a analizar esta prueba, de ella *–a juicio de la Sala–* no se extrajo mayor utilidad pues poco o nada se le preguntó al investigador acerca de su precepción de las diligencias de reconocimiento fotográfico, lo que se hizo en gran parte fue permitirle la lectura del documento (*dicho sea de paso, sin mayor control en este aspecto pese a las válidas objeciones de los defensores*) en aspectos de los hechos que no le constan al funcionario Andrés Felipe Betancourt.

4. Interceptaciones telefónicas

4.1 El artículo 15 de la Constitución Política, entre otras disposiciones, establece que *«...la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial en los casos y con las formalidades que establezca la ley... »*

A su vez, la norma 250 ídem autoriza a la Fiscalía General de la Nación para proceder a la interceptación con evaluación posterior del operador judicial de Control de Garantías, mandato que se encuentra desarrollado en el artículo 235 de la Ley 906 de 2004.

El referido canon demanda que para la interceptación de comunicaciones se requiere: *i)* orden del Fiscal con fines determinados de búsqueda probatoria; *ii)* fundamentación de la orden; *iii)* intervención mediante grabación magnetofónica o similar que utilice cualquier red de comunicación; *iv)* relevancia de la comunicación para los fines de la investigación; *v)* notificación de la orden a las entidades de operación técnica; *vi)* vigencia máxima de la orden por 6 meses prorrogables a condición de que subsistan los motivos fundados y al control previo de legalidad de la prórroga por parte del

juez de control de garantías; vii) control posterior de este último sobre la orden, su ejecución y los hallazgos⁶².

Aun con este tipo de intervenciones, existen esferas de la intimidad que el Estado no puede vulnerar; según el artículo 223 del C. de P.P. se trata de: i) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados; ii) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar; iii) los archivos de comunicaciones del imputado o acusado con sus abogados o con las personas excluidas legalmente del deber de testificar, y; finalmente, los demás documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier imagen que contenga información derivada de la relación antes protegida (*imputado y defensor o persona excluida del deber de testificar*).

A su vez el canon 233 ídem establece que será válido el registro de información realizado en los anteriores eventos, cuando: i) el afectado acepta el registro de la información; ii) el afectado con la información se convierte en auxiliador, partícipe o coautor del delito investigado o de uno conexo o en curso; iii) se trata de situaciones que constituyen una obstrucción a la justicia.

Ahora bien, el test de proporcionalidad demanda que para la interceptación telefónica es necesario examinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la intromisión:

La primera de ellas *-idoneidad-*:

Las interceptaciones de comunicaciones permiten obtener información para el proceso penal. No obstante, por tratarse de una injerencia que pone en riesgo el principio de no autoincriminación y el derecho fundamental a la intimidad, es necesario establecer algunas precisiones.

⁶² Al respecto, Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo, *El Proceso Penal* tomo II, 6ª edición editada por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en abril de 2013; página: 281

Debe usarse en delitos graves y cuando ya se hayan agotado otras injerencias o medios de investigación que permitan construir una presunción de hallazgo. La concurrencia de indicios es esencial para justificar la injerencia, de tal manera que para estimar cumplido el test de proporcionalidad debe indagarse si no ha existido otra forma de investigación más exitosa que la intervención de las comunicaciones⁶³.

La segunda *-necesidad-*:

El examen de necesidad se acerca al de idoneidad o adecuación, si se tiene en cuenta que la concurrencia de indicios y la utilización de métodos alternativos de la investigación determina que es la última opción que tiene el fiscal para obtener información o es la más eficaz. Previamente debe indagarse si se agotaron otras actividades, como la observación de comunicaciones⁶⁴.

Finalmente *-proporcionalidad-*:

La interceptación de comunicaciones debe estar limitada temporalmente por lo cual resulta acertado que el control por parte del juez de garantías se realice sobre los hallazgos y sobre la prórroga de la orden. Pero, igualmente, la prohibición de exceso se cumple con el examen de fines y medios, por ejemplo al verificar el número de líneas intervenidas. Más aun; resultaría desproporcionado interceptar las líneas de aquellas personas vinculadas con el investigado que no tienen la obligación de declarar. A ellos sumamos que debe existir algún medio que permita la exclusión de información obtenida que afecte la intimidad y que, evidentemente, no debe ser utilizada en el proceso⁶⁵.

4.2 En el caso sub examine, los recurrentes atacan esta prueba por los siguientes aspectos: i) proviene de lo dicho por José Norley, por lo tanto, su naturaleza tiene una fuente ilícita y debe ser excluida; ii) no hubo un control posterior de ellas por parte de los jueces de garantías, y; iii) se ignora si los procesados eran o no los interlocutores de la conversación, no se hizo cotejo de voz ni búsqueda selectiva en base de datos, los dueños de las líneas son diferentes a los procesados y quien las monitoreó, esto es, el investigador Betancourt, mintió en estrados pues no es analista de comunicaciones tal como lo demuestra el certificado del Director Nacional de la Escuela de Criminalística.

⁶³ Bernal Cuéllar Jaime y Montealegre Lynett Eduardo. *El Proceso Penal* tomo II, 6ª edición editada por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia en abril de 2013; páginas: 288 y 289

⁶⁴ Ídem

⁶⁵ Ídem

Para la Sala, ninguno de los ataques tiene vocación de prosperar, tal como se pasa a indicar:

4.2.1 Como se vio en el acápite de esta providencia denominado «derecho a la intimidad» la fuente que dio comienzo a la investigación y sirvió como base para la interceptación de las comunicaciones no fue únicamente el CD en el que supuestamente hablaban José Norley Ramírez Jiménez con dos de los encartados. Sin necesidad, de ver dicho contenido, se conoció en la declaración jurada que rindió en la Fiscalía José Norley que previamente ya había dado a los investigadores los teléfonos de tres de los procesados.

4.2.2 Por otra parte, las dudas que proponen en los argumentos los recurrentes y que se vieron huérfanas de datos de verificación (contrainterrogatorio, refutación, etc.) sobre la supuesta falta de control posterior a las interceptaciones telefónicas, por sí solas no atenta contra la legalidad de la prueba sino que pasa a hacer parte de un tema de valoración probatoria.

De este tópico, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*En efecto, el artículo 237 de la Ley 906 de 2004 al precisar lo que ha de ser objeto del control judicial, señala que: "Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al cumplimiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, **para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado, incluida la orden.**"*

De suerte que, lo que el juez con funciones de control de garantías debe preguntarse en la audiencia de control posterior, es si fue legal la forma en que se intervino la intimidad, para lo cual no es necesario que se le ponga a disposición aquello que fue materia de hallazgo; siendo sí lo deseable, pero la omisión de su presentación no genera, como lo pretende el apelante, la ilegalidad de las labores de investigación mencionadas, dado que el juez que preside las audiencias preliminares, en principio, ningún interés tendría de conocer las conversaciones grabadas, tratándose de interceptación de comunicaciones.

Más aún, cuando la fiscalía determina para efectos de su teoría del caso, si utiliza el material encontrado en las labores de interceptación, o sólo parte de él; el interés sobre su contenido solo se activa a partir de su presentación por parte del fiscal, en el escrito de acusación.

En consecuencia, la omisión de haber dejado a disposición del juez con funciones de control de garantías las conversaciones obtenidas con la interceptación de comunicaciones, no convierte en ilegal dicha labor investigativa y por tanto se hace improcedente su exclusión con fundamento en ello⁶⁶.

En el caso sub examine, se tiene que el ente acusador expuso en el escrito de acusación que contaba con los documentos correspondientes a los controles posteriores de búsqueda selectiva en base de datos e interceptación de llamadas llevadas a cabo el 22 y 23 de junio de 2012 así como el 6 de agosto de esa misma anualidad en los Juzgados 16 (*las dos primeras*) y 29 (*la restante*) Penales Municipales con funciones de Control de Garantías⁶⁷, sin que ninguno de los defensores haya efectuado algún tipo de reproche al descubrimiento probatorio de la Fiscal, por lo que se entiende que tales documentos les fueron entregados.

En ese orden, le correspondía a los representantes judiciales de los acusados demostrar o advertir cualquier particularidad que hubiese existido en la diligencia de control posterior de las interceptaciones telefónicas o de las búsquedas selectivas en bases de datos efectuadas por los funcionarios competentes del Estado; sin que fuese necesario que el ente acusador volviese en la vista pública sobre la legalidad de estas actuaciones.

Los recurrentes tampoco argumentaron algún vicio del procedimiento en la interceptación de comunicaciones, o quizás de las decisiones que en sede de control de garantías verificaron la legalidad de las grabaciones de las llamadas telefónicas entre los inculpados, que estuvieron a cargo de los investigadores de Policía Judicial, por orden impartida por el funcionario acusador.

⁶⁶ C.S.J. providencia de 13 de julio de 2012 Rdo. 36562 y auto de 19 de febrero de 2014 AP-640-2014 M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rdo. 43092

⁶⁷ Acápite del escrito de acusación titulado «relación de elementos materiales probatorios que se pretenden hacer valer», folios 45 a 69 de la carpeta uno

4.2.3 Asimismo, la idoneidad del empleado estatal que llevó a cabo las interceptaciones, las labores que de allí se pudieron desprender, cuya omisión se le enrostra al ente investigador, como por ejemplo el cotejo de voz o la búsqueda selectiva en base de datos y la titularidad de dichas líneas, son temas que conforman el acervo probatorio objeto de valoración (peso probatorio), y no de legalidad de la prueba.

De este último aspecto ha indicado la alta Corporación:

Inicialmente habrá de señalarse que la primera problemática propuesta no se relaciona con la legalidad del medio de prueba, pues ninguna disposición normativa establece que es necesario contar con el cotejo de voces para que una grabación pueda tenerse por válida. Es un tema, simple y llanamente, relacionado con la credibilidad que ofrece la prueba (CSJ. SP, sep. 28 de 2016, rad. 46432).

(...)

Sea como fuere, sobre el mecanismo científico de cotejo de voces se ha precisado por la Sala que si bien puede ser el más idóneo para la identificación de quienes intervienen en una grabación, no es el único que permite esa determinación, pudiendo, en últimas, hacerse a través de cualquier medio de prueba, con fundamento en el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 237 de la Ley 600 de 2000 (en ese sentido, entre otras, CSJ. SP, sep. 28 de 2016, rad. 46432; AP, feb. 12 de 2014, rad. 39069; AP, nov. 13 de 2013, rad. 30932 y SP, nov. 7 de 2012, rad. 37394) o por la valoración conjunta de los elementos de convicción obrantes en el proceso (CSJ. AP, feb. 26 de 2014, rad. 41920)⁶⁸.

4.2.4 Tampoco existe mérito para desechar esta prueba con base en que no se haya presentado en el debate oral la orden de interceptación telefónica, búsqueda selectiva en base de datos o que no se haya hecho por parte de la Fiscalía un cotejo de voz; al respecto ha dicho la alta Corporación:

2.3.2. De igual manera, en punto del segundo motivo de disenso, es manifiesto el equívoco de la libelista al considerar que el funcionario acusador estaba obligado a descubrirle las órdenes dirigidas por él a la policía judicial con el propósito de interceptar los abonados telefónicos de los implicados, toda vez que, como bien lo destacó el ad quem, aquellas no corresponden a ningún elemento material probatorio o evidencia física con la entidad de convertirse en prueba una vez aducida al juicio y sometida al contradictorio, sino que integran la actividad preparatoria del caso, en los términos del canon 345.3 ejusdem.

