El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: HOMICIDIO AGRAVADO / PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN E INMUTABILIDAD DEL JUEZ / RECUENTO JURISPRUDENCIAL / FLEXIBILIZACIÓN DE LOS RIGORES DERIVADOS DE LOS MISMOS / PRINCIPIOS DE LA LIBERTAD E INCUMBENCIA PROBATORIA / PRUEBAS DE REFERENCIA / ESCASO VALOR PROBATORIO / PRUEBAS DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA.**

… el principio de la inmediación, consagrado en los artículos 16 y 454 C.P.P. propende que el Juez quien presidió el juicio sea el mismo quien luego anuncie el sentido del fallo y quien posteriormente profiera la sentencia, lo que, como ya se dijo hace más de una década sirvió de sustento para que en los inicios de la entrada en vigencia del C.P.P. surgiera y estuviera en boga una tesis conocida como la de la inmutabilidad del juez, la cual aconsejaba que la actuación procesal se encontraba viciada de nulidad procesal, por haberse atentando contra del debido proceso, en aquellos eventos en los cuales tenga ocurrencia un cambio de Juez o exista divorcio entre el Juez que presidió el juicio y anunció el sentido del fallo, respecto de aquel que emitió la sentencia.

Pero es de anotar que con el devenir del tiempo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asumido una actitud pragmática con la que ha modulado los rigores de los aludidos principios de inmediación e inmutabilidad, al consagrar una serie de excepciones que inhibían la declaratoria de nulidad de la actuación procesal en caso que en el devenir del juicio tuviera ocurrencia un cambio de Juez. (…)

Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de casación del doce (12) de diciembre de 2012, rad. # 38.512, de manera radical limitó aún más las consecuencias procesales que generarían la eventual vulneración de dichos principios, los que, según el decir de la Corte, no son absolutos por no hacer parte del núcleo esencial del Debido Proceso. Por ello, dicha Alta Corporación, en ese precedente llegó a la conclusión consistente en que en aquellos eventos en los cuales en la etapa del juicio se presentaba un cambio de Juzgador, no era necesario acudir a la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, porque el nuevo Juez válidamente podía acudir a los registros para así poder emitir la correspondiente sentencia, sin que ello implicara una vulneración de los principios de inmediación e inmutabilidad. (…)

… el recurrente propuso la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel incurrió en un yerro en la apreciación del acervo probatorio, al no percatarse que la Fiscalía, con las pruebas aducidas al proceso, no logró demostrar de manera satisfactoria ni contundente que las voces consagradas en los registros de las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial en efecto correspondían a las del Procesado…

Frente a lo anterior, la Sala dirá que si bien es cierto que la Fiscalía no allegó al juicio las pruebas científicas o forenses del caso con las cuales podía demostrar que alguna de las voces que aparecían en los registros de las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial correspondían a las del Procesado ONB. De todas maneras, acorde con los postulados del principio de la libertad probatoria, la Fiscalía podía acudir a otras pruebas a fin de acreditar tal hipótesis, como en efecto ocurrió cuando el Ente Acusador enmendó tal falencia probatoria con los testimonios de los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN.

Para poder demostrar la anterior hipótesis, necesariamente se ha de tener en cuenta que el principio de la libertad probatoria se encuentra consagrado en el artículo 373 C.P.P. y persigue como propósito principal el de concederle a las partes la posibilidad de probar los hechos con los que soportan sus pretensiones por cualquier medio probatorio siempre y cuando este no sea ilícito o que no resulte ser impertinente o inconducente. (…)

… acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte. (…)

… se debe anotar que por contrariar la prueba de referencia, varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad , se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P., se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ha servido de soporte a la denominada teoría de “la prueba de corroboración periférica”, se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba de referencia, con dichos medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 350 del 4 de abril de 2019. H: 3:00 p.m.

Pereira, cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Hora: 8:15 a.m.

Procesado: ONB

Rad. # 66001-60-00-000-2011-00145-06

Delito: Homicidio agravado, concierto para delinquir y otros delitos

Procedencia: Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia (Quindío)

Asunto: Resuelve sendos recursos de apelación interpuestos por la Fiscalía y la Defensa en contra de sentencia mixta.

Tema: Principio de inmediación e inmutabilidad del Juez; yerros en la apreciación de las pruebas frente a la acreditación de la participación del procesado en la comisión de los delitos presuntamente endilgados en su contra; principios de libertad e incumbencia probatoria.

Decisión: Confirma y modifica fallo opugnado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar los sendos recursos de alzada interpuestos por la Fiscalía y por la Defensa en contra de la sentencia de contenido mixto proferida por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia (Quindío), en las calendas del dieciséis (16) de febrero de 2.017 dentro del proceso que se le siguió al ciudadano **ONB**, quien fue llamado a juicio por parte de la Fiscalía General de la Nación por incurrir en la presunta comisión de los delitos de: Concierto para delinquir agravado; Homicidio agravado; Tráfico de estupefacientes; Tentativa de homicidio agravado y Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**SINOPSIS DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:**

Acorde con lo consignado por la Fiscalía en el escrito de acusación, se dice que en varios municipios del Departamento de Risaralda opera una organizada estructura criminal conocida como *“Cordillera”*, la cual tiene como su principal objeto social el dedicarse al expendio y la comercialización de sustancias estupefacientes. De igual manera, en dicho libelo se aduce que la organización criminal de marras, a partir del año 2.004, fue permeada por paramilitares, lo que implicó su expansión territorial, en la que a sangre y a fuego se apropió de algunos de los territorios en donde operaban otras bandas delincuenciales que ejercían actividades similares.

Adujo la Fiscalía en la acusación que gracias a una serie de pesquisas adelantadas por los sabuesos de la policía judicial, vg. labores de vecindario, seguimientos, interceptaciones telefónicas, etc… pudieron enterarse que entre uno de los principales cabecillas de la banda criminal conocida como *“Cordillera”* se encontraba el ciudadano ONB, quien dentro del organigrama de la organización criminal tenía a su cargo todo aquello que tenía que ver con el transporte y custodia de estupefacientes, así como el llevar a cabo los cobros y ajustes de cuentas, para lo cual, en asocio de otros miembros de la banda, entre ellos: *(A) Mao; (A) Ñoño; (A) Magú, (A) Fresa* y *(A) Bob Esponja*, se encargaba de la coordinación de los homicidios selectivos a los que tuviera lugar mediante el empleo de sicarios.

De igual manera, en la acusación, además de sindicar al ciudadano ONB como uno de los integrantes, en calidad de cabecilla, de la banda denominada como *“Cordillera*”, lo que implicaba que su comportamiento se adecuara en el delito de concierto para delinquir agravado, también se le endilgaron cargos por haber intervenido, a título de coautor, en la específica presunta comisión de los siguientes delitos:

* El homicidio perpetrado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA, y la tentativa de homicidio de la cual resultó victima la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, delitos estos que tuvieron ocurrencia en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010 en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López”*, cuando en plena vía pública de ese sector unos sicarios, quienes habían sido contratados por ONB, emboscaron a DARWIN HERNANDO SILVA, a quien sorpresivamente, con armas de fuego calibre 9 mm y .38, acribillaron a balazos en el momento en el que en una motocicleta iba a ingresar a su residencia en compañía de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, la cual, como consecuencia del atentado, resultó también lesionada por varios impactos de armas de fuego.
* El homicidio del cual resultó siendo víctima el sujeto conocido como CÉSAR AUGUSTO CASTILLO FAJARDO (A) *“Centella”*, quien en vía pública del barrio Samaria I, el 13 de julio de 2.010 fue ultimado a balazos por unos sicarios.
* La incautación de 1.039 kilos de marihuana que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2.010 un inmueble ubicado en el barrio La Pradera del municipio de Dosquebradas. En dicho operativo fue capturado el ciudadano RICARDO GAVIRIA DÍAZ.
* La incautación de 500 kilogramos de marihuana encontrados durante una diligencia de allanamiento y registro efectuada el 23 de agosto de 2.010 en un predio denominado como *“Gualanday”* ubicado en el corregimiento de *“la Florida”,* sector *“la Bananera”* de esta municipalidad*.* En dicho operativo fue capturado el ciudadano ARNULFO LONDOÑO.
* La captura del ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) *“La Gata”*, el 9 de mayo de 2.010 cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como *“La Churria”*, para abastecer a las diferentes *“ollas”* que funcionan en ese sector. Evento este que era coordinado por ONB, a quien el sujeto conocido (A) *“Mao”*, le informó de lo acontecido para que procurara los servicios de un Letrado que asesorara a (A) *“La Gata”*.
* El hallazgo de un arma de fuego tipo pistola, calibre 9 mm, marca *Jericho*, la cual tenía vencido los respectivos permisos para su porte, así como de 3 proveedores con 27 cartuchos de calibre 9 mm. Dicho material bélico fue encontrado en poder del ciudadano ONB durante una diligencia de allanamiento y registro celebrada el 9 de diciembre de 2.011 en un inmueble ubicado en la calle 8ª # 5-53 del municipio de Cartago.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Con ocasión de la captura del ciudadano ONB, la cual tuvo lugar como consecuencia de una orden librada en su contra, el 11 de diciembre de 2.011 fue presentado ante el Juzgado 13 Penal Municipal de Cali, con Funciones de Control de Garantías, en donde se llevaron a cabo las audiencias preliminares del caso, en las cuales: a) Se le impartió legalidad tanto a la diligencia de allanamiento y registro como a la captura del entonces indiciado; b) Al Procesado ONB se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir agravado; homicidio agravado; tentativa de homicidio agravado; porte de armas de fuego y tráfico de estupefacientes; c) Al Procesado de marras se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. Como quiera que en esas audiencias preliminares el Procesado ONB se allanó a los cargos, el conocimiento de la actuación le fue asignado para los fines pertinentes al entonces Juzgado Adjunto al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, ante el cual el 7 de marzo de 2.012 tuvo lugar la audiencia de verificación del allanamiento a cargos, durante la cual el Procesado expresó su deseo de retractarse de su decisión de allanarse a los cargos, la cual, según su decir, fue producto de unas presiones e intimidaciones a las que fue sometido por parte de la Fiscalía en connivencia con el Letrado que para ese entonces lo representaba.
3. En audiencia celebrada el 30 de marzo de 2.012, el Juzgado Cognoscente resolvió no aceptar la retractación, decisión en contra de la cual se alzó la Defensa, pero como quiera que dicho recurso de apelación no se concedió, la Defensa procedió a interponer un recurso de queja.
4. El recurso de queja fue desatado por esta Colegiatura mediante auto del 14 de mayo de 2.012, en el que se concedió el recurso de apelación interpuesto por la Defensa, recurso este último que posteriormente fue desatado mediante auto del 29 de junio de 2.012, en el cual la Colegiatura resolvió aceptar como válida la retractación que el Procesado ONB efectuó de su deseo de allanarse a los cargos.
5. Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía el 30 de julio de 2012 procedió a presentar el correspondiente escrito de acusación, cuyo conocimiento le fue asignado al entonces Juzgado Adjunto al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Pereira, ante el cual tuvo lugar la audiencia de acusación, la que se inició el 14 de septiembre de 2.012, y luego de muchas vicisitudes concluyó el 13 de noviembre de 2.012.
6. En la audiencia de acusación, la Fiscalía le enrostró cargos al Procesado ONB, por incurrir, en calidad de coautor, en la presunta comisión de los delitos de: a) Homicidio agravado, tipificado en el # 7º del artículo 104 C.P. b) Tentativa de homicidio agravado; c) Concierto para delinquir agravado, tipificado en el artículo 340 C.P. c) Tráfico de estupefacientes, tipificado en el artículo 376 C.P. y e) Tráfico de armas de fuego de defensa personal, tipificado en el artículo 365 C.P.
7. La audiencia preparatoria se inició el día 29 de enero de 2.013 y luego de múltiples percances, prosiguió los días 19 de abril y 19 de junio de 2.013. Mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en las siguientes calendas: a) Del 13 al 14 de agosto de 2.013; b) Del 7 al 10 de abril 2.014; c) El 25 de agosto de 2.014.
8. Como quiera que el 25 de agosto de 2.014 el titular del Juzgado Cognoscente se declaró impedido, el conocimiento del proceso le fue asignado al Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia (Quindío), ante el cual, luego de múltiples percances y vicisitudes, se prosiguió con la celebración del juicio, el que tuvo lugar en las siguientes fechas: a) Del 19 al 22 de mayo de 2.015; b) Del 17 al 20 de noviembre de 2.015; c) Del 2 al 4 de febrero de 2.016; d) Del 25 al 29 de abril de 2.016, y e) Del 2 al 6 de mayo de 2.016.
9. El 31 de mayo de 2.016 tuvo lugar la audiencia de anuncio del sentido del fallo, y posteriormente el 16 de febrero de 2.017 se profirió la sentencia, en contra de la cual se alzaron oportunamente tanto la Fiscalía y como la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia de contenido mixto proferida por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia (Quindío), en las calendas del dieciséis (16) de febrero de 2.017, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado ONB, por incurrir en la comisión de los delitos de: I) Homicidio agravado; II) Concierto para delinquir, y III) Tráfico de armas de fuego de defensa personal. E igualmente se absolvió al Procesado de marras de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la comisión de los delitos de: Tráfico de estupefacientes y Tentativa de homicidio agravado.

Como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad penal del procesado ONB, acorde con los cargos que le fueron endilgados en su contra por incurrir en la comisión de los delitos de Homicidio agravado; Concierto para delinquir, y Tráfico de armas de fuego de defensa personal, el acusado fue condenado a purgar una pena principal de 480 meses de prisión, lo que implicó que no se le reconociera el disfrute de subrogados penales ni de sustitutos de la pena.

Los argumentos aducidos por el Juzgado de primer nivel para poder decretar la responsabilidad criminal del procesado ONB, se pueden resumir de la siguiente manera:

* En lo que tenía que ver con el delito de homicidio agravado perpetrado en quien en vida respondía por el nombre de DARWIN HERNANDO SILVA, quien fue ultimado a balazos por unos sicarios en vía pública del barrio *“Alfonso López”,* cuando se encontraba desprevenido en compañía de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, en el fallo confutado se adujo que la responsabilidad criminal que por tales hechos le fuera enrostrada al Procesado ONB, afloraba de la prueba documental en la que se consignaron las diferentes interceptaciones telefónicas que la Policía Judicial le efectuó a una serie de conversaciones cifradas y cripticas que sostuvieron entre si varios de los compinches del Procesado ONB, Vg. *(A) Achis; (A) Mao* y *(A) Ñoño,* así como lo que Él conversó con Ellos.

Dichas conservaciones tuvieron lugar antes, durante y después de la comisión del asesinato de quien en vida respondía por el nombre DARWIN HERNANDO SILVA, y estaban relacionadas con las labores de coordinación adelantadas ONB para: la obtención de las armas de fuego con las cuales se iba a llevar a cabo el atentado criminal, en especial de una pistola *“Jericho”*; el sitio en donde inicialmente se iba a perpetrar el homicidio: en una cancha de futbol del barrio *Boston*; el lugar en donde se ocultarían los sicarios después de perpetrar el *golpe*, y a partir de cuándo los asesinos podían abandonar de manera segura esta municipalidad.

De igual manera, en el fallo confutado se adujo que si bien es cierto que ante la negativa asumida por el Procesado ONB para que no se llevara a cabo una diligencia de cotejo de voces, de todos modos no existía duda alguna que el Procesado de marras, como consecuencia de las atestaciones de los policiales ALFONSO RAMÍREZ y ERICK RICHARD CARDONA, fue identificado como una de las personas que intervinieron en las conversaciones telefónicas interceptadas, lo que se debe a que los policiales de marras durante el tiempo que estuvieron a cargo de esas labores en la Sala de interceptaciones, de tanto oírlos hablar se encontraban en capacidad de poder distinguir la procedencia de las voces de los interlocutores como consecuencia del tono y del empleo de ciertos tropos y muletillas, como bien aconteció en el caso de ONB.

En suma, en el fallo opugnado se concluyó que el procesado ONB intervino en calidad de coautor, en la modalidad de la coautoría impropia, en la comisión del delito de homicidio de DARWIN HERNANDO SILVA, debido a que dicho reato se llevó a cabo con división de trabajo para conseguir una finalidad que no era otra diferente que la de segarle la vida al hoy finado DARWIN HERNANDO SILVA, respecto de lo cual el Procesado tenía el dominio del hecho.