⁶⁸ C.S.J. AP4713-2017 de 24 de julio de 2017, M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa Rdo. 47633

En verdad, no es como lo asegura la letrada que tales órdenes hacen parte de las interceptaciones porque aquellas comportan, en el entendimiento de la Corte Constitucional (sentencia C-657 de 1996), una de las condiciones para intervenir el derecho a la intimidad en eventos de interceptación de comunicaciones, pues además que el precedente citado por la impugnante lo único que enfatiza es que la restricción de la referida garantía sólo es posible bajo la hipótesis de una orden judicial. el mismo se profirió de cara al régimen procesal de la Ley 600 de 2000, no así respecto del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria de la Ley 906 de 2004. en el que la práctica de las interceptaciones es viable, previa emisión de orden del fiscal del caso, la cual, haciendo las veces de una orden judicial, junto con sus resultados son objeto de control posterior de legalidad por el juez de control de garantías⁶⁹.

En consecuencia, como los reproches de la apelación podrían tener incidencia en el tema de valoración probatoria, en el análisis que a continuación se realiza, se harán los señalamientos que corresponda.

B. Valoración probatoria de la responsabilidad penal de los procesados

1. Mérito de la prueba testimonial

1.1 La valoración del testimonio se debe alinear a los postulados que limitan a cada declarante, esto es, que solo pueda hacer mención sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir (*Art. 402 ib.*), de llegar a mediar controversia sobre el fundamento del conocimiento personal podrá objetarse la declaración mediante el procedimiento de impugnación de la credibilidad del testigo.

Adicionalmente, son susceptibles de ser llevados, para apreciación del juez, aspectos que minen la credibilidad del testigo⁷⁰. Para ello, podrá utilizar los medios probatorios a disposición de las partes en los momentos procesales pertinentes en el juicio, tales como:

⁶⁹ C.S.J. AP5721-2015 de 30 de septiembre de 2015 M.P. Éyder Patiño Cabrera Rdo. 46.571

⁷⁰ tales como: Capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración; Manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en audiencias ante el juez de control de garantías; Contradicciones en el contenido de la declaración, etcétera. La lista enunciativa se puede seguir en el apartado normativo 403 del estatuto procesal mencionado.

el escenario del interrogatorio cruzado; la presentación de prueba documental; a través de testigos de refutación, entre otros (*conforme a la libertad probatoria*).

Finalmente, la valoración de las pruebas, se guiará conforme los derroteros legales de acuerdo a la naturaleza de cada medio de conocimiento. El testimonio deberá ser estimado teniendo en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria, y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

De ahí que en varias ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia haya dicho que la condición que pueda o no ostentar determinado testigo (*por ejemplo, familiar o amigo de uno de los interesados en las resultas del proceso, que se trate de un menor de edad, de un delincuente, de la víctima, etc.*) no lo vicia automáticamente de incredibilidad o veracidad; incluso, «*dentro de la libre apreciación probatoria el juez goza de autonomía para otorgar valor suasorio a determinados aspectos de un medio concreto de conocimiento y para negárselo a otros del mismo instrumento...⁷¹*».

En un caso que, para sus efectos, es asimilable al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, la máxima colegiatura indicó⁷²:

Es cierto que generalmente, quienes concurren a las autoridades para relatar tales informaciones de índole reservada y secreta, sólo conocida por los criminales involucrados en aquellas organizaciones delictivas, han tenido alguna ubicación en su estructura, de modo que han participado directa o indirectamente de los delitos sobre los cuales versan sus informaciones, pues no de otra manera conseguirían tener acceso a los datos y detalles puntuales que suministran.

⁷¹ C.S.J. SP6700-2014 M.P. Eugenio Fernández Carlier Rdo. 40.105

⁷² C.S.J. auto de 11 de diciembre de 2013 M.P. Éyder Patiño Cabrera Rdo. 41.408

Es igualmente claro que no resulta exótico que individuos interesados en las recompensas anunciadas por el Estado o en los beneficios punitivos, suministren a las autoridades informaciones falsas, y es por ello que ante la entrega de tales datos, el Estado emprende una tarea de verificación en procura de constatar si son ciertos o no.

Por tanto, sin dificultad se colige que no todo aquél que concurre a suministrar información sobre la comisión de delitos es necesariamente veraz o ineludiblemente embustero, pues en cada caso concreto corresponderá establecer, con independencia de que la recompensa se entregue o no, si lo expuesto encuentra soporte en el mundo exterior.⁷³ (Subrayas fuera del texto original).

1.2 Descendiendo al caso bajo examen, ninguna discusión se tiene en cuanto a que en el deceso violento de Daniel Aguirre Piedrahita, dos fueron las hipótesis en torno a la que giraron sus causas: **(i)** su condición de miembro de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Corteros de Caña -SINALCORTEROS-, afiliado a la Central Unitaria de Trabajadores CUT y; **(ii)** su vida sentimental, en la cual se mezclaba: su enfermedad, la expectativa de acceder a una pensión, el hecho de que la progenitora de **María Helena** no lo quería vivo y las relaciones sentimentales que él y su esposa mantenían con otras personas de manera paralela (*con Emilse Franco y Argemiro Motta, respectivamente*).

Hacia una y otra hipótesis dirigieron sus exposiciones en el juicio oral: María Luz Dary Aguirre Piedrahita, Humberto Marín Cuervo, Johnson Torres Ortiz, Alfonso Viáfara e Hilda Mena Rosales, Gloria Amparo Yampuezan Bastidas, Johnson Torres Ortiz, Alfonso Viáfara Caicedo y José Norley Ramírez Meneses. La misma dialéctica de las partes, o contrarios, permite identificar en cuál de los escenarios propuestos se afianzó o no la convicción que superara la duda razonable, una vez concluida la fase probatoria de esta audiencia pública.

1.2.1 De la primera hipótesis se tiene:

⁷³ Sentencia del 23 de febrero de 2009, radicación 29.418.

1.2.1.1 Gloria Amparo Yampuezan Bastidas⁷⁴ en su calidad de investigadora criminalística del CTI indicó que las personas que entrevistó le dijeron que Aguirre Piedrahita estaba amenazado por su labor como sindicalista además que la esposa de este último, es decir, **María Helena** le dijo que se trataba de una persona promiscua y era portador del VIH. Pero, la investigadora revisó en centrales de información, de la Fiscalía General de la Nación y en dos estaciones de la Policía Nacional (*allegados a estrados*), sin que en ellas se encontrase reportado amenazas en contra de la víctima.

La anterior información se cataloga como legalmente obtenida por ser la habilidad que la ley le asigna a los investigadores para desarrollar su actividad, sin que ello signifique, como arriba se explicó, que los datos y elementos así recolectados tengan su ingreso al juicio oral en unidad como lo es presentado por el investigador a su inicial requirente, que en el caso de los investigadores con funciones de policía judicial lo hacen con un informe ejecutivo que suministran al fiscal.

Si los datos provenían de entrevistas, es un medio de conocimiento de naturaleza testimonial, cuyo ingreso al debate probatorio, regla general, lo debe hacer a través de quien tiene el conocimiento directo y personal de lo informado, no por parte del investigador. De tal forma que si en el presente caso, las amenazas tenían como fuente las entrevistas de distintas personas, eran estas y no la investigadora las que debían comparecer a juicio oral para dar cuenta de ello (*entre ellas, María Helena quien no renunció a su derecho a guardar silencio*).

Esta labor solo alcanza a tener utilidad en la dirección y coordinación de los actos de investigación, pues por sí sola se queda

⁷⁴ CD 2 de la sesión de 11 de junio de 2014, registro: 1:34-2:19:00 y CD3, registro 1 así como registro2: 00:15-38:11

en prueba de referencia no admisible sobre el móvil que presumiblemente se encaminó a dar muerte a Daniel Aguirre.

1.2.1.2 La información suministrada por Emilse Franco Buitrago⁷⁵, María Aguirre Piedrahita⁷⁶ y Jesús Humberto Cuervo Martín⁷⁷ no tiene como sustento su conocimiento o percepción directa y personal; es al occiso a quien le atribuyen su transmisión y, en esa medida, se trata de una información que debió trabajarse como prueba de referencia.

Emilse Franco Buitrago, novia de Aguirre Piedrahita para la época de su deceso, indicó que este último le dijo que peleaba mucho con su esposa y que su suegra lo quería matar, señalamientos que estimó no saber «*qué tan cierto será*». A su vez, la declarante recuerda que él le dijo que iba a recibir una pensión porque tenía una enfermedad en la sangre. Puntualiza que ignora por qué lo asesinaron.

María Aguirre Piedrahita, en calidad de hermana de la víctima, narró que éste le dijo que tenía planes de matrimonio con Emilse Franco; que los problemas con **María Helena** se habían acentuado por su enfermedad de VIH, ya no compartían vida marital y, de hecho, cada uno tenía su propia relación sentimental. Por el mismo medio se enteró que tenía amenazas, pero desconoce el móvil de su muerte.

Jesús Humberto Cuervo Martín asevera que su cuñado Daniel Aguirre Piedrahita le contó que estaba amenazado y que frente a su casa le apareció la cabeza de una «*chucha*».

En su conjunto estos testimonios no tienen la entidad para sustentar la veracidad de lo afirmado, puesto que son hechos que se les dio a conocer por interpuesta persona, fue imposible que los

⁷⁵ CD 3 de la sesión de 11 de junio de 2014 registro: 39:20-1:25:15

⁷⁶ CD 1 de la sesión de 12 de junio de 2014 registro: 52:15-1:21:51

⁷⁷ CD 1 de la sesión de 12 de junio de 2014 registro: 1:22:43-1:41:47

sustentaran en la confrontación del interrogatorio cruzado, y aceptaron desconocer el porqué del deceso violento de Daniel Aguirre. Estas manifestaciones se constituyen en declaraciones realizadas por fuera del juicio, son prueba de referencia a lo que dijo el occiso (*testimonio de oídas*) y ninguna de las partes las introdujo bajo el debido proceso para su admisibilidad excepcional (*art. 438-D*).

1.2.1.3 Si bien Johnson Torres Ortiz⁷⁸ y Alfonso Viafara Caicedo⁷⁹ testifican sobre las amenazas que se hicieron en contra de ellos a causa de su labor como dirigentes sindicales, en las que se involucra a Daniel Aguirre, no se cuenta con la ciencia de su dicho, respecto de si las mismas fueran realizadas dentro del mismo contexto temporo espacial de percepción de los testigos, o por comentarios emanados del occiso; lo cierto es que a falta de mayores detalles, el sábado habían programado una reunión para tratar el asunto, la que se vio frustrada por la muerte el día anterior *-viernes-* de Aguirre Piedrahita.

En ese orden, se aprecia un aporte leve en materia probatoria respecto de la hipótesis según la cual Daniel Aguirre Piedrahita fue asesinado a causa de su participación activa como miembro de la junta directiva de del Sindicato Nacional de Corteros de Caña, SINALCORTEROS, afiliado a la Central Unitaria de Trabajadores. Levedad que se cimienta en una información de reducida confiabilidad por estar sobrecargada del matiz que le da la calidad de prueba de referencia inadmisibles, y que no se adujo en la excepcionalidad que la normatividad procesal penal autoriza en casos determinados.

1.2.2 Por otro lado, de la segunda hipótesis⁸⁰ se tiene que:

⁷⁸ CD 2 de la sesión de 12 de junio de 2014 registro1: 02:40-51:20

⁷⁹ CD 2 de la sesión de 12 de junio de 2014 registro1: 53:00-1:08:50

⁸⁰ Que aludía a (ii) su vida sentimental, en la cual se mezclaba: su enfermedad, la expectativa de acceder a una pensión, el hecho de que la progenitora de **María Helena** no lo quería vivo y las relaciones sentimentales que él y su esposa mantenían con otras personas de manera paralela (*con Emilse Franco y Argemiro Motta, respectivamente*).

Las distintas labores adelantadas por la Policía Nacional para esclarecer tales hechos: entrevistas, actos urgentes en el lugar y distribución de volantes en los que prometía una recompensa a quien brindara información importante para la investigación, surgió la información suministrada por José Norley Ramírez Meneses, quien en declaración jurada de 29 de junio de 2012; introducida a la postre bajo excepción de admisibilidad, como prueba de referencia⁸¹, indicó:

- José Norley Ramírez es amigo de **«Miro»** desde hace 10 años, con quien solían tomar cerveza, lo describe como *«una persona bajita, de pelo quieto, narizoncito, es de piel más clara de Luis»* de 40 o 42 años».
- A **«Luis»** lo distingue hace 2 años y para esa fecha trabajaba vendiendo frutas es *«una persona bajita, no muy gruesa, de piel moreno, pelo crespo, de unos 28 o 30 años»*.
- **Xiomara o Leomar** siempre anda con **«Miro»** y **«Luis»**, con este último *«sostenía una relación»*, ella es blanca *–trigueña clara–*, bajita, de cabello *«amarilloso o rubio»* delgada, tiene 34 o 35 años la conoce porque hace tres años sostuvo con ella una relación de tipo *«sexual»* durante seis meses.
- **María Elena** conoce a **«Luis»**, *«mantienen hablando»*, la veía en la Galería
- **«Miro»** tenía una relación sentimental con *«la esposa del finado»*
- **«Miro»** le decía a más de uno que tenía que matar al esposo de María Elena; pudo observar que *«cuando se encontraban en la galería, cuando llegaba alguno de ellos, ambos de (sic) ponían ariscos»*. Llegaba uno y el otro se iba.
- Le suministró *«a los muchachos de la Policía»* los números de teléfono celular de **Leomar, Luis y Miro**

⁸¹ Sin que se tenga en cuenta la conversación que esta fuente testimonial tuvo con los procesados. la misma que se ha indicado. en esta providencia. procedió a grabar.

1.3 Ahora bien, de los distintos declarantes que forman parte de la prueba de cargo, los apelantes vetan la credibilidad de José Norley Ramírez Meneses porque después de la recompensa dejó de comparecer a las resultas del proceso; lo mismo hacen con el investigador Andrés Betancourt de quien indica mintió al decir que era analista de comunicaciones cuando no lo era.

1.3.1 La Sala no es ajena a las exigencias que devienen del principio de *La Mejor Evidencia*, que irradia la práctica y valoración de las pruebas. No solo es aplicable a los documentos, al reclamar la preferencia que tendrá el original de un documento frente a la copia, o la presentación íntegra del mismo con prevalencia a una fracción (*artículos 429, 432.1, 433 y 434 CPP*), sino que las mismas pautas se reclaman de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas, pues se debe presentar el original, aquel que demuestra que el elemento es lo que se dice ser (*autenticidad*); así como en los testimonios se escucha a la persona que percibió directa y personalmente sus aseveraciones.

Sin embargo, la antedicha regla general encuentra unas excepciones que la confirman, cuando en determinados casos permite que se traiga copia auténtica (*art. 429 ib.*), o fotografías que suplan un macro elemento (*art. 256 ib.*), y una prueba mediata que transporte la manifestación de referencia que se hizo fuera del juicio y que justifica la ley para traer un sustituto que la contenga (*art. 438 ib.*).

Parámetros que al ser aplicados en las actuaciones prevén que en el caso de los testimonios sea el cognoscente directo de los hechos y circunstancias el que comparezca al juicio oral y, solo en su defecto debidamente soportado en las causales, se admita de manera excepcional la prueba de referencia, con las limitantes que ello acarrea tales como que si solo se concurre con este tipo de pruebas no

podrán servir de soporte a una sentencia condenatoria (*art. 381 último inciso*).

Tales riesgos fueron asumidos por el ente acusador, conforme a las normas, al acudir a un contenedor de la versión de Ramírez Meneses *–obtenido fuera del juicio–*, por la imposibilidad de su comparecencia a dicha audiencia. Situación que no impide que se conmine a las partes por propender con todas las herramientas que el sistema otorga, para la protección y preservación de los medios de conocimiento, con el cubrimiento de los programas de protección de testigos existentes, y las medidas coercitivas para hacerlos comparecer al juicio.

Ahora bien, sobre el interés que pudo preceder la entrega de información a las autoridades, esto es, a la recompensa que se prometió y ante la cual concurrió el declarante José Norley, son mecanismos que no constituyen *per se* una base que mine su credibilidad, pues si bien todo ciudadano está en la obligación de colaborar con la administración de justicia, de acuerdo al artículo 95 de la Carta Política, las condiciones que rodean algunos hechos delictivos demandan que el Estado también se valga de incentivos que muevan esa colaboración, cuando el primer llamado voluntario no surte los efectos esperados.

Se debe recordar que la estimación de las pruebas no se hace solamente desde la óptica individual, sino que la labor del juzgador es su incorporación y valoración como elemento integrador del todo; es decir, del acervo probatorio. Salta a la vista que la motivación más relevante del testigo fue la de cobrar la recompensa ofrecida por las autoridades competentes a cambio de información valiosa para el proceso, que una vez suministrada encuentra corroboración en los resultados de las interceptaciones telefónicas.

1.3.2. Por otra parte, les asiste la razón a los apelantes al cuestionar el valor probatorio que le puede asistir al investigador Andrés Felipe Betancourt al irrogarse una calidad que no ostenta, como lo era el de analista de comunicaciones.

Sin embargo, también es cierto que en estrados judiciales dio cuenta de su experiencia laboral, las áreas en las que se ha desempeñado, el trabajo por él adelantado y las funciones que ha cumplido en la Policía Judicial⁸², entre ellas: analizar comunicaciones.

Tales calidades no fueron controvertidas en estrados. En ese orden, más allá de que Andrés Felipe Betancourt quisiese mostrarse con un título que no tiene, debe indicarse que sí acreditó las calidades y la competencia que lo investían para conocer del caso y adelantar las labores que dentro de este narró en estrados.

El Tribunal pasará a agrupar, someramente, el contenido de su intervención en estrados con el propósito de concluir la trascendencia que tiene para la resolución del presente caso, y el alcance que se le dio a los datos que en su momento suministró:

- Las entrevistas que practicó este funcionario no adquirieron la calidad de prueba, tampoco fueron utilizadas para refrescar memoria o impugnar credibilidad.
- No se tuvo en cuenta el CD entregado por José Norley y que el investigador transliterase; como tampoco ninguna información que proviniese de este medio.
- Coordinó el trabajo de interceptaciones telefónicas, sin embargo no fue quien obtuvo esta información sino Fabián Barón Martínez y Franz Enrique Gamba Orjuela, ambos presentes en estrados judiciales.
- Habló de los análisis link, sin embargo la fuente de este trabajo de soporte a la prueba la rindió Yilmar Elías Pérez Gómez, presentes en estrados judiciales.

⁸² Técnico profesional en servicio de Policía Nacional, curso básico en Policía Judicial, Técnicas de entrevista, primer respondiente, curso de lavado de activos, diplomado en derechos humanos y diplomado en delito transnacional.

- La información relacionada con los documentos de la Fundación Mundial de la Mujer y de la funeraria Los Olivos para establecer que uno de los celulares interceptados era el de María Elena y no de otra persona se encuentra suficientemente acreditado con otras fuentes de información (*así se verá en el acápite siguiente de este proveído*)
- Si bien la diligencia de reconocimiento fotográfico fue avalada por el Tribunal, lo cierto es que de ella no se halló ninguna utilidad en la medida en que no se le realizaron preguntas tendientes a conocer lo que a él le consta de tales procedimientos de investigación.
- No fue el único que tuvo contacto con José Norley Ramírez Meneses, pues Lilia Moreno Sánchez también da cuenta de este hecho, por medio de ella se introdujo la declaración jurada autorizada para ser admitida de manera excepcional, a pesar de constituir prueba de referencia.

En efecto, es indiscutible que Andrés Betancourt fue el investigador que conoció de la mayoría de los aspectos que giraron en torno a los hechos; de ahí que su aporte en el debate fue importante para entender el trasegar de la investigación mas no como soporte de las distintas pruebas que el ente acusador allegó al juicio oral en la medida en que la información por él registrada en unas oportunidades no era fuente probatoria (*por ejemplo: el contenido de las entrevistas por él realizadas*) y, en otras, porque su dicho tuvo respaldo probatorio en el atestar de otros declarantes.

En ese orden de ideas, los reparos efectuados por los censores en contra del peso probatorio de los declarantes José Norley Ramírez y del investigador Andrés Betancourt no tiene vocación suficiente para deleznar el soporte del fallo condenatorio, en cuanto a la responsabilidad penal que le asiste a los acusados dentro de los hechos del 27 de abril de 2012.

2. Mérito de las interceptaciones telefónicas

Tal y como se dijo en el acápite anterior, los datos que suministró José Norley Ramírez Meneses, en especial los números celulares de los entonces indiciados, sirvieron para investigar de veracidad a su atestar.

Así, se logró conocer mediante interceptaciones celulares registradas por Fabián Barón Martínez⁸³ y Franz Enrique Gamba Orjuela⁸⁴, entre otra, la siguiente información determinante para esclarecer quienes fueron los responsables de los hechos (*en orden cronológico*):

- El 19 de mayo de 2012 **María Helena Cano Cardona** - 3137123334 - recibe una llamada de **Argemiro Mota Álvarez** - 3217153745- en donde ella le dice a este último que no vaya muy seguido porque todavía está muy reciente todo y quiere evitar cometarios.
- El 20 de mayo de 2012, **María Helena Cano Cardona** - 3137123334- en medio del llanto le dice a **Argemiro Mota Álvarez** - 573217153745- que no lo quiere perder, que le dé otra oportunidad y le pide que vaya a su casa pero solo, a lo que él responde: «*Gilma no me deja ir por allá*» y más adelante le dice: «*Mami yo no puedo ir solo porque anda, Xiomara anda detrás de mí*».
- El 26 de mayo de 2012 **María Helena Cano Cardona** -3137123334- se comunica al abonado celular 31 17388463 en donde le dice a un su interlocutor - *no identificado*- que lo necesita para un perifoneo y que le da una dirección. Al respecto se escuchó: «*Buenos días, habla con la mona de acá de la Casilda*» calle 19A No. 10-81 donde está el carrito azul.
- El 27 de mayo de 2012 **María Helena Cano Cardona** -3137123334- le dice a su interlocutora del 31 47734567 -al parecer, su familiar- que ella «*se la jugó a Daniel*» que se dejaron de hablar «*como un mes*» y se perdonaron. Luego, la procesada le dice que quien mató a su

⁸³ CD2 Sesión de 17 de febrero de 2015 registro: 00:01-1:56:54 y CD3 sesión de 17 de febrero de 2015 registro1: 00:01-26:00

⁸⁴ Sesión de 12 de mayo de 2015 registro 1: 06:20- 2:22:28; sesión de 13 de mayo de 2015 CD1, CD2 registro 1: 00:42-1:26:29, registro 2 y CD3: sesión de 14 de mayo de 2015 CD1, CD2 00:15-01:20:22

esposo fue un coterero de caña pero que *«eso no se quedará así, que toca dejar así unos días.»*

- El 29 de mayo de 2012 **María Helena Cano Cardona** -3137123334- habla con una interlocutora llamada Claudia de la funeraria los Olivos quien le pide el favor de que le dé el número telefónico de Jhonson Torres o Luis Fernando.