* Con los testimonios rendidos por los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA; ALFONSO RAMÍREZ y ERICK RICHARD CARDONA, así como lo que atestó DERÍAN DE JESÚS MUNERA, aunado con lo consignado en las diferentes interceptaciones telefónicas, se demostró la existencia de la organización criminal conocida como *“Cordillera”*, como era su *modus operandis*, el cual básicamente radicaba en el expendio de sustancias psicotrópicas, quienes eran sus integrantes y la división de funciones habidas entre Ellos. De igual manera con dichas pruebas se acreditó la militancia del procesado ONB en dicha banda, quien ostentaba un puesto de relevancia y de liderazgo al interior de la misma, y entre sus funciones estaba la de coordinar la perpetración de asesinatos selectivos, como bien aconteció con el del finado DARWIN HERNANDO SILVA, el cual tenía como finalidad sacarlo del camino para así apropiarse de una zona del barrio *San Judas* en donde el hoy óbito se dedicaba al narcotráfico.
* Las pruebas allegadas al proceso demostraban que el procesado ONB se encontraba inmerso en la comisión del delito de Tráfico de armas de fuego de defensa personal, debido a que conforme con las pruebas forenses se demostró que en la perpetración del delito de homicidio del finado DARWIN HERNANDO SILVA, se utilizaron armas de fuego calibres .38 y 9 mm, a lo que se le debía aunar que acorde con el contenido de las interceptaciones telefónicas, se tiene que antes de la ocurrencia de los hechos de sangre, el Procesado de marras estuvo requiriendo al fulano conocido como *(A) “Mao”* para que consiguiera una pistola marca *“Jericho”,* las cuales suelen ser de calibre 9 mm, para que los sicarios la utilizaran en el atentado criminal, así como un revolver de calibre .38.
* Asimismo, en el fallo opugnado también se dijo que no existía duda alguna que en el proceso estaba acreditado que cuando el Procesado ONB fue capturado, durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro, se le encontró en su poder una pistola, calibre 9 mm, marca *Jericho*, la cual para ese entonces tenía vencido los respectivos permisos para su porte. De igual manera, el encausado también portaba 3 proveedores con 27 cartuchos de calibre 9 mm.

Con base en lo anterior, el Juzgado *A quo* concluyó que al ser sorprendido el Procesado ONB cuando portaba un arma de fuego que tenía vencido el permiso para su porte, se puso en peligro el interés jurídicamente protegido que este caso sería la seguridad pública, porque él sabía y tenía conocimiento que con ese actuar estaba incurriendo en una conducta ilícita, ya que se trataba de un arma de fuego que se encontraba cargada, aunado a que tenía en su poder 2 proveedores más.

Por otra parte, en lo que corresponde con los argumentos invocados por el Juzgado *A quo* en el fallo confutado para absolver al procesado ONB de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la comisión de los delitos de Tráfico de estupefacientes y Tentativa de homicidio agravado, en dicha sentencia se dijo lo siguiente:

* Pese a estar demostrado que la ciudadana KAROL NIDIA RUEDA ROMERO sufrió un daño en su integridad corporal como consecuencia de las lesiones que le fueron infligidas por unos proyectiles disparados por un arma de fuego durante el atentado criminal en el cual perdió la vida el Sr. DARWIN HERNANDO SILVA, lo que puso en riesgo su vida. De igual manera con las pruebas allegadas al proceso no se demostró que el procesado ONB haya intervenido en la comisión de ese delito como coautor porque respecto de esa delincuencia carecía del dominio del hecho, ya que acorde con el contenido de las interceptaciones telefónicas se demostró que el plan fraguado por los conspiradores tenía como su único propósito el asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA y en momento alguno se contempló la intención de atentar en contra de la vida de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA.
* En el proceso se demostró por parte de la Fiscalía la ocurrencia de tres episodios relacionados con la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, los cuales tenían que ver con las incautaciones de: a) 12 kilos de marihuana que era transportaba por CESAR AUGUSTO FLÓREZ *(A) “La Gata”,* lo que tenía como finalidad abastecer varias *“ollas”* que funcionaban en el barrio *“La Churria”*; b) 1.059 kilogramos de marihuana en el interior de un inmueble ubicado en el barrio *“La Pradera”* del municipio de Dosquebradas: c) 490,6 kilogramos de marihuana en un predio denominado como *“Gualanday”*, ubicado en área rural del municipio de Pereira.

Pero de igual manera, pese a lo anterior, el acervo probatorio también demostraba que el procesado ONB no fungió como coautor en esos episodios relacionados con el tráfico de estupefacientes ya que respecto de esas delincuencias no se sabe cuál fue el rol ni el aporte determinante prestado por el Procesado quien no tenía el dominio funcional de los hechos, porque lo único que hizo fue prestar una especie de ayuda posterior luego de que los hechos tuvieran ocurrencia, como ocurrió en el caso de CESAR AUGUSTO FLÓREZ *(A) “La Gata”,* del cual se tiene que acorde con el contenido de las conversaciones telefónicas interceptadas, solo fue contactado para que buscara a un abogado para que representara judicialmente a *(A) “La Gata”.*

* En lo que tenía que ver con los cargos endilgados en contra del Procesado ONB por haber participado en la comisión del delito de homicidio de quien en vida respondía por el nombre de CESAR AUGUSTO CASTILLO FAJARDO *(A) “Centella”,* en el proceso no existía prueba alguna que comprometiera la responsabilidad penal del Procesado de marras por tales hechos delictivos, ya que la prueba aducida por la Fiscalía, la cual tiene que ver con una interceptación de una conversación telefónica que data del 13 de julio de 2.010, no demostraban nada de la participación del acusado en ese hecho de sangre, siendo lo único que dicha prueba demostraba era una conversación sostenida entre *(A) “Achis”* y *(A) “Ñoño”,* en la cual además de hacerse alusión de un fulano conocido como *“Centella”,* también *(A) “Achis”* le decía a su interlocutor que estuvo llamando a *(A) “Oli”* para informarle que *«habían pintado la casita»,* pero que no obtuvo respuesta alguna del tal *(A) “Oli”*.

**LAS ALZADAS:**

**- El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:**

La inconformidad expresada por el recurrente respecto de lo resuelto y decidido en el fallo confutado tiene que ver con la absolución proferida en favor del Procesado ONB en lo que tenía que ver con los cargos por los cuales fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión de los delitos de: a) Tentativa de homicidio agravado cometido, en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010, en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López*”, en la persona de KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, quien de manera colateral resultó gravemente herida durante el atentado criminal perpetrado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA, y b) Tráfico de estupefacientes, el cual estaba relacionado con la captura del ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A*) “La Gata”*, el 9 de mayo de 2.010 cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como *“La Churria”*, para abastecer a las diferentes *“ollas”* que funcionan en ese sector.

Como tesis para demostrar su inconformidad, el recurrente adujo que con los medios de conocimiento allegados al proceso se pudo demostrar que el procesado ONB si intervino, en calidad de coautor, en la comisión de las anteriores delincuencias por lo siguiente:

* En el proceso estaba demostrado que el Procesado ONB tuvo una participación activa en los actos preparatorios y concomitantes que conllevaron al asesinato de DARWIN HERNANDO SILVA, lo cual quiere decir que no le era ajeno ni indiferente el resultado obtenido por los ejecutores materiales del homicidio.

De igual manera, expuso el apelante que las pruebas habidas en el proceso demostraban que cuando se perpetró el atentado criminal, la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, por estar acompañando a la víctima, de manera colateral resultó lesionada, lo cual era algo previsible para quienes planificaron el ataque porque en el mismo se utilizaron armas de fuego con las cuales de manera indiscriminada y sorpresiva se atacó al objetivo principal del atentado. Además, a ello se le debe aunar que el inicial plan criminal estuvo diseñado para agredir al objetivo durante el intermedio de un partido de futbol que esa misma noche se celebraba en una cancha del barrio *Boston,* pero que no se pudo llevar a cabo ante la presencia de varios policiales en ese sector, pero en el evento que dicho atentado hubiera sucedido, era de esperarse que de manera colateral pudieran salir lesionadas o heridas algunas de las personas que presenciaban ese evento deportivo.

Con base en lo anterior, concluyó el apelante que en el presente asunto quienes planificaron el atentado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA actuaron con dolo eventual, porque desde un principio previeron que otras personas de manera colateral podrían salir heridas, pero que a Ellos eso no les importó con tal que a toda costa se perpetrara el asesinato, como en efecto sucedió.

* La intervención del procesado ONB en el evento relacionado con la incautación de 12 kilos de marihuana que el ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, *(A) “La Gata,* transportaba hacia el barrio *“La Churria”*, no se debe considerar como un hecho aislado sino como una consecuencia de la posición de cabecilla que el Procesado de marras tenía en el seno de la banda *“Cordillera”,* razón por la cual fue contactado por *(A) “Mao”* al parecer con la intención que le encontrara una solución a dicha eventualidad y procurar que el implicado saliera airoso de la misma.

Además, alegó el recurrente que si nada ilícito estaba aconteciendo, no se entendía el por qué los interlocutores de las conversaciones telefónicas interceptadas acudían a un lenguaje críptico y cifrado, al cual, según las reglas de la experiencia, solo acuden las personas que quieran encubrir una delincuencia.