- El 2 de junio de 2012 **María Helena Cano Cardona** -3137123334- le expresa a **Argemiro Motta Álvarez** -573217153745- que le da miedo que algo le vaya a pasar, a lo que el encartado le responde: *«no, no, ya, ya, ya me mandó, Leomar me mandó la gente, yo no sé qué es lo que está pasando pero, yo no sé, esta como raro eso.»*

Seguidamente, **María Helena** propone: *«por qué no averigua y me llama ¿vale?»* en tanto que **Argemiro Motta** le indica: *«no, pues yo ya estuve donde el brujo, yo no sé qué es lo que está pasando, yo voy a esperar a que llegue Medina, Medina viene ya pa' acá... espere yo hablo con Luis una cosita y Luis ya me dice ahora....»*

Dada la situación, **María Helena** le dice que ella *«por allá»* no va, que no la espere a lo que **Argemiro Motta** le responde que la va esperar *«o si no voy allá, por Dios que voy allá»* y más adelante le dice que *«de todas maneras salga, no le dé miedo mire como es usted, primero porque estaba ese man y ahora porque no está, entonces ¿qué pasa?»*

En ese orden, la procesada termina por acceder: *«bueno de todas maneras, de todas maneras cuando llegue Xiomara me iré pues con ella.»*

- El 6 de junio de 2012 **María Helena** habla con **Argemiro Motta** -573217153745-. En esa comunicación, aquella le dice a él que el papá de su esposo le dijo a la Policía que ella tenía otra persona a lo que este último le dice que esté tranquila que ella no tiene nada que ver.

- El 8 de junio de 2012 del número 32006742757 un hombre que se identifica como alias Chiva, se comunica con *«Miro»* al 3216986148 para decirle que salieron unos volantes que tenga mucho cuidado, a lo que este responde que ya los vio, que está en el parque León donde *«Luis... el que vende frutas»*, a lo que alias Chiva le pregunta que si el *«marido de Xiomara»* y el procesado responde afirmativamente.

- El 10 de julio de 2012 **María Helena** -3137123334- se comunica con **«Miro»** -3216986148- ella le dice le pregunta cómo está y él le contesta que bien que ya le hizo el favor, a lo que aquella le pregunta si le pagaron y él le responde que sí, que «se fue a viajar» que él hace «lo que sea por ella».

- El 14 de julio de 2012 a las 8:22 de la noche **María Helena** -3137123334- se comunica con **«Miro»** -3216986148- ella le dice que «cuando uno quiere a alguien, una a veces se equivoca», «uno no debe aterrizar en el que le diga a todo a toda hora que te amo, que te quiero, eso son puras mentiras» a lo que él le responde «no, vea, mami lo que hice por usted ningún hijueputa lo hace» al tiempo que le dice, «lo único que le digo, yo ya le dije a usted, el hijueputa que se le arrime a usted, usted sabe cómo es la vuelta»; en seguida la encartada le responde que eso fue lo que la aburrió «tanta hijueputa amenazas chimbas... pa' saber al cabo que el que lo hizo no fue usted» a lo que el acusado le responde «pero lo mandé yo» y ella le responde «ja, ni sé, ni sé quién hijueputas lo mandó» y él finiquita la conversación diciéndole «bueno, no hablemos más, chao».

- El mismo 14 de julio de 2012 a las 21:00 de la noche **María Helena** -3137123334- se comunica con **«Miro»** -3216986148-. Al contestar, este último le pide que no lo llame más que se quede con «el hijueputa hombre que tenés», ella le pide que le mande para el pasaje para poder viajar y aquel le dice: «vos querías que yo te hiciera esa cosa, yo te la hice, pero todo bien» discuten por celos; luego, el acusado le indica: «cuando estaba tu marido sinceramente me rogabas para que saliéramos, que hágale, que la vuelta es así, que no sé qué culos y ahora ya te estas es volitando» y después le advierte: «no mona, lo único que te dijo es que no me vayas a traer ningún malparido de por allá porque por Dios que te lo tumbo» y ella le responde: «si, le temblaron las manos para tumbar el otro que mejor mandó»

- El 16 de julio de 2012 **María Helena** -3137123334- habla con **Argemiro Motta** -3216986148-, ella le informa que habló con **Xiomara** para decirle que él la estaba amenazando con que la iba a «hacer subir monte» mandarla para el monte y que **Xiomara** lo iba a llamar, que no le fuera a apagar el teléfono, para que «esta semana» hablen «los tres».

Argemiro Motta le responde: «no, todo bien mona» y más adelante le puntualiza: «y es que sinceramente la voy a subir, la voy a subir» a lo cual **María Helena** le responde que lo va a demandar, por lo que él le responde: «hágale, hágale» y más de adelante expresa: «vos querías que

te hiciera la vueltica no más y abirme del parche pero no sabes en el avión que te montaste».

- El 18 de julio de 2012 un hombre que se identifica como Rodrigo se comunica con **«Emiro»** para pedirle el número de Luis a lo que le responde: 32173591476.
- En la comunicación de 18 de julio de 2012 entre **Luis Alberto Cuenú** --y **Leomar Peña Vargas** los interlocutores hablan de una orden de captura que al parecer pesa en contra del último de los referidos.

A partir de ello, alias **Xiomara** le dice a **Luis** *«si es por ese lado de esa hembra pues toca xx porque de todas maneras a vos no te vio nadie eso es puro chisme, a vos no te vio nadie ese día»* y supone que de pronto alguien lo dice por *«por ganarse los 10 palos ¿no cree?»*

Tan pronto su interlocutor acentúa *«claro, son 10.000.000»*, la procesada continua: *«pues sí, pero como de todas maneras a voz te tienen que investigar hasta la pecueca y ¿dónde? ¿Quién va a decir que sí fuerdes (SIC) vos? Si lo únicos que sabemos son ese man, la hembra y yo»* a lo que **Luis** responde *«pues sí ¿no?»* y **Xiomara** complementa: *«claro, y esa hembra no va a ser tan marica de por ahí decir: sí, fue él»*

Seguidamente, **Luis** dice que hay volantes por todas y que ya tiene *«analizado al pelao»* pero que él no estaba por ahí a lo que la encartada reafirma: *«no, es que nadie vio nada, por eso a mí se hace extraño, porque es que nadie vio nada»* y cierra el tema advirtiéndole: *«de todas formas mucho cuidado con la mona también, no vaya a zafarle la jeta a esa hembra por ahí... a esa Hilda».*

Se ha de recordar que sobre el conjunto de comunicaciones de las que se han traído los anteriores textos transcritos, los defensores margina la intervención de los procesados al considerar que de los números celulares interceptados ninguno es titular.

Habrá que responder a esta aseveración, que no existe ninguna regla o elemento de juicio que acompañe tal tesis, en vista que la utilización de estos medios, lo masivo del comercio, la multiplicidad de proveedores, la facilidad de acceso, desplaza que se tenga como

regla pétrea que sólo el titular de un teléfono móvil sea el único que lo puede utilizar.

Por el contrario, y en contraposición a esa tesis, al verificar los contenidos de las llamadas se pudo establecer que:

- Los interlocutores se hacen llamar **«Luis»**, **«Miro»**, **«Xiomara o Leomar»**, **«Elena»**, es decir, responden a los nombres de los procesados; nombres de los tres primeros que fueron suministrados por José Norley Ramírez.
- La zona georreferencial en el que se realizan las comunicaciones corresponde al municipio de Florida (*Valle del Cauca*), es decir, el mismo lugar en el que se dieron los hechos.
- Quien responde al nombre de **«Elena»** da a conocer que es viuda de un hombre al que llama Daniel quien fue sindicalista.
- Se puede advertir una relación sentimental entre **«Miro»** y **«Elena»**. Tal como lo refirió José Norley Ramírez Jiménez
- **«Elena»** suministra la dirección de su casa, la cual coincide con la residencia de la procesada.
- En una de las interceptaciones **«Elena»** se presenta como *«la mona»*, a su vez, **«Luis»** y **«Leomar o Xiomara»** también dan cuenta de *«la mona»*.
- **«Miro»** trabaja en la galería, tal como lo dijo José Norley Ramírez Jiménez

Con la integración de los anteriores elementos producto de las comunicaciones, se actualiza el principio de libertad probatoria⁸⁵, sin que se pueda alegar, bajo un rasero propio de *tarifa legal*, que se requiera de un análisis o cotejo, por ejemplo a través de un espectrógrafo. En efecto, de los diálogos aquí textualizados se puede colegir que las personas que participaban en los extremos de la

⁸⁵ Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

conversación eran los aquí acusados, sin que para ello se requiera como condición que fueran los titulares⁸⁶.

3. Prueba indiciaria

La jurisprudencia ha señalado que el indicio es una prueba indirecta *«construida con base en un hecho (indicador o indicante) acreditado con otros medios de persuasión autorizados por la ley, del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado), hasta ahora desconocido y que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre la materialidad de la conducta típica o la responsabilidad el sujeto agente, para confirmar o infirmar cualquiera de esas categorías⁸⁷»*. Su importancia deriva de *«su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido»⁸⁸*.

Ahora bien, en la misma providencia se dice que los indicios pueden ser necesarios, *«cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza»* o contingentes *«cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado⁸⁹»*.

Estos último a su vez pueden clasificarse en graves *«cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad, sino de la común ocurrencia de las cosas»* y leves *«si el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece⁹⁰»*.

⁸⁶ Al respecto del principio de libertad probatoria. C.S.J. AP130-2017 de 18 de enero de 2017 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya Rdo. 43.879

⁸⁷ C.S.J., SP-3397 de 19 de marzo de 2014. M.P. Eugenio Fernández Carlier Rdo. 38.793

⁸⁸ Ídem

⁸⁹ Ídem

⁹⁰ Ídem

Finalmente, resalta la alta Corporación:

[E]n materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en los postulados de la sana crítica, y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las construcciones de ese orden, es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución⁹¹. (Subrayado por el Tribunal)

La valoración integral del indicio exige entonces al juzgador contemplar todas las posibilidades confirmantes e invalidantes de la deducción, pues rechazar cualquiera de las que puede ofrecer un hecho indicador, desestimándolo expresa o tácitamente sólo porque el juez ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, es alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la estimación probatoria.

De ahí que en la apreciación de los indicios el juzgador, como ocurre con todos los medios de prueba, debe acudir a la sana crítica, para establecer el nivel de probabilidad o posibilidad y en tal medida señalar si son necesarios o contingentes (graves o leves), y su relación con los demás medios de prueba que obran en la actuación.

La connotación de necesarios, contingentes-graves o contingentes-leves, no corresponde a nada distinto del control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción, establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador...⁹²

3.1 En este caso la prueba directa –testimonial, de referencia legalmente admitida e interceptaciones telefónicas -está acompañada de prueba circunstancial que da certeza racional acerca de las conclusiones a las que se arriba en esta providencia, por tanto, a continuación se examinará.

⁹¹ Ídem

⁹² C.S.J., SP-3397 de 19 de marzo de 2014, M.P. Eugenio Fernández Cartier Rdo. 38.793

3.1.1 Indicio de manifestaciones espontáneas antes de los hechos

La doctrina ha dicho que *«[e]n el supuesto previsto en la excepción, el declarante hace una declaración mientras se encuentra bajo estrés⁹³ o efecto de la excitación o conmoción que ha sufrido. La declaración posee garantías circunstanciales de confiabilidad, en la medida en que el declarante de forma espontánea explica o narra el evento que lo ha conmocionado⁹⁴. El efecto que tiene el evento en el declarante es el factor determinante⁹⁵»*.

Adicionalmente, Muller y Kirkpatrick añaden que dicha expresión *«es lo suficientemente poderosa para prevenir la fabricación de la declaración⁹⁶»*, en palabras del Tribunal Supremo de Puerto Rico: *«La garantía circunstancial de veracidad de esta excepción yace en la ocurrencia de un nuevo evento o suceso de tal naturaleza o intensidad que genere una expresión espontánea. De ordinario, la combinación física y psicológica de estos factores paraliza temporalmente la fractura de reflexión, y ello reduce las probabilidades de fabricación de la declaración»⁹⁷*.

En el caso particular, José Norley Ramírez Ramírez dijo en la declaración juramentada *-prueba de referencia admitida-* que al estar tomando cerveza con **Argemiro Motta** y otros amigos, aquel decía *«que tenía que quitarse de encima»* a Daniel Aguirre, aludía que en razón al conocimiento sobre *«lo que él tenía (sic) con la mujer, a más de uno él le decía que le hiciera el favor⁹⁸»* de matarlo, pues este último, armado, estaba en su búsqueda. Alusión a hechos antecedentes y que culmina con la expresión: *«y como a los 15 días mataron al señor DANIEL AGUIRRE»*.

Con el testimonio de María Luz Dary Aguirre Piedrahita y Humberto Marín Cuervo *-hermana y cuñado de la víctima -* se corrobora que Daniel Aguirre portaba un arma de fuego, quienes lo constataron

⁹³ La regla 805 (B) incorpora por primera vez en Puerto Rico, la expresión estrés en la configuración

⁹⁴ Chiesa, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, Obra citada, Tomo II, Pág. 766

⁹⁵ Rodríguez Vélez Enrique, *La Prueba de Referencia y sus Excepciones*, Editorial Interjuris 2010, Pág.322

⁹⁶ Muller & Kirkpatrick, *Evidence, Fourth Edition*, obra citada, sec 8.36

⁹⁷ Nieves López Vs. Rexach, 124 D.P.R. 427, 435 de 1989

⁹⁸ Folio 38 de la carpeta de pruebas de la Fiscalía IV, se trata de la entrevista que ingresó al debate oral como prueba de referencia

visualmente, e incluso, en un viaje que hizo a Medellín la dejó en la casa de aquellos.

Esta información fue recolectada por José Norley, 15 días antes de los hechos investigados, todo esto gracias al vínculo de amistad que los unía; el formato utilizado se puede catalogar como afirmaciones espontáneas de **Argemiro Motta Álvarez**, comoquiera que en esta ocasión no fueron producto de un cuestionario que hiciese el oyente para con el encartado.

3.1.2 Móvil

Vocablo que jurídicamente denota aquel motivo o razón que precede la realización o participación en la comisión de una conducta punible. La experiencia y la lógica han demostrado que el individuo realiza u omite sus acciones precedido de algún móvil.

A este respecto Pietro Ellero ha dicho que *«[e]l hombre no se determina a realizar acción alguna sin un motivo; es este un principio inconcuso, el cual se manifiesta en todos los actos de la vida, sin exceptuar los que caen bajo el imperio de la justicia. Nadie viola las leyes naturales y civiles, nadie delinque sin una causa que lo determine»*⁹⁹

No era ningún secreto las relaciones sentimentales que **María Elena** y Daniel Aguirre sostenían de manera independiente; la primera, con **Argemiro Motta**; y el segundo, con Emilse Franco Buitrago.

Sin embargo, la intención de **María Elena** de quitar de su camino a su esposo Daniel Aguirre Piedrahita se advierte cuando en una de las interceptaciones de llamadas se escucha a su compañero sentimental **Argemiro Motta** en medio de una discusión de pareja le

⁹⁹ Pietro Ellero, *De la certidumbre en los juicios criminales, o tratado de la prueba en materia penal. Biblioteca Jurídica de Autores españoles y Extranjeros. Madrid. Edit. Reus. 1968.*

reprocha a la procesada que ella lo quería a él para que le *«hiciera esa cosa, yo te la hice, pero todo bien»* al tiempo que le replica que no *«me vayas a traer ningún malparido de por allá porque por Dios que te lo tumbo»* y ella le responde: *«si, le temblaron las manos para tumbar el otro, que mejor mandó»*.

En otra conversación también se advierte a **Motta Álvarez** descontento porque **María Elena** no piensa ir a encontrarse con él; en las expresiones utilizadas se trae a colación el obstáculo que constituía su pareja formal: *«no, de todas maneras salga, no le dé miedo mire como es usted, primero porque estaba ese man y ahora porque no está, entonces ¿qué pasa?»*

3.1.3 Presencia en el lugar de los hechos

María Elena Cano Cardona caminaba junto a Daniel Aguirre Piedrahita al momento de los hechos, de ello da cuenta Johnson Torres Ortiz *–sindicalista compañero de la víctima–* recuerda que instantes después del atentado vio que aquella *«venía corriendo hacia abajo»* y le dijo: *«mataron a Daniel»*, por lo que él salió para dónde se encontraba la víctima y lo alcanzó a ver vivo.

Hasta acá nada ninguna sorpresa puede haber en que **María Elena** y Daniel Aguirre caminasen juntos. Sin embargo, **Leomar Peña Vargas** y **Luis Alberto Cuenú** dejan claro en las interceptaciones que también se encontraban en el lugar de los hechos. Se ha de recordar que uno y otro hacen conjeturas *–en las interceptaciones–* que esa noche no había nadie alrededor, por lo que descartan que alguien distinto a ellos, es decir a quienes identifican como *«la hembra»* y al *«otro man»*, sepan del acontecer delictual; afirmación que al mismo tiempo denota tranquilidad en los mencionados testigos, uno en la confianza de quien ya falleció y, del otro lado, por descarte, en la seguridad de que nada saldrá de la testigo.

Se debe aunar al análisis como aporte de la premisa incriminante, que la prueba demostrativa inserta en el análisis link, determinó que el 27 de abril de 2012, entre las 8:00 y 20:30 de la noche, las procesadas –*Xiomara y María Elena*– hablaron entre ellas 16 veces por teléfono celular; **Leomar** y **Luis** 4 veces; **María Elena** y **Argemiro** en 4 oportunidades. No es menos importante el hecho que, en total, **Peña Vargas** habló 20 veces, precisamente, con las dos personas que, puede dar fe¹⁰⁰, se encontraban en la escena del crimen; mientras que **Argemiro Motta** únicamente habló con María Elena.

3.1.4 Manifestaciones afectivas posteriores al suceso criminal

Las pasiones¹⁰¹ pueden ser elementos vinculantes entre una persona y un resultado punible determinado, cuando se tiene una relación concreta que permite, no una inferencia general, sino, una deducción específica y lógica.

En el caso particular, las interceptaciones telefónicas dan cuenta del desequilibrio emocional de **María Elena** y **Argemiro**, de sus discusiones, sentimientos encontrados y amenazas.

En medio de tales conversaciones se advierte la desesperanza del referido procesado en recalcarle que «*lo que hice por usted ningún hijuputa (sic) lo hace*» al tiempo que le indica que quien «*se le arrime a usted, usted sabe cómo es la vuelta*»; a lo que la encartada, en su respuesta, da a conocer la intermediación en la acción ilícita reprochable en comunidad de designio criminal y división de trabajo al ripostarle que: «*pa' saber al cabo que el que lo hizo no fue usted*»; que lejos de ser negado revela el tipo de participación con la frase «*pero lo mandé yo*».

¹⁰⁰ Porque así lo asume en la conversación.

¹⁰¹ Entendida como aquel "Sentimiento vehemente, capaz de dominar la voluntad y perturbar la razón, como el amor, el odio, los celos o la ira intensos." <https://es.oxforddictionaries.com/definicion/pasion>

Luego, **María Helena** -3137123334- se comunica con **«Miro»** -3216986148-. Al contestar, este último le pide que no lo llame más que se quede con el *«hombre que “tenés”*», ella le pide que le mande para el pasaje para poder viajar y aquel le dice: *«vos querías que yo te hiciera esa cosa, yo te la hice, pero todo bien»* discuten por celos; luego, el acusado le indica: *«cuando estaba tu marido sinceramente me rogabas para que saliéramos, que hágale, que la vuelta es así, que no sé qué culos y ahora ya te estas es volteando»* y después le advierte: *«no mona, lo único que te dijo es que no me vayas a traer ningún malparido de por allá porque por Dios que te lo tumbo»* y ella le responde: *«si, le temblaron las manos para tumbar el otro que mejor mandó»*

3.1.5 Indicio de manifestaciones espontáneas posteriores a los hechos

José Norley relató en la declaración juramentada de 29 de junio de 2012 que después de la muerte de Daniel Aguirre, se encontró con alias **Miro** y él *«dijo que le había tocado que (sic) hacerlo, que el favor se lo había hecho el señor LUIS»*

Nuevamente, se trata de una información que surge de parte del procesado de manera espontánea y que fuera conocida por el particular José Norley a raíz del vínculo de amistad que los unía sin que mediara interrogatorio alguno ni a cuestionamientos de parte de aquel para con el encartado.

Asimismo, en contexto, de las interceptaciones telefónicas se escuchó a **Argemiro Motta Álvarez** en *-por lo menos dos oportunidades-* afirmar de manera enfática a **María Elena Cano Cardona** que si bien no fue él quien *«hizo la vuelta»* o lo *«tumbó»* sí fue el que lo mando a hacer.

3.1.6 Indicio de no refutación

De las conversaciones entre alias **Xiomara** y **Luis Alberto Cuenú** se advierte que la primera indica a este último de unos hechos de los cuales él no se detiene a refutar; la incertidumbre de los interlocutores se centra es en establecer si alguien más –*distinto a ellos dos, a «ese man» y «la hembra»*- conoce de lo hecho por **Luis Alberto**.

3.1.7. Contraindicio de capacidad para delinquir

Si bien la Sala no descarta esta clase de indicio, debe destacarse que su validación conlleva a demostrar de qué manera la capacidad para delinquir pudo o no influir de manera concreta en la conducta criminal por la cual se le llama a juicio, pues de lo contrario se estaría preponderando el derecho penal de autor al de acto¹⁰².

En esa medida las grabaciones en las cuales los procesados dan cuenta de la posible conducta de hechos punibles no se le pueden atribuir como prueba indiciaria del homicidio de Daniel Aguirre Piedrahita, pues no se atribuyó nexo causal alguno entre aquellas y los hechos del 27 de abril de 2012.

Lo que sí puede hacer la Sala, en torno a esta situación, es compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que, en el evento en que no se haya hecho, se investiguen las posibles conductas punibles en las que posiblemente pudieron incurrir los procesados a partir de lo conocido en las interceptaciones telefónicas ventiladas en estrados.

3.2 En contraposición a los indicios derivados de la prueba de cargo, lo defensores de los procesados sostienen que existe prueba de

¹⁰² Al respecto, C.S.J. SP6411-2016 de 18 de mayo de 2016 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 41758

la que se deriva que el homicidio de Daniel Aguirre pudo ser promovido por su condición de sindicalista.

A su vez, el apoderado judicial de **Luis Alberto Cuenú** enfatiza en que si su prohijado hubiese estado comprometido en tales hechos el sentido común le hubiese ordenado no utilizar el número telefónico que lo acompañaba, o tendría otras líneas telefónicas para comunicarse, en tanto que el abogado de **Leomar Peña Vargas** estima que no se le puede atribuir responsabilidad penal a esta última con base en sus distintas afirmaciones tendientes a atender contra su esposo, cuñada, entre otras.