Acorde con los anteriores argumentos, el apelante solicitó la modificación del fallo confutado, en el sentido que también se declare la responsabilidad criminal del procesado ONB por incurrir en la comisión de los delitos de Tentativa de homicidio agravado y Tráfico de estupefacientes.

**- El recurso de apelación interpuesto por la Defensa:**

Al sustentar el recurso de alzada interpuesto en contra de la sentencia confutada, la Defensa propuso dos tesis con las cuales pretende demostrar lo erróneo de la condena impuesta en contra del procesado ONB.

La primera de dichas tesis consistía en manifestar que al Procesado ONB en el devenir del juicio se le vulneraron sus derechos y garantías fundamentes, porque se conculcó el principio de la inmediación, lo que implica que se deba decretar la nulidad de la actuación procesal para que de esa forma se dé inicio a un nuevo juicio.

Para demostrar la ocurrencia de la causal de nulidad denunciada, el apelante adujo que el proceso, en manifiesta contradicción de lo reglado en el artículo 454 C.P.P. el juicio se extendió de manera interrumpida por el lapso de 46 meses: el juicio se inició el mes de julio de 2.013, concluyó en el mes de mayo de 2.016 y la sentencia solo se vino a proferir casi un año después; lo que dista mucho más allá de lo que debe ser considerado como razonable o tolerable. Tal demora, en sentir del recurrente, incidió negativamente en la memoria de lo sucedido en el trámite procesal, tanto es así que en muchas de las sesiones los intervinientes en sus alegaciones incurrieron en imprecisiones e inconsistencias.

A lo anterior se le debía aunar que el juicio en su devenir fue presidido por cuatro jueces diferentes, ante quienes en diferentes momentos se practicaron las pruebas allegadas por las partes, pero con la novedad consistente en que el ultimo Juez que lo regentó, pese a haber recaudado unas pruebas, fue quien emitió el anuncio del sentido del fallo y profirió la sentencia condenatoria, la cual prácticamente se alimentó de muchas pruebas en las que no participó ni inmedió, porque, reitera el apelante, esas pruebas fueron practicadas por los otros jueces que antecedieron a quien dictó la sentencia, las cuales tuvieron una notoria incidencia en el juicio de declaratoria de responsabilidad criminal proferido en contra del Procesado ONB.

En suma, como consecuencia de la vulneración del principio de la inmediación, concluye el apelante que en el presente asunto se debe decretar la nulidad del proceso y ordenar la repetición del juicio.

La segunda de la tesis formulada por el apelante, estuvo concentrada en formular una serie de críticas en contra de las pruebas con las cuales se cimentó el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del acusado por haber incurrido en la comisión de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir y tráfico de armas de fuego[[1]](#footnote-1), con las cuales, según el apelante, en momento alguno fue posible socavar la presunción de inocencia que le asistía al procesado ONB, por lo que en consecuencia debió haber sido favorecido con un fallo absolutorio.

Entre las pruebas cuyo poder suasorio cuestiona el apelante, se encuentran:

* Los documentos que contienen las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas, los que se tratan de unos audios ininteligibles respecto de los cuales no se tiene certeza alguna que el encausado sea uno de los interlocutores que participó en dichas conversaciones porque la Fiscalía en ningún momento se dignó en llevar a cabo una prueba de cotejo de voces para esa forma demostrar que efectivamente una de las voces que aparecía en las grabaciones correspondía a la del Procesado ONB.

Asimismo el recurrente adujo que es falso lo que se dijo en la sentencia condenatoria respecto a que el Procesado se negó a que se le tomara unas muestras de su voz para que se pudiera llevar a cabo la aludida diligencia de cotejo, ya que siempre estuvo presto para la práctica de la aludida diligencia, y pese a ello la Fiscalía, para suplir sus falencias, prefirió acudir a los testimonios de los policiales encargados de las interceptaciones, quienes no son expertos en las ciencias forenses de reconocimiento de voces, para de esa manera, con base en las declaraciones de unas personas que no detentaban la condición de peritos, pretender dar por demostrado algo que con esa prueba pericial no se podía demostrar.

* La sentencia se fundamentó en pruebas de referencia porque los testigos de la Fiscalía ERICK RICHARD CARDONA; JOSÉ MILLER LOAIZA y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, cuando declararon sobre las supuestas andanzas criminales del Procesado ONB, lo único que hicieron fue replicar la información que obtuvieron de unas fuentes indeterminadas y abstractas, de las cuales nunca se supo su identidad ni quienes eran.

Igual situación aconteció con lo atestado por el Sr. DERIAM DE JESÚS MUNERA, quien lo único que hizo fue replicar comentarios callejeros que a él le habían dicho terceras personas indeterminadas.

**LAS RÉPLICAS:**

En la actuación existe un memorial presentado por la Fiscalía en calidad de no recurrente, el cual tiene como finalidad desvirtuar las tesis de la inconformidad a las que acudió el apelante para sustentar la alzada, pero la Sala no atenderá los alegatos del no recurrente debido a que los mismos fueron presentados en las calendas del 6 de marzo de 2.017, lo que nos quiere decir que se allegaron al proceso de manera extemporánea.

Para demostrar la anterior hipótesis, se ha de tener en cuenta que la sentencia fue proferida el 16 de febrero de 2.017, lo que nos quiere decir, acorde con lo reglado en el artículo 179 C.P.P. que el termino de 5 días que tenían los apelantes para sustentar la alzada fenecía el 23 de febrero de 2.017, y a partir del día siguiente, o sea el 24 de febrero, por ministerio de la ley empezaba a correr otro termino de 5 días para que los no recurrentes pudieran ejercer el derecho de réplica, el cual expiraba el 2 de marzo.

Como quiera que la Fiscalía presentó sus alegatos de no recurrente el 6 de marzo de 2.017, acorde con la anterior secuencia cronológica, ello nos indicaría que esos alegatos fueron allegados al proceso de manera extemporánea, razón por la que no serán tenidos en cuenta por la Sala al momento de desatar los sendos recursos de alzada.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que ameriten que la Sala de manera oficiosa procede a decretar la nulidad la actuación procesal como herramienta de saneamiento del proceso.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de los recurrentes, considera la Sala que de los mismos se desprende los siguientes problemas jurídicos:

¿La actuación procesal se encuentra viciada de nulidad como consecuencia de que en el devenir del juicio se conculcó el debido proceso en lo que atañe con la vulneración de los principios de inmediación e inmutabilidad del juez?

¿El juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del procesado ONB por haber incurrido en los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir y tráfico de armas de fuego, se sustentó solamente con base en pruebas de referencia?

¿Con las pruebas aducidas por la Fiscalía al proceso, en momento alguno el Ente Acusador pudo demostrar de manera satisfactoria que las voces que aparecían grabadas en los registros magnetofónicos obtenidos como consecuencia de unas interceptaciones telefónicas correspondían a las del procesado ONB?

¿El Juzgado *A quo* cuando decidió absolver al procesado ONB de los cargos por los cuales fue llamado a juicio por incurrir en la presunta comisión de los delitos de Tentativa de homicidio agravado y Tráfico de estupefacientes, incurrió en un yerro en la apreciación del acervo probatorio, el cual demostraba que el Procesado de marras si participó en la comisión de esos reatos en la modalidad de coautor?

**- Solución:**

**1) Cuestiones preliminares:**

Antes de desatar las sendas alzadas interpuestas por las partes, la Sala considera que de manera preliminar es conveniente abordar unos tópicos, los cuales pese a tratarse de asuntos eminentemente transversales, de todas maneras, de una u otra forma tendría algunas repercusiones e incidencias en la decisión que se ha de tomar en el presente asunto.

Para empezar, acorde con la tesis de la discrepancia propuesta por la Fiscalía en su alzada, se desprende que el Ente Acusador de manera tácita se encuentra conforme con la decisión proferida por el Juzgado *A quo* de absolver al procesado ONB respecto de los cargos endilgados en su contra por: a) El homicidio del cual resultó siendo víctima el sujeto conocido como CÉSAR AUGUSTO CASTILLO FAJARDO *(A) “Centella”*, quien fue ultimado a balazos por unos sicarios en vía pública del barrio Samaria I, el 13 de julio de 2.010; b) La incautación de 1.039 kilos de marihuana que tuvo lugar el 12 de septiembre de 2.010 en un inmueble ubicado en el barrio “la Pradera” del municipio de Dosquebradas; c) La incautación de 500 kilogramos de marihuana encontrados durante una diligencia de allanamiento y registro efectuada el 23 de agosto de 2.010 en un predio denominado como *“Gualanday”* ubicado en el corregimiento de *“la Florida”*, sector *“la Bananera”*, del municipio de Pereira.

Decimos lo anterior, debido a que si hacemos un análisis de la tesis de la discrepancia esgrimida por la Fiscalía en la alzada, del contenido de la misma diamantinamente se desprende que el Ente Acusador no dijo nada frente a esas absoluciones, ya que solo expresó su inconformidad en todo aquello que tenía que ver con la absolución proferida en favor del Procesado ONB por los siguientes cargos: a) La tentativa de homicidio agravado perpetrado en contra de KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, el cual tuvo lugar en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010 en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López”*. Es de anotar, como ya es sabido, que el objetivo de ese atentado criminal era DARWIN HERNANDO SILVA, y que la Sra. KAROL NIDIA RUEDA resultó ser una víctima colateral de dicha agresión; b) El tráfico de estupefacientes que tiene relación con la captura del ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A*) “La Gata”*, el 9 de mayo de 2.010 cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como *“La Churria”*, para abastecer a las diferentes *“ollas”* que funcionan en ese sector.

En suma, para la Sala no existe duda alguna, salvo las dos hipótesis expuestas en el párrafo anterior, que la Fiscalía se encuentra conforme con los demás eventos en los que el Procesado ONB resultó absuelto en el fallo opugnado, lo que implica que el proveído confutado deba ser confirmado frente a esos eventos que no fueron objeto de apelación por parte del Ente Acusador.

Asimismo, pese a que la Defensa en la alzada, además de deprecar por la nulidad del proceso, también expresó su inconformidad con la apreciación de las pruebas que sirvieron de soporte para declarar la responsabilidad criminal del Procesado ONB por incurrir en la comisión de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir y tráfico de armas de fuego, pero con la salvedad de que este último reato se refiere a las armas de fuego que se utilizaron para asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA. De igual, manera observa la Colegiatura que en los argumentos expuestos por la Defensa para sustentar su inconformidad con lo resuelto y decidido en el fallo confutado, en momento alguno el apelante ha cuestionado el contenido de los archivos de audios de las interceptaciones de las conversaciones telefónicas efectuadas por la Policía Judicial, puesto que su discrepancia con dicha prueba documental gira en torno de cuestionar la identificación de las voces grabadas en esos registros magnetofónicos y la idoneidad de las pruebas utilizadas para ello. Razón por la cual el apelante adujo que en momento alguno se pudo demostrar que la voz del Procesado ONB correspondía a la de algunos de los interlocutores que hacían parte de las conversaciones interceptadas.

Lo antes expuesto, nos hace concluir que la Defensa de manera tácita e implícita está admitiendo el contenido de las pruebas documentales en las cuales se encuentran grabadas las conversaciones telefónicas que fueron interceptadas legalmente por la Policía Judicial, radicando su única inconformidad en todo aquello que tiene que ver con las pruebas aducidas por la Fiscalía con la intención de pretender identificar al Procesado ONB como una de las personas que participaba en dichas conversaciones *non sanctas.*

Por otra parte, considera la Sala que la Defensa no cumplió de manera satisfactoria con la carga que le asistía de sustentar de manera satisfactoria su desavenencia con la declaratoria de responsabilidad criminal pregonada en contra del acusado ONB por incurrir en la comisión del delito de armas de fuego de defensa personal, cuyos hechos jurídicamente relevantes tienen que ver con el hallazgo en poder del acusado, durante una diligencia de allanamiento y registro celebrada el 9 de diciembre de 2.011 en un inmueble ubicado en la calle 8ª # 5-53 del municipio de Cartago, de una pistola, calibre 9 mm, marca *Jericho*, la cual tenía vencido los respectivos permisos para su porte, así como de 3 proveedores con 27 cartuchos de calibre 9 mm.

Lo anterior se debe a que el apelante en los argumentos que adujo para hacer saber su inconformidad, solo se contentó con aseverar de manera lacónica que *“tampoco fueron de recibo los argumentos relativos a (sic) inocuidad de la conducta de frente al bien jurídico tutelado por la ley sobre la tenencia del arma de fuego (con salvoconducto vencido) en su residencia al momento de la captura por parte del procesado…”[[2]](#footnote-2).* Lo cual para la Sala se constituye en una sustentación indebida, porque en la misma no se expusieron los fundamentos de hecho como de derecho que se tornaban como necesarios para demostrar el por qué la decisión confutada estaba errada, ya que para demostrar esa hipótesis solo se acudió a formular reproches genéricos y abstractos.

Sobre lo anterior, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Conforme se desprende de la norma transcrita, no se somete a duda alguna, la necesidad de sustentar la impugnación, pero la misma norma es clara en señalar que no basta la mera sustentación o defensa de una posición, sino que esa sustentación debe ser la debida, la adecuada, la apropiada al caso. Esto lleva a concluir que no es suficiente la mera exposición de argumentos que tiendan a defender una determinada postura, sino que es preciso que esa argumentación esté orientada a controvertir de manera seria la decisión impugnada, señalando las razones del disenso, destacando cuáles pueden ser las falencias de la providencia y de qué manera tal decisión no resulta acertada y acorde con el ordenamiento, todo ello siempre sin perder de vista el substrato fáctico sobre el cual se realiza el debate. La sustentación debe señalar con claridad qué es lo que se pretende…”[[3]](#footnote-3).

Por lo tanto, al tener ocurrencia el fenómeno de la indebida e inadecuada sustentación del recurso de apelación, a la Sala no le queda otra opción diferente que la de aplicar en contra del apelante la sanción procesal, consagrada en el artículo 179A C.P.P. y en consecuencia denegará el recurso de marras, pero se hará la salvedad consistente en que dicha sanción procesal solo cobijará la inconformidad que por vía de alzada expresó el recurrente en todo aquello que tenía que ver con la declaratoria de responsabilidad criminal del Procesado ONB, relacionada con los cargos de haber sido sorprendido, durante el desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro, portando un arma de fuego, tipo que pistola calibre 9 mm, con unos proveedores, la cual tenía vencido los respectivos permisos para su porte.

Finalmente, en lo que atañe con los cargos por los cuales se declaró la responsabilidad criminal del Procesado ONB por incurrir en la comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, los cuales se cimentaron en las supuestas gestiones de coordinación de las que se valió el acusado para que varios de sus compinches facilitaran las armas de fuego calibre 9 mm y .38 que posteriormente utilizaron los sicarios para asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA, considera la Sala que cuando se profirió la sentencia de 1ª instancia ya se encontraba extinta la acción penal por ese reato al haber operado el fenómeno de la prescripción.

Para demostrar la anterior tesis, se debe tener en cuenta que para la época en la cual se perpetró el homicidio, o sea el 13 de mayo del 2.010, el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal era sancionado con una pena de prisión de 4 a 8 años. Si a ello le aunamos que al Procesado ONB el 11 de diciembre de 2.011, ante el Juzgado 13 Penal Municipal de Cali, con Funciones de Control de Garantías, le fueron imputados cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de marras, ello nos quiere decir que acorde con las reglas consagradas en el artículo 292 C.P.P. en consonancia con el artículo 83 C.P. que en ese momento tuvo lugar el fenómeno de la interrupción del término de prescripción de la acción penal y el inicio de uno nuevo por un lapso igual al de la mitad de la pena máxima, el que en el presente asunto correspondería a 4 años.

De lo antes expuesto se desprende que el plazo que el Estado detentaba para ejercer su potestad punitiva fenecía el 11 de diciembre de 2.015, plazo este que se encontraba más que vencido cuando se profirió la sentencia condenatoria, la cual, como bien se sabe, data del 16 de febrero de 2.017.

Siendo así las cosas, para la Sala no existe duda alguna que para las calendas en la cual se profirió el fallo, el Procesado ONB no podía ser destinatario de una sentencia condenatoria, porque, se insiste, para ese momento, como consecuencia del fenómeno de la prescripción de la acción penal, ya había expirado la capacidad punitiva que detentaba el Estado, y por ende debió haber sido favorecido con un cese de procedimiento.

Por lo tanto, acorde con todo lo dicho hasta ahora, al estar en presencia de una de las hipótesis de improseguibilidad del ejercicio de la acción penal, acorde con la causal del # 1º del artículo 332 C.P.P. la Sala precluirá la actuación procesal que se surtió en contra del procesado ONB por los aludidos cargos, o sea los relacionados con incurrir en la comisión del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal según los hechos ocurridos el 13 de mayo del 2.010, y en consecuencia, en caso que no se acceda a las pretensiones que la Defensa ha propuesto en la alzada, se procederá a redosificar las penas que le fueron impuestas al Procesado de marras en la sentencia de 1ª instancia.

**2.)** **Las alzadas interpuestas por la defensa.**

**2.1) La nulidad del proceso por vulneración del principio de la inmediación.**

La Defensa en la alzada ha denunciado que la actuación procesal se encuentra viciada de nulidad porque en el trámite del proceso al encausado se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, lo que tuvo lugar a partir del momento en el que el juicio fue presidido por diferentes jueces, tanto es así que muchas de las pruebas que sirvieron de sustento al fallo condenatorio, fueron practicadas por unos jueces diferentes de aquel que anunció el sentido del fallo y dictó la sentencia condenatoria, lo cual, para el recurrente se constituyó en una violación del principio de la inmediación.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que pese a ser cierto que como consecuencia de una serie de vicisitudes el proceso en su etapa probatoria fue presidido por diferentes jueces, y que el Juez que anunció el sentido del fallo y profirió la sentencia condenatoria, en su decisión se nutrió de las pruebas practicadas por sus antecesores, de todos modos en momento alguno tuvo ocurrencia un socavamiento de las bases estructurales del debido proceso causadas por la vulneración del principio de la inmediación, por lo que no sería procedente la declaratoria de la nulidad del proceso deprecada por la Defensa.

Lo anterior se debe a que en la actualidad, como consecuencia de los avatares propios de la evolución jurisprudencial, se han modulado los rigores que en un principio generaba el principio de la inmediación cuando en el devenir de un proceso se presentaba la situación administrativa del cambio de jueces, lo cual se debía porque en los albores de la entrada en vigencia de la ley 906 de 2.004, ante el cambio de paradigma de pasar de un sistema procesal penal mixto a uno de corte acusatorio, se tuvo la concepción radical consistente en que como consecuencia del principio de la inmediación, se debía anular el proceso cuando se presentaba un cambio del Juez que presidio el juicio respecto de aquel que emitió la sentencia. Pero en la actualidad, acorde con la línea jurisprudencial trazado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dicha concepción radical ha sido modulada de tal manera que lo que en un principio era la regla general prácticamente se convirtió en la excepción, ya que el cambio de juez *per se* no ocasiona una vulneración del principio de la inmediación.

Para poder llegar a la anterior conclusión, como punto de largada se ha de tener en cuenta que el principio de la inmediación, consagrado en los artículos 16 y 454 C.P.P. propende que el Juez quien presidió el juicio sea el mismo quien luego anuncie el sentido del fallo y quien posteriormente profiera la sentencia, lo que, como ya se dijo hace más de una década sirvió de sustento para que en los inicios de la entrada en vigencia del C.P.P. surgiera y estuviera en boga una tesis conocida como la de la *inmutabilidad del juez,* la cual aconsejaba que la actuación procesal se encontraba viciada de nulidad procesal, por haberse atentando contra del debido proceso, en aquellos eventos en los cuales tenga ocurrencia un cambio de Juez o exista divorcio entre el Juez que presidió el juicio y anunció el sentido del fallo, respecto de aquel que emitió la sentencia.

Pero es de anotar que con el devenir del tiempo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha asumido una actitud pragmática con la que ha modulado los rigores de los aludidos principios de inmediación e inmutabilidad, al consagrar una serie de excepciones que inhibían la declaratoria de nulidad de la actuación procesal en caso que en el devenir del juicio tuviera ocurrencia un cambio de Juez.

Entre las excepciones que a nivel jurisprudencial han modulado los alcances primigenios del principio de la inmediación en la modalidad de la inmutabilidad del juez, bien vale la pena destacar las siguientes[[4]](#footnote-4):

* En aquellos casos en los cuales tuvo ocurrencia un cambio de Juez durante el debate probatorio del juicio, siempre y cuando las pruebas practicadas por el antecesor, por su irrelevancia probatoria, no hayan sido tenidas en cuenta por el nuevo Juzgador o que no se hayan erigido como fundamento de la sentencia[[5]](#footnote-5).
* En aquellas hipótesis en las cuales existan menores de edad como víctimas y durante el juicio se haya presentado cambio de Juez, el nuevo Juez podía dictar sentencia, sin necesidad de anular el proceso, acudiendo a los registros técnicos de las grabaciones de las audiencias. Tal situación no implicaba una violación del principio de inmediación, pues ello es una consecuencia de aplicar el principio *“pro infans”*, con el cual se evitaba una revictimización de los menores con la celebración de un nuevo juicio[[6]](#footnote-6).
* En los eventos en los que el fallo ha sido emitido por un Juez diferente de aquel que presidió el Juicio y dictó el correspondiente anuncio del sentido del fallo, siempre y cuando la sentencia proferida por el nuevo Juez sea respetuosa y congruente con el anuncio del sentido del fallo[[7]](#footnote-7).
* De igual manera, se debe tener en cuenta que el principio de inmediación no opera en sede de la segunda instancia con el mismo rigor que lo hace en la primera, porque, como bien lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, al Juez *Ad quem* le está vedado practicar pruebas, en vista a que debe fundamentar su decisión solamente con base en lo consignado en los registros de las audiencias, los cuales exhiben lo ocurrido ante el Juez *A quo*[[8]](#footnote-8)*.*

Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia de casación del doce (12) de diciembre de 2012, rad. # 38.512, de manera radical limitó aún más las consecuencias procesales que generarían la eventual vulneración de dichos principios, los que, según el decir de la Corte, no son absolutos por no hacer parte del núcleo esencial del Debido Proceso. Por ello, dicha Alta Corporación, en ese precedente llegó a la conclusión consistente en que en aquellos eventos en los cuales en la etapa del juicio se presentaba un cambio de Juzgador, no era necesario acudir a la declaratoria de nulidad de la actuación procesal, porque el nuevo Juez válidamente podía acudir a los registros para así poder emitir la correspondiente sentencia, sin que ello implicara una vulneración de los principios de inmediación e inmutabilidad.

En tal sentido, para ilustrar al apelante en su yerro, consideramos de utilidad traer a colación lo que la Corte ha dicho sobre ese tópico:

“De los anteriores lineamientos surge incontrastable que la nulidad sólo opera como mecanismo excepcionalísimo si se verifica que el cambio en la persona del juez presente en la práctica probatoria esencial, causó grave daño o afectación a derechos de raigambre fundamental pues, frente a ellos debe ceder el principio de inmediación, porque dada su connotación eminentemente procesal no representa un valor constitucional, legal o procesal que deba se acatado de manera absoluta.

Para ese efecto, es imperativo examinar las razones causantes del cambio del funcionario y los derechos que, en concreto, pueden resultar afectados si se invalida la actuación…...”[[9]](#footnote-9).

Como se podrá colegir de lo dicho hasta ahora, es suficiente para concluir que es desacertada la tesis de la nulidad procesal propuesta por la Defensa en la alzada, porque en la actualidad, como consecuencia de los avances jurisprudenciales, no necesariamente se debe decretar la nulidad del proceso, ante una supuesta conculcación del principio de la inmediación, por el simple y mero hecho que en el devenir del proceso haya tenido ocurrencia el fenómeno del cambio de Juez o de Juzgadores de instancias, ya que el nuevo Juez puede válidamente acudir a los registros de las audiencias públicas para con base en ellos poder proferir las decisiones que a bien tengan lugar en su leal saber y entender.

**2.2) La no demostración que la voz que aparece en las grabaciones magnetofónicas de las conversaciones telefónicas interceptaciones por la Policía Judicial corresponde a la del Procesado ONB.**

Mediante el presente cargo, el recurrente propuso la tesis consistente en que el Juzgado de primer nivel incurrió en un yerro en la apreciación del acervo probatorio, al no percatarse que la Fiscalía, con las pruebas aducidas al proceso, no logró demostrar de manera satisfactoria ni contundente que las voces consagradas en los registros de las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial en efecto correspondían a las del Procesado ONB, debido a que tal hipótesis se pretendió demostrar con los testimonios de los policiales encargados de llevar a cabo las interceptaciones, quienes no eran peritos ni expertos en la ciencia de la acústica forense relacionada con el cotejo del voces.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que si bien es cierto que la Fiscalía no allegó al juicio las pruebas científicas o forenses del caso con las cuales podía demostrar que alguna de las voces que aparecían en los registros de las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial correspondían a las del Procesado ONB. De todas maneras, acorde con los postulados del principio de la libertad probatoria, la Fiscalía podía acudir a otras pruebas a fin de acreditar tal hipótesis, como en efecto ocurrió cuando el Ente Acusador enmendó tal falencia probatoria con los testimonios de los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN.

Para poder demostrar la anterior hipótesis, necesariamente se ha de tener en cuenta que el principio de la libertad probatoria se encuentra consagrado en el artículo 373 C.P.P. y persigue como propósito principal el de concederle a las partes la posibilidad de probar los hechos con los que soportan sus pretensiones por cualquier medio probatorio siempre y cuando este no sea ilícito o que no resulte ser impertinente o inconducente.

Frente a dicho principio, de vieja data, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Lo primero que cabe recordar, aunque ya se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal…”[[10]](#footnote-10).

Ahora, para determinar si con los testimonios rendidos por los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, quienes no detentaban la condición de expertos en la ciencia forense del cotejo de voces[[11]](#footnote-11), la Fiscalía cumplió o no con la carga probatoria que la incumbía de identificar que la voz del Procesado ONB correspondía con alguna de las voces que aparecían consignadas en las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial, la Sala procederá a hacer un análisis de lo que los testigos de marras adujeron sobre ese tópico en el juicio:

* El testigo MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO, al ser interrogado sobre el por qué Él consideraba que una de las voces grabadas correspondía a la del Procesado ONB, expuso:

«Con relación a Olimpo, para lograr su identificación, se escuchó a esta persona dentro del proceso de interceptaciones desde el año 2010 cuando integrantes de la misma organización se referían a él como OLIM, y en otras ocasiones ya decían su nombre OLIMPO. Los analistas y suscritos escuchamos en repetidas ocasiones su voz dentro del proceso de interceptación, luego dentro del mismo proceso se hacen una cantidad de labores de verificación, es decir cuando sus integrantes se reunían para planear algo, pues necesariamente salíamos a verificar, y en esas verificaciones pudimos observar a estas personas, es decir lograr ver su físico, en varias ocasiones se pudo observarlo. Además, por información de fuentes humanas nos damos cuenta de que un alias OLIMPO sufrió un atentado en el municipio de Cartago en vía pública por lo que procedimos hacer la respectiva solicitud respecto a ese hecho en concreto, es así como se obtiene de la policía de Cartago la identificación de ONB, de allí nos envían su nombre completo, cedula, datos de ley y aquí ya tenemos dentro del proceso toda esa información. Además, nos informan que esa persona en el momento que se realizó el atentado se desplazaba en un vehículo Hyundai de color verde y placas CJJ 927, vehículo que ya en verificaciones anteriores realizadas por los suscritos habíamos visto en direcciones aportadas o lugares que utilizaban miembros de la organización para reunirse. Una vez se obtiene sus generales de ley se procede a solicitar la respectiva tarjeta de comparación a la Registraduría Nacional del Estado Civil, y además de eso su señoría el número que esa persona aporto cuando se atentó en contra de su vida, este número celular aparece registrado en un proceso de interceptación donde ese número pertenece a Juan Andrés López una persona que en estos momentos se encuentra en proceso de capturado con las personas que anteriormente mencione y esta persona también hace parte de mando medio dentro de la organización. Entonces el número que aporta este señor OLIMPO en momentos en que tiene el atentado es registrado en un proceso de interceptación, donde ese número es utilizado por alias Achís, entonces vemos como hay una relación directa de JUAN ANDRÉS LÓPEZ DÍAZ y ONB. Además de eso al solicitar las sabanas telefónicas de los numero que se encontraban interceptados en su momento, vemos como un numero perteneciente a Mauricio una persona captura y ya condenada por el delito de tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares, vemos como ese número que utilizaba esta persona en su momento fue utilizado por Olimpo para llamar a un número fijo en el municipio de Cartago más exactamente su lugar de residencia, ese número lo utilizaba alias Mao y fue prestado a Olimpo quien en ese momento lo utilizó para comunicarse al fijo de su residencia al 212 4705, que es el mismo número que fue aportado por el mismo señor OLIMPO el día en que sufrió el atentado.

(:::)

Además, algo particular y que identificamos en OLIMPO son las muletillas y en el identificamos que utiliza mucho la muletilla de “amiguito”…».

* El testigo ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, expuso:

«Durante el transcurso de este tiempo cada voz tiene una particularidad y se podría decir que cada ser humano tiene una memoria auditiva, de tanto estar escuchando a una persona ya no es necesario que esa persona diga el nombre para saber de quién se trata, además el timbre de voz de OLIMPO era muy particular, al igual que la muletilla que tenía, él siempre decía “amiguito”, así que sumando todas estas circunstancias llevan a corroborar que efectivamente esa persona a la que venían haciendo referencia como Olim es ONB…».

De lo antes expuesto, se desprende que estamos en presencia de unos testigos que por un lapso aproximado de más de tres años estuvieron monitoreando y escuchando las conversaciones habidas entre los diferentes miembros de la banda criminal *“Cordillera”,* lo que les permitió de alguna forma el poder aguzar el oído de tal manera que pudieron familiarizarse con las voces de cada una de las personas que participaban en esos diálogos, lo que a su vez los facultaba para poder identificar de manera empírica quienes eran los interlocutores como consecuencia de lo tropos y de las demás expresiones verbales que de manera inconsciente eran utilizadas por los contertulios, como bien aconteció con ONB, quien de manera constante utilizaba la muletilla *“amiguito”.* A lo cual se debe aunar que en esas conversaciones siempre se refirieron a Él por su nombre y nunca por un alias, como aconteció en los casos de *(A) “MAO”; (A) “ÑOÑO”* o *(A) “ACHIS”.*

De igual manera, se debe tener en cuenta que las interceptaciones no eran el único medio probatorio que permitió facilitar la identidad del interlocutor que intervenía en las mismas como *“OLI”* u *“OLIMPO”* correspondía a la del ahora Procesado ONB, ya que como bien lo dijeron los aludidos testigos, esas pruebas se deben conjugar con las demás labores de campo desarrolladas por los investigadores, entre las que descolla el atentado criminal perpetrado en la ciudad de Cartago en contra de un sujeto conocido como ONB, lo cual, gracias a los datos suministrados por la propia víctima, entre ellos el número de un teléfono móvil celular, el que correspondía al utilizado por el sujeto conocido en las interceptaciones telefónicas como *“OLI”* u *“OLIMPO”*, le permitió establecer a los investigadores que se trataba del mismo personaje.

De lo antes expuesto, se puede concluir que la Fiscalía con los testimonios rendidos por los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, pudo demostrar de manera satisfactoria que la voz del Procesado ONB correspondía con alguna de las voces que aparecían consignadas en las grabaciones de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Policía Judicial, por lo que acorde con el aludido principio de la libertad probatoria, el Ente Acusador no necesariamente tenía la obligación de acudir a una prueba pericial de acústica forense para demostrar tal hipótesis, porque pese a la mayor idoneidad o solvencia probatoria que esta prueba pericial pueda tener frente a la prueba testimonial, como consecuencia del principio de marras «*el funcionario judicial goza de liberalidad de arribar a un conocimiento con cualquier elemento de convicción,* ***sin que le sea dable exigir uno determinado para cumplir con la obligación de apreciar los medios de prueba****, con respeto a los principios que rigen la sana crítica….»*[[12]](#footnote-12).

De igual manera, la Sala considera que la Defensa, con la tesis propuesta en su alzada, al pretender reprocharle a la Fiscalía el no haber allegado la prueba pericial de acústica forense, la que en su sentir se tornaba como las más idónea y necesaria para poder demostrar que las voces consignadas en las grabaciones de los archivos de audio correspondían a las del Procesado ONB, lo único que pretende es revivir el abrogado principio de la *investigación integral*, el cual consagraba la obligaciones que le asistía a la Fiscalía de recaudar en la investigación todas las pruebas que le fueran favorables o desfavorable a los intereses del procesado. Dicho principio, como ya se sabe, fue abolido a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio, el cual consignó como uno de sus principios fundantes el conocido como el de la *adversariedad*, en virtud del cual dos partes, con pretensiones e intereses contrapuestos, se enfrentan con lealtad ante un Juez imparcial. Escenario este en donde las partes enfrentadas adquieren la obligación de allegar ante el Juzgador de instancia los medios de conocimientos que consideran como necesarios para demostrar sus pretensiones y así poder salir airosos.

Por ello se ha dicho que como consecuencia de la adopción de ese esquema adversarial, en contraposición del aludido principio de la investigación integral surgió el denominado principio de «l*a incumbencia probatoria»*[[13]](#footnote-13)*,* en virtud del cual, en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. en donde se preceptúa que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa, en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

En el caso en estudio vemos como la Defensa se duele que la Fiscalía no haya hecho uso de la recolección un cotejo de voces, para así acudir a la prueba pericial de la acústica forense, con la cual, en su sentir, se podía demostrar si en efecto las voces consignadas en las grabaciones correspondían o no a las del Procesado. Pero es de anotar que si el interés de la Defensa radicaba es desvirtuar o refutar que con las pruebas aportadas por la Fiscalía no se podía demostrar científicamente tal hipótesis, acorde con los postulados del aludido principio de la incumbencia probatoria, era a la Defensa a quien le asistía la obligación de allegar al proceso las pruebas forenses del caso, que le pudieran permitir demostrar que no había consonancia o coincidencia entre la voz del Procesado con aquellas que se encontraban consignadas en los registros de audios obtenidos en las diligencias de interceptaciones telefónicas.

**2.3.) La incorrecta apreciación de las pruebas que demostraban que el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del Procesado ONB se edificó con base en pruebas de referencia.**

Mediante el presente cargo, el recurrente denuncia la ocurrencia de unos yerros de apreciación probatoria en los cuales incurrió el Juzgado *A quo,* quien, en sentir del apelante, dio por demostrada la responsabilidad criminal del Procesado ONB únicamente con base en pruebas de referencia.

Ante tal situación, se torna imperioso por parte de la Sala determinar si en el presente asunto se está en presencia de una prueba única de referencia, que incidiría para que en contra del procesado no fuera posible poder dictar un fallo de condena, como bien lo ordena el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. o si por el contrario, en caso de presentarse alguna prueba de referencia, la misma se encuentra acompañada de otros medios de conocimiento que al ser apreciados de manera conjunta conduzcan hacia la acreditación de manera indubitable del compromiso penal endilgado en contra del procesado, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

Como punto de partida, tenemos que acorde con la definición consignada en el artículo 437 C.P.P. se debe entender como prueba de referencia, todas aquellas declaraciones rendidas por una persona determinada que fueron efectuadas en un escenario ajeno o extraño al juicio oral, las cuales las partes e intervinientes pretenden aducir al proceso con la intención de acreditar o apalancar sus teorías del caso, o de desvirtuar las hipótesis propuestas por su contraparte.

Sobre el concepto de prueba de referencia, la Corte, de antaño, se ha expresado de la siguiente manera:

“La prueba de referencia se refiere entonces a aquel medio de convicción (grabación, escrito, audio, incluso un testimonio), que se lleva al proceso para dar a conocer una declaración practicada por fuera del juicio, con el objeto de demostrar que es verdadero cuando es imposible llevar al testigo por las causas expresamente señaladas en la ley…….”[[14]](#footnote-14).

Ahora bien, a fin de precisar cuándo ante una declaración rendida por fuera del juicio se puede estar en presencia de una prueba de referencia, de igual manera la Corte ha establecido los siguientes criterios:

“En el mismo sentido, esta Corporación concluyó que para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, debe verificarse si está siendo presentada como parte del tema de prueba (como en los casos de injuria, calumnia, falso testimonio o falsa denuncia, entre otros), o si el propósito de la parte es utilizarla como medio de prueba. En este segundo evento, se activa para el acusado (y también para la Fiscalía, según se indicó en precedencia) el derecho a interrogar o hacer interrogar al testigo y, en general, a ejercer el derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153).

(:::)

**En resumen, para determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia, deben tenerse en cuenta criterios como los siguientes: (i) establecer cuál 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 (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar 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**……”[[15]](#footnote-15).

Finalmente, se debe anotar que por contrariar la prueba de referencia, varios de los principios más básicos que rigen al sistema penal acusatorio y al derecho probatorio, entre ellos los principios de contradicción, inmediación, confrontación y publicidad[[16]](#footnote-16), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia sea considerada como admisible, su poder suasorio o de convicción debe ser catalogado o apreciado como ínfimo o precario, siendo esa la razón por la que en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P., se consagró una especie de tarifa probatoria negativa, en virtud de la cual no es posible dictar un fallo de condena cimentado únicamente en pruebas de referencia. Pero es de anotar, como bien lo ha reconocido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[17]](#footnote-17), que ha servido de soporte a la denominada teoría de *“la prueba de corroboración periférica”* [[18]](#footnote-18), se tiene que en aquellos eventos en los cuales la prueba de referencia no se encuentre huérfana y más por el contrario esté acompañada de otros medios probatorios, ya sean estos de naturaleza directa o indirecta, que ratifiquen o abonen lo dicho en una prueba de referencia, con dichos medios de conocimiento, en caso que tengan la contundencia o la relevancia para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, válidamente se puede proferir un fallo de condena.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, de un análisis de los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía al proceso, los cuales a su vez sirvieron de fundamento para que en el fallo confutado se pudiera pregonar el juicio de responsabilidad criminal endilgado en la acusación en contra del Procesado ONB:

**a)** Al analizar los testimonios rendidos por los Sres. HENRY RAMÍREZ y DERIAN DE JESÚS MUNERA, observa la Sala que se está en presencia de unas pruebas de referencia porque a los testigos de marras de manera personal no les constaba los señalamientos que hechos hicieron en contra del Procesado sobre sus andanzas criminales, debido a que esa información la obtuvieron de lo que a Ellos le dijeron terceras personas.

Así tenemos que el policial HENRY RAMÍREZ adujo que se enteró que el Procesado ONB era uno de los cabecillas de la organización criminal conocida como *“Cordillera”* como consecuencia de los informes que a Él le brindaban en su calidad de jefe seccional de la SIJIN los diferentes investigadores que estaban bajo su cargo, pero que nada de ello le constaba porque Él no adelantaba labores de campo en atención a que sus funciones consistían en fungir de coordinador de todas las pesquisas que adelantaban sus subordinados.

Mientras que el testigo DERIAN DE JESÚS MUNERA, lo único que hizo fue replicar una serie de chismorreos y comentarios habido entre varios de los habitantes del municipio de Viterbo, en donde decía que ONB militaba en la banda criminal *“Cordillera”,* por lo que se rumoraba, que en asocio con algunos miembros del “*Clan Alvarado”,* ONBse encontraba implicado en una oleada de asesinatos que tuvo lugar en esa municipalidad.

**b)** De lo atestado por los policiales ERICK RICHARD CARDONA; JOSÉ MILLER LOAIZA y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, se desprende que se está en presencia de una prueba hibrida, puesto que los testigos hacen alusión de hechos de los cuales se enteraron personalmente, como aquellos que tienen que ver con las interceptaciones de las llamadas telefónicas, y de otros, respecto de los cuales tuvieron conocimiento a informaciones le fueron suministradas por terceras personas.

En estos eventos, cuando se está en presencia de una prueba testimonial de contenido mixto, se debe acudir por analogía a la solución consagrada en el artículo 439 C.P.P. para de esa forma escindir la prueba en dos partes: una que será desechada, que correspondería a la información de referencia inadmisible, y otra que será valorada probatoriamente que tendría que ver con los hechos que el testigo haya presenciado directamente con sus testigos.

En el caso en estudio, se desechará todo lo dicho por lo testigos respecto de la información que obtuvieron de ciertas fuentes indeterminadas y abstractas, así como de sicofantes que nunca fueron identificados, la cual se tornaría en prueba de referencia inadmisible[[19]](#footnote-19).

Ahora, en lo que tiene que ver con las atestaciones de los testigos sobre lo que todos lo Ellos declararon sobre las conversaciones que le escucharon al Procesado cuando dialogaba telefónicamente con sus secuaces y conmilitones, la Sala dirá que se está en presencia de una prueba directa y no de una de referencia, porque: a) No se está en presencia de una información que los testigos obtuvieron de un tercero, ya que la fuente de la misma radicó de lo que el Procesado decía de su propia y viva voz; b) Los testigos, al ejercer su labores de monitoreo y de vigilancia, pudieron percibir directamente por sus sentidos lo que esos personajes dialogaban entre todos Ellos; c) La Defensa, durante el contrainterrogatorio pudo ejercer en debida forma su derecho a la confrontación y la contradicción frente a todo aquello que los testigos narraron respecto de lo que le escucharon decir al Procesado cuando dialogaba con sus amigotes; e) El tema objeto de la prueba consistía en que los testigos declarasen sobre lo que Ellos le escucharon decir al Procesado, y no lo que un tercero les dijo a Ellos sobre lo que le oyó decir al acusado[[20]](#footnote-20).

Ahora bien, en el remotísimo evento que se considera como válida la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, y se llegue a decir que los dichos en tales términos por los testigos ERICK RICHARD CARDONA; JOSÉ MILLER LOAIZA y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, deba ser considerado como prueba de referencia admisible, de todas maneras no procedería la aludida tarifa probatoria negativa consagrada en el inciso 2º del artículo 381 C.P.P. porque operaría la enuncia prueba de corroboración periférica, si tenemos en cuenta que los dichos de los testigos de marras encuentran eco en el contenido de los registros de las grabaciones magnetofónicas de las interceptaciones de las conversaciones telefónicas en las que participó el