3.2.1 Contraindicio de móvil

Como se ha visto en este proveído, la única fuente probatoria que da cuenta de que el homicidio de Daniel Aguirre obedeció a su labor como sindicalista deviene de sus compañeros de sindicato, Johnson Torres Ortiz y Alfonso Viafara Caicedo, quienes dieron cuenta de las amenazas de las que han sido blanco; de hecho, el último de los testigos en mención asegura que sin saber mayores detalles al respecto, lo cierto es que el sábado se pensaban reunir para hablar de ello, pero el viernes mataron a Aguirre Piedrahita. Sin embargo, esta hipótesis ha sucumbido frente a la prueba de cargo¹⁰³.

Asimismo sucede en la conversación en la que **María Elene** habla, al parecer, con un familiar y en medio de la conversación le dice a esta última que a su esposo lo asesinó un coterero de caña, pero que ello no se queda así que hay que esperar un poco. Información que si bien deviene de la propia acusada, la Sala le resta valor demostrativo en la medida en que surge huérfana de otras probanzas, no hay elementos de los que se pueda inferir razonablemente que la

¹⁰³ Al respecto, la Sala consideró con más detalle en el acápite de valoración de la prueba testimonial y hará referencia en páginas precedentes al referirse a la carga dinámica de la prueba

encartada tuviese que hablar con la verdad a su consanguínea máxime cuando ella estuvo involucrada en tal muerte.

Distinto resulta la concurrencia de elementos que favorecen el hecho de haber realizado manifestaciones veraces sobre lo sucedido –el crimen-, en la interlocución con **Argemiro Motta**, pues el entorno estaba abrigado bajo la seguridad que da la intimidad que de las comunicaciones privadas, por lo que resulta más confiable el reconocimiento que una persona hace de una situación que le puede traer consecuencias adversas, como la comisión de un ilícito; y no en aquellas en las que por lo general mostraría su ajenidad total, tendencia normal de la condición humana que oculta sus errores o los excusa, sin argumentos válidos.

A propósito de ello, sea la oportunidad para traer a colación la única conversación en la que **Argemiro Motta** le dice a **María Elena** que ella no tuvo ninguna incidencia en la muerte de Daniel Aguirre, pues el contexto de la conversación conlleva a entender que lo que el acusado intentaba en ese momento era tranquilizar a su entonces compañera sentimental de los señalamientos efectuados en su contra; tan es así, que con posterioridad, cuando la pareja comienza a discutir –según se evidencia de la cronología de las llamadas- es él mismo quien en repetidas ocasiones le recuerda entre amenazas y discusiones lo que hizo por ella y lo que está dispuesto a hacer si alguien «se le arrima».

3.2.2 Contraindicio de actuar con sigilo

Si bien el obrar con sigilo¹⁰⁴ podría ser visto como un proceder de distintas especies, entre ellas la humana; mal se haría entender que este comportamiento se rige por parámetros estandarizados y

¹⁰⁴ *Silencio cauteloso: secreto que se guarda de una cosa o noticia. Significado tomado de <http://dle.rae.es/srv:fetch?id=Xqn0BWv>*

genéricos. En otras palabras, su grado de mayor o menor presencia depende de cada individuo, y en él pueden incidir distintos factores como la personalidad, el grado de confianza que le tenga a las demás personas, las circunstancias en las que cada quien se encuentre. De ahí que surja necesario tomar elementos de cada caso en particular con el propósito de decidir si la conducta de determinada persona puede ser indicativa o no de algo.

En el caso *sub judice*, el Tribunal encuentra parámetros de sigilo distintos en cada uno de los procesados.

José Norley Ramírez Meneses describe a **Luis Alberto Cuenú** como un hombre que *«no le gusta decir donden (sic) vive, escasamente le suelta palabra, por celular cuando uno lo llama no le suelta nada»* e indica que es muy amigo de alias **Xiomara** con quien precisamente se le escucha en las interceptaciones celulares hablando de los hechos con el cuidado de no mencionar mayores detalles al respecto; quien en realidad suministra información valiosa es su interlocutora **-Xiomara-** pues es ella quien primero habla de la recompensa que circulaba, de quienes sabían de los hechos y de la imposibilidad de que alguien los hubiese podido observar; a partir de lo cual saca distintas conclusiones que el procesado se encarga de descartar y afirmar.

Se advierte que la charla desemboca en esos temas por la tensión que existía a raíz de la recompensa que se ofrecía para el esclarecimiento de los hechos; concretamente, a que había un *«pelao -así lo mencionan ellos-»* que estaba brindando cierta información de los hechos y a una aparente orden de captura, de ahí la firme intención de alias **Xiomara** de darle a su amigo un parte de advertencia y, a su vez, de tranquilidad respecto a lo sucedido.

Resáltese que dicha información adquiere mayor relevancia con la prueba e información conocida a través de **Argemiro Motta Álvarez**

quien, claramente, tiene unos estándares de sigilo menos rígidos a los de su compañero **Luis Alberto Cuenú**; se ha de recordar que el primero de ellos daba cuenta a José Norley de su situación sentimental con **María Elena Cano**, con quien a su vez se extrajo información determinante para las resultas del proceso cuando discutían, convirtiéndose esta circunstancia en una fuente determinante para que la pareja en esa relación sentimental.

En definitiva, el Tribunal encuentra que cada conversación de los procesados respondía al grado de sigilo que el momento y el interlocutor reclamaba, pero que a medida que el tiempo pasaba fue cediendo a los factores enervados en los sentimientos que se vivían, o en los temores a ser descubiertos.

4. Conclusiones de la valoración probatoria de la responsabilidad de los procesados

4.1 Calidad en la que actuaron los procesados

4.1.1 Las declaraciones escuchadas en juicio oral, la introducida por medio de prueba de referencia, las interceptaciones telefónicas y la prueba indiciaria –*en contraste con los contraindicios*- no dejan lugar a duda de la participación de los procesados en el deceso violento de Daniel Aguirre Piedrahita.

El sistema acusatorio del procedimiento de 2004, le asigna al titular de la acción penal, la carga de demostrar la hipótesis de la acusación en el grado de conocimiento de certeza racional, o mejor, más allá de toda duda razonable; de manera que si la defensa detentaba una hipótesis alternativa, no bastaba que simplemente la propusiese, pues debía demostrarla con los elementos cognoscitivos propios de su particular y específica investigación.

A propósito de la carga dinámica de la prueba la doctrina ha dicho que *«De todas formas, de manera paulatina la doctrina admitió que el principio de carga dinámica de la prueba era aplicable al proceso penal acusatorio –no regido por el principio de investigación integral- dado que una vez la Fiscalía ha probado los hechos en que se basa la acusación, al procesado le asiste el interés de probar los supuestos fácticos que se opongan a ella y de no hacerlo se expone a una condena...»¹⁰⁵» (subrayado por la Sala)*

A su turno, en decisión, la Corte Suprema de Justicia, sobre este concepto jurídico refirió¹⁰⁶:

[C]onociendo el origen y la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, se reconoce su muy limitada aplicación en el campo penal, pues, no se trata de variar el concepto ya arraigado de que es al Estado, por acción de la Fiscalía General de la Nación, a quien le compete demostrar todas las aristas necesarias para la determinación de responsabilidad penal.

Pero, dentro de criterios lógicos y racionales, es claro que existen elementos de juicio o medios probatorios que sólo se hallan a la mano del procesado o su defensor y, si estos pretenden ser utilizados por ellos a fin de demostrar circunstancias que controviertan las pruebas objetivas que en su contra ha recaudado el ente instructor, mal puede pedirse de éste conocer esos elementos o la forma de allegarse al proceso.

En consecuencia, tal y como se ha visto, el Estado –Fiscalía- en este proceso cumplió con el deber de aportar las pruebas de cargo, para atribuirle responsabilidad penal a los procesados; de manera que el tema propuesto por los defensores en la apelación en torno al móvil que conllevó a la muerte de Daniel Aguirre Piedrahita no tiene la suficiencia probatoria para reducir el conocimiento que se alcanzó sobre la teoría del caso propuesta por el ente acusador, recogida en el análisis de la decisión atacada y avalada en el fallo condenatorio, que la Sala confirmará.

4.1.2 Ahora bien, según el artículo 29 del Código Penal, es autor *«quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento»*. Asimismo *«quien actúa como miembro u órgano de representación*

¹⁰⁵ Urbano Martínez, José Joaquín, *La Nueva Estructura Probatoria del Proceso Penal*. Nueva Jurídica, segunda edición. 2012. P. 125

¹⁰⁶ Rad. 31103 de 2009; Rad. 23754 de 2008

autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurra en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado».

La misma disposición legal establece que los coautores son quienes *«mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte».*

Por su parte, el canon 30 ídem destaca como participes al determinador, al cómplice y al interviniente:

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

De una y otra norma, en lo pertinente, ha dicho el alto Tribunal:

La complicidad es una forma de coparticipación criminal *«caracterizada por la contribución dolosa que una persona puede prestar a otra mediante un aporte esencial en su fase ejecutiva, con actos precedentes, simultáneos e, incluso, posteriores a ella, a condición de que medie una promesa anterior determinada por un concierto previo o concomitante (artículo 30, inciso tercero, del Código Penal)¹⁰⁷».* Esta contribución puede ser de índole física, táctica o psíquica.

A diferencia de lo que sucede en la coautoría, el cómplice *«carece del dominio funcional de los hechos, limitando su intervención a facilitar la conducta*

¹⁰⁷ C.S.J. SP6411-2016 de 18 de mayo de 2016 M.P. Patricia Salazar Cuéllar Rdo. 41758

del autor en la realización del hecho antijurídico. Su actuación, en consecuencia, se limita a favorecer un hecho ajeno¹⁰⁸». Adicionalmente, se requiere de la existencia de un «nexo causal necesario entre la acción desplegada por quien fue acusado como cómplice y el resultado producido por la acción principal ejecutada por los coautores, lo que se traduce en la acreditación de que la persona haya contribuido elevando la posibilidad de producción del hecho antijurídico, esto es, la demostración de un riesgo adicional, relevante y atado a la causalidad, para el bien jurídico tutelado y el incremento de la oportunidad de éxito para los ejecutores¹⁰⁹.

En cuanto a la figura del determinador, la alta Corporación en providencia SP3011-2016 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Salazar Otero (Rdo.46.483) recalcó:

Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor, es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tales como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés.

“Como presupuestos de la inducción, asimismo la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se toman como los más relevantes: En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado omni modo facturus); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global, ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico”. CSJ SP, 26 Jun. 2013, Rad. 36102

(...)

*Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la **asociación**, entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la **determinación** a la sola actividad unilateral de impulso del*

¹⁰⁸ *Idem*

¹⁰⁹ En este sentido, CLAUS ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2014, p. 287, *idem*

determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado.

La dogmática jurídico-penal ha reconocido unánimemente como reglas de la participación delictiva: el principio de ejecutividad, según el cual no puede haber determinación o participación si el autor material no inicia la ejecución del delito; la comunidad de ánimo, como nexa psicológico entre los partícipes en el delito, incluido el determinador; y el principio de accesoriedad, en el sentido de que el determinador o partícipe supone la existencia del autor de un injusto culpable. Pues bien, el funcionamiento de estos principios debe concebirse en doble vía, pues si el autor material y el injusto culpable cometido por éste marcan la existencia del determinador o del partícipe, de igual manera, ante la realidad de una cooperación criminal, los determinadores no pueden ser sólo aquéllos que hacen nacer la idea criminosa sino los que la comparten anímicamente con el autor material y la impulsan mediante manifestaciones externas de conducta, aún en el curso de la realización física de aquél, pues, al fin y al cabo, es lo que anhelan todos los copartícipes.

Es posible determinar a otro a realizar el hecho delictivo mediante la orden, el consejo o el imperio del temor reverencial, por repartición de tareas, conforme con las cuales el determinador planea y dispone, mientras el determinado ejecuta materialmente las conductas programadas. Este es el determinador que el artículo 23 del Código Penal considera en el mismo nivel del autor material, no el de simple incentivador de una conducta que apenas se piensa y no se ha resuelto. CSJ SP 11 Jul. 2000, Rad. 12758)

4.1.3 Al compaginar los resultados probatorios con las figuras atrás señaladas, la Sala encuentra, que **Argemiro Motta Álvarez** fue el determinador del homicidio de Daniel Aguirre Piedrahita cometido con la coautoría de **Leomar Peña Vargas, Luis Alberto Cuenú y María Elena Cano Cardona**.

Fue así que **María Elena Cano Cardona** en condición de pareja sentimental de Daniel Aguirre Piedrahita sembró en su amante **Argemiro Motta Álvarez** la idea criminal de acabar con la vida de aquel.

Sin embargo, **Motta Álvarez** no materializó de propia mano la voluntad de **María Elena** sino que para ello utilizó a su amigo **Luis Alberto Cuenú**.

De esta manera, en la noche del 27 de abril de 2012 mientras Daniel Aguirre y **María Elena** caminaban por las calles aledañas a su residencia, bajo la coordinación telefónica y de campo de **Leomar**

Peña Vargas alias **Xiomara**, posibilitó que **Luis Alberto Cuenú** apareciese con arma de fuego y atentase contra la vida de la hoy víctima.

Nótese que:

4.1.3.1 **Argemiro Motta Álvarez** fue el determinador de los hechos en la medida en que logró sembrar en **Luis Alberto Cuenú** y en **Leomar Peña Vargas** la idea criminal de acabar con la vida del compañero sentimental de su amante **María Elena Cano**; adicionalmente, no se le conoce participación activa o dominio del hecho en el acontecer fáctico de la noche del 27 de abril de 2012. Las pruebas demuestran quién fue el que «*mandó*» a hacer «*la vuelta*», «*el favor*».

4.1.3.2 Si bien la prueba arroja que **Argemiro Motta** actuó por voluntad de **María Elena Cano** lo cual podría ubicar a uno y otro como co-determinadores, lo cierto es que esta última –*a diferencia de él*- sí tuvo dominio sobre el hecho: conocía que ese día se llevaría a cabo el atentado contra Daniel Aguirre, su constante comunicación con alias **Xiomara** –*lo hicieron por celular 20 veces*- da cuenta de su importancia en el lugar de los hechos, al conocer de ello y de sus responsables; pudo entonces, prevenir el acontecer delictivo; aun así, decidió guardar silencio para continuar con el plan criminal. Era un hecho propio, en cuya acción divisible se adhirió, con su entera complacencia.

4.1.3.3 **Leomar Peña Vargas** coordinó con su presencia en las zonas aledañas a los hechos y vía celular los pasos de **María Elena** y de **Luis Alberto**, de donde se deriva que no fue una simple cómplice –*campanera*- de ella dependía la real ocurrencia de los hechos y, en principio, la impunidad de los mismos; una y otra tarea la cumplió a cabalidad pues se logró cometer el atentado en contra de la víctima con el cuidado de que nadie distinto a ellos fuese testigo del pluricitado atentado.

4.1.3.4 Debido a la coordinación entre las dos procesadas, **Luis Alberto Cuenú** logró increpar a Daniel Aguirre Piedrahita para dispararle con arma de fuego en las distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar ya descritas, para, de esa forma, cumplir con el cometido que **Argemiro Motta** buscaba materializar.

4.2 Principio de congruencia

4.2.1. El marco fáctico con relevancia jurídica que expone el ente acusador al momento de la imputación de cargos delimita los hechos sobre los cuales se ha de establecer su consonancia plena con los presupuestos de las normas que determinan la infracción del ámbito penal (*adecuación típica*).

Para esa específica formulación, en las voces del canon 287 del C.P., basta con que *«de elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o participe del delito que se le investiga...»*

4.2.2. En la siguiente etapa procesal, el grado de conocimiento se incrementa, pues el Estado ha de formular acusación cuando *«de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o participe»*.

A lo dicho en los párrafos anteriores debe agregarse que el artículo 448 de Ley 906 de 2004 indica que *el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*.

Al respecto ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia¹¹⁰:

A este respecto cabe destacar que de manera reiterada la Corte ha sostenido que en tratándose del procedimiento ordinario, el principio de congruencia ente el acto de imputación de cargos y la acusación sólo resulta transgredido si no existe identidad fáctica entre ambas actuaciones, y no se presenta desconocimiento cuando la fiscalía introduce variaciones en el nomen juris de la conducta imputada, para lo cual no se requiere realizar una nueva audiencia de imputación, pues la relación de correspondencia fáctica, personal y jurídica, sólo resulta predicable entre la acusación y la sentencia. (CSJ, SP, 28 nov. 2007, rad. 27518; CSJ, SP, 30 oct. 2008, rad. 29872; CSJ, SP, 5 sep. 2012, rad. 39799; CSJ, SP, 7 mar. 2013, rad. 36467, entre otras).

Este precisamente ha sido el entendimiento dado por la Corte Constitucional al juzgar la constitucionalidad del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, al precisar que la exigencia de una adecuada relación de correspondencia entre la imputación y la acusación en el procedimiento ordinario, «es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal. En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación».

Ello no significa «que entre la formulación de la imputación y la acusación» deba existir «absoluta identidad fáctica y jurídica (...) ni la ley prevé una tal eventualidad, ni mucho menos, en tratándose del procedimiento ordinario, la jurisprudencia se ha orientado en tal sentido¹¹¹», pues el carácter «progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal» conlleva a entender que la recolección de la evidencia en la fase de investigación, permita especificar en la acusación algunos datos e información con lo que no contaba al momento de formular la imputación fáctica, «en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso...»¹¹²

¹¹⁰ C.S.J. AP4284-2014 de 30 de julio de 2014 M.P. José Leonidas Bustos Martínez Rdo. 38.142

¹¹¹ Ídem

¹¹² Auto del 30 de julio del 2014, radicado AP 4284- 2014. 38.142, M. P. José Leonidas Bustos Martínez

4.2.3. Ya en el juicio oral, la Fiscalía se compromete a demostrar con base en pruebas debatidas en juicio *-en el nivel de conocimiento exigido en la ley -art. 381 CPP-* el delito y la responsabilidad penal del acusado.

No se trata de detallar los hechos, sino con el material probatorio necesario y suficiente que permita derrumbar la presunción de inocencia que cobija al procesado; a su turno, corresponde al operador judicial valorar las pruebas en particular y en conjunto, a fin de establecer si se pudo comprobar más allá de toda duda razonable que el hecho ocurrió, su estructura como delito y la responsabilidad del procesado, ya sea como autor o partícipe de la conducta que se le endilga.

4.2.4. Corolario, nótese que los distintos elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que sirvieron de base para las formulaciones de imputación y acusación *(según su grado de exigencia)* deben someterse al debido proceso para tener carácter de prueba: producida y controvertida en juicio oral.

En ese lineamiento la transformación del material con vocación probatoria que se ha recolectado en las etapas de indagación e investigación, pasa por fases procesales y filtros que logran desarrollar principios sobre los que descansa la confiabilidad del medio cognoscitivo postulado por las partes en respaldo a sus teorías del caso, principalmente la garantía del contradictorio. No se puede, entonces, considerar la etapa probatoria como una reunión de información suministrada de la forma y al arbitrio de cada cual; al contrario, se deben seguir los trayectos trazados por el legislador para la introducción o producción de la prueba según su naturaleza.

Se constituye en una mala práctica el convertir la carpeta que originariamente recoge la formalidad de los actos que sustancian la actuación *-tales como las actas y registros, así como las constancias y las*

decisiones judiciales- en la base de consulta para la toma de decisiones de fondo tan importantes como la sentencia; puesto que no es un expediente que a la vieja usanza servía de receptor de los medios de conocimiento, de libre acceso para la consulta y toma de decisiones del juez. De ser así, la fase de juicio oral no tendría cabida, no habría necesidad de convocar a las partes, ya que bastaría la lectura de los documentos aportados desde el descubrimiento; y los testigos suplirían su desplazamiento a los estrados con sus manifestaciones anteriores.

4.2.5. En torno a **Luis Alberto Cuenú, Leomar Peña Vargas y María Elena Cano** no existe ninguna discusión en este tópico, pues todos ellos fueron acusados y condenados en calidad de coautores.

Caso contrario, los resultados del proceso arrojaron que **Motta Álvarez** actuó como determinador del homicidio de Daniel Aguirre Piedrahita, por lo que la Sala debe pasar a resolver si es procedente condenar como determinador a quien fue acusado como autor.

En este sentido, agréguese la siguiente consideración de la Corte Suprema de Justicia:

Como se sabe, la acusación o pliego de cargos constituye un acto sustancial en el que se definen los contornos fáctico, jurídico y personal de la pretensión punitiva del Estado respecto del sujeto pasivo de la acción penal, y con base en ésta es carga del aparato judicial, en la fase de juicio, quebrar la presunción constitucional de inocencia que ampara a todo ciudadano, razón por la que ese acto debe estar depurado de vacíos y ambigüedades que resulten lesivas de la citada garantía y en particular del derecho a la defensa inherente a aquella condición, pues una vez en firme los cargos endilgados en la acusación al procesado, éste obtiene la seguridad de que, en el peor de los eventos, no recibirá un fallo adverso por aspectos no previstos en esa resolución.

Desde esa perspectiva, la precisión de la acusación constituye una barrera que le impide al juez agravar la situación del acusado para sustentar su responsabilidad en hechos o circunstancias no discutidos ni deducidos en forma expresa en ese acto procesal estructural, y por contera no puede modificar el núcleo fáctico de los cargos atribuidos, ni suprimir circunstancias atenuantes reconocidas acerca de los mismos o incluir agravantes no contempladas para estos, so pena de infringir el denominado principio de congruencia, que no es más que la estricta correspondencia entre la acusación y la sentencia¹¹³.

¹¹³ C.S.J. SP19677-2017 de 23 de noviembre de 2017 M.P. Eugenio Fernández Carlier Rdo. 36487

Sea pertinente anexar la siguiente cita de la alta Corporación¹¹⁴:

Así, tiene precisado la Sala¹¹⁵ que las variaciones en el fallo referidas a la forma de participación respecto de la modalidad deducida en el pliego acusatorio, en cuanto no comporten agravación punitiva, como ocurre con los grados de coautoría y determinación, no configuran desconocimiento de la consonancia o armonía que debe existir entre las dos providencias, siempre y cuando, claro está, tales modificaciones respeten el marco fáctico de la acusación.

Lo anterior se explica porque “la ley no exige total identidad o armonía perfecta entre la acusación y la sentencia; lo constituido es una garantía de que el proceso gravite en torno a un eje conceptual, fáctico u jurídico, circunscrito a unos límites dentro de los cuales puede desenvolverse, que le permiten incluso cambiar el delito en cuanto su especie, siempre que no desborde el marco fáctico señalado en la providencia calificatoria ni agrave la situación del sindicado”¹¹⁶.

Teniendo en cuenta lo dicho en este acápite de la providencia deviene posible variar la participación del encartado, siempre y cuando no se transgreda el núcleo fáctico –conocido en la imputación y en la acusación¹¹⁷–, no implique agravación de la situación jurídica del procesado y no afecte los derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes.

Estas condiciones se cumplen en el caso analizado:

Que la nueva variación respete el núcleo fáctico

El principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

¹¹⁴ C.S.J. auto de 27 de julio de 2009 M.P. María del Rosario González de Lemos Rdo. 31111

¹¹⁵ [cita inserta en el texto transcrito] Ente otras, sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824 y sentencia del 15 de junio de 2000, rad. 12372.

¹¹⁶ [cita inserta en el texto transcrito] Sentencia del 22 de junio de 2006, rad. 24824.

¹¹⁷ Al respecto, C.S.J., SP15779-2017 de 27 de septiembre de 2017 M.P. Éyder Patiño Cabrera Rdo. 46.965

Al respecto se tiene que desde un comienzo *-en la formulación de imputación la Fiscal-* la Fiscal le comunicó a **Argemiro Motta Álvarez** de su rol dentro de los hechos que terminaron con la vida de Daniel Aguirre; incluso, la representante del estado le indicó el contenido de algunas de las conversaciones con las que contaba la Fiscalía para atribuirle responsabilidad penal en tal suceso criminal.

A **Motta Álvarez** no se le ubicó en la escena de los hechos, ni tampoco se le dijo de qué manera participó en el plan criminal en calidad de coautor; por el contrario, desde un comienzo se advirtió su cercanía con **María Elena** y con **Luis Alberto**, siempre se le atribuyó la conducta de insertarle el plan criminal a su referido amigo por solicitud de su entonces compañera sentimental.

Así que resulta palmario que el núcleo fáctico es comprensivo de los hechos que sirven de sustento para la condena por el delito de homicidio agravado en calidad de determinador; los elementos que estructuran los hechos, en el caso de **Motta Álvarez**, desde un comienzo fueron compatibles con la calidad de determinador, circunstancia que por supuesto le permitió ejercer a plenitud su derecho a la defensa, porque era posible que solicitara pruebas tendientes a controvertir los hechos que se le imputaron fáctica y jurídicamente.

En esta oportunidad, se respeta el núcleo fáctico de la conducta punible imputada en la acusación, y, por tanto, se cumple el primero de los requisitos a los que se ha hecho mención; en esos términos la variación de la calificación, no desconoce el principio de congruencia, garantizando las reglas del debido proceso en su estructura básica y la garantía de defensa que concierne al acusado.

La variación de la calidad en que el procesado actuó en esta oportunidad conserva el aspecto fundamental de los hechos, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido la oportunidad de desvirtuarlos mediante el aporte de pruebas o controvirtiendo el alcance dado a ellos a través de argumentaciones de carácter intelectual.

En ese orden argumentativo, debe decirse que el cambio de participación de **Argemiro Motta Álvarez** de coautor a determinador del delito de homicidio, repercute en cuanto a su derecho de defenderse de tal participación en torno al agravante contenido en el numeral 7 del canon 104 del C.P. y al delito de porte ilegal de armas de fuego (*que se endilgó a los demás acusados en calidad de coautores*).

Ello, por cuanto al haberse participado como determinador del homicidio, la defensa de **Motta Álvarez** no tuvo la oportunidad de debatir: i) si está determinación *-del homicidio-* se encontraba o no la idea de realizar el crimen colocando a la víctima en situación de indefensión e inferioridad, utilizando o no un arma de fuego *-que fue portada de manera ilegal-*, o si esa determinación del procesado en torno al resultado homicidio conlleva o no a la aceptación automática de la forma que los coautores decidan realizar el hecho.

En consecuencia, **Motta Álvarez** deberá responder como determinador del homicidio de Daniel Aguirre Piedrahita sin las circunstancia de agravación punitiva de que trata el ordinal 7 del canon 103 ni con el delito de porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones de que trata el artículo 365 inciso 3 numeral 5° del Código Penal; lo cual se verá reflejado en la redosificación punitiva del acápite siguiente de este proveído.

Que no agrave la situación jurídica

A partir del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 y de lo dicho por la jurisprudencia, ninguna discusión suscita el hecho de que la pena a imponer al coautor corresponde a la misma que al determinador¹¹⁸.

Luego en el caso de trato, también se cumple con la citada exigencia.

Que no afecte derechos fundamentales de otros sujetos intervinientes

Finalmente, la Sala no advierte que con el cambio de participación de **Argemiro Motta Álvarez** de coautor a determinador se vayan a afectar las garantías de otros sujetos intervinientes; al contrario, este ajuste a la realidad jurídica converge con el principio de legalidad, con el paso de un debido proceso y el agotamiento de las fases probatorias, tamizada en la estimación de los medios de conocimiento, son garantía que afirman los derechos de quienes participaron y tenían expectativas en la presenta causa.

C. Redosificación

1. Comoquiera que acá se ha considerado que **Argemiro Motta Álvarez** fue determinador del homicidio de Daniel Aguirre en voces de los artículos 30 y 103 del C.P. y, en consecuencia, se le apartó de la circunstancia de agravación punitiva prevista en la regla 104-7 y del delito de porte ilegal de armas de fuego de que trata el canon 365 inciso 3 numeral 5º; se ha de reducir la pena a él impuesta.

¹¹⁸ C.S.J. SP6450-2017 de 27 de septiembre de 2017 M.P. Eyder Patiño Cabrera Rdo. 50241

En ese orden, se tiene que el delito de homicidio contempla una pena de 208 a 450 meses de prisión; lapso que al dividirse en cuartos queda así (*Art. 61 ídem*):

Cuarto mínimo	Cuartos medios	Cuarto máximo
208 meses a 268 meses y 15 días	268 meses y 16 días a 389 meses y 15 días	389 meses y 16 días a 450 meses

Acorde con lo considerado por el a quo, el Tribunal se ubicará en el primer cuarto de movilidad de donde impondrá el mínimo previsto en la ley, esto es, 208 meses de prisión como pena principal por el delito de homicidio, así como la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por igual lapso de la pena principal¹¹⁹.

Debe indicarse que esta decisión mantiene incólume los fundamentos que tuvo en cuenta el juez de primer grado para negar a **Motta Álvarez** el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

2. Por otra parte, de manera oficiosa¹²⁰ la Sala encuentra necesario pronunciarse en torno a la sanción accesoria de la pena de privación del derecho al porte y tenencia de armas de fuego que se rige por el sistema de cuartos.

Al respecto ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia que «...de acuerdo con el inciso sexto del artículo 51 del estatuto punitivo, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas tiene una duración que va de uno (1) a quince (15) años, situación que le imponía dividir esos límites en cuartos y, luego, siguiendo los mismos criterios que aplicó para tasar la sanción principal, fijar el monto

¹¹⁹ El a quo se ubicó en el primer cuarto comoquiera que la Fiscalía no atribuyó circunstancias de mayor ni menor punibilidad a los acusados (Art. 55 y 58 del C.P.) asimismo, tras valorar las directrices previstas en el canon 61 ídem, impuso a los procesados (a excepción de María Elena Cano) el mínimo de la pena prevista en la ley para el delito de homicidio agravado

¹²⁰ Al respecto, C.S.J., SP2904de 9 de marzo de 2016 M.P. Fernando Alberto Castro Caballero Rdo. 47583

respectivo¹²¹» destacando, la alta Corporación, que un proceder distinto desconocería el principio de legalidad «garantía de estirpe fundamental prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, al amparo de la cual los funcionarios judiciales están obligados a determinar las sanciones, cuando a ello hay lugar, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley¹²²».

En ese orden, el Tribunal debe proceder a fin de restablecer la referida garantía.

Comoquiera que la primera instancia se ubicó en el cuarto mínimo para efectos de dosificar la sanción a imponer por el delito de porte ilegal de armas de fuego agravado y del cual les impuso a los procesados el mínimo de pena privativa de la libertad permitido por la ley, esto es, 216 meses, por lo que lo correcto para la sanción accesoria del derecho al porte y tenencia de armas de fuego se hará con ubicación en el extremo inferior de primer cuarto; es decir, en un año.

Así las cosas, se ha de confirmar el fallo impugnado en lo que fue materia de apelación; al tiempo que se modificará en lo correspondiente a la pena accesoria de privación del derecho al porte y tenencia de armas de fuego para quienes fueron condenados por este delito.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹²¹ C.S.J. sentencia de 16 de marzo de 2016 M.P. Luis Guillermo Salazar Otero Rdo. 37504

¹²² Ídem

RESUELVE:

Primero. Revocar parcialmente el numeral primero de la parte resolutive del fallo apelado en lo que respecta al delito en contra de la seguridad pública y, en su lugar, **absolver a Argemiro Motta Álvarez** por el ilícito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego establecido en el canon 365 inciso 3 numeral 5° del C.P.

Segundo. Modificar el numeral primero de la parte resolutive del fallo de primera instancia el cual quedará así: **condenar a Leomar Peña Vargas y Luis Alberto Cuenú** a la pena de 460 meses de prisión como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado según los artículos 103 y 104-7 del Código Penal, en concurso con fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego establecido en el canon 365 inciso 3 numeral 5° ídem, y a **Argemiro Motta Álvarez** a la pena de 208 meses de prisión como determinador del delito de homicidio de que trata el artículo 103 del mismo ordenamiento.

Tercero. Modificar el numeral tercero de la parte resolutive del fallo de primera instancia en el entendido de:

A. Condenar a Leomar Peña Vargas, Luis Alberto Cuenú y María Elena Cano Cardona a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso máximo previsto en el artículo 51 del C.P. De la misma manera, condenarlos a la privación al derecho a la tenencia y porte de armas de fuego por un año.

B. Condenar a Argemiro Motta Álvarez a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

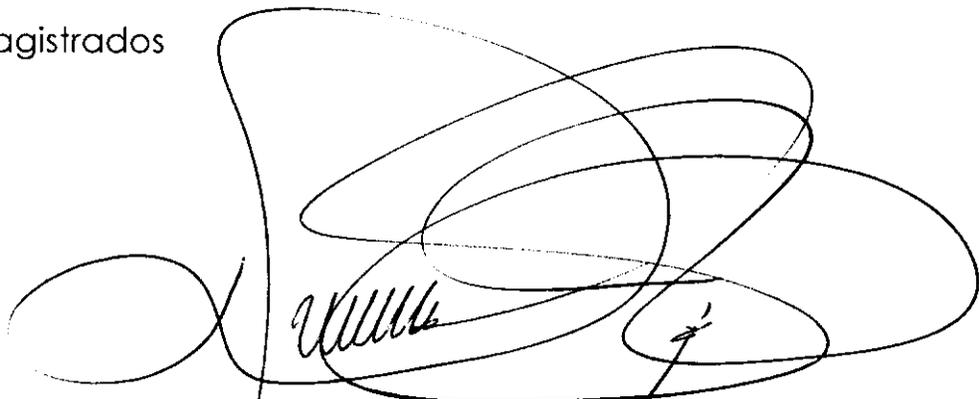
Cuarto. Confirmar la sentencia de fecha, lugar y origen los demás aspectos, pero por las razones expuestas en este proveído.

Quinto. Contra esta decisión procede el recurso de casación.

Sexto. Designese al magistrado ponente para la lectura de este fallo.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados

A large, complex handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a central scribble.

MANUEL ANTONIO MERCHÁN GUTIÉRREZ

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'M' and 'S' followed by a vertical line.

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ

A handwritten signature in black ink, appearing as a horizontal line with a diagonal slash through it.

FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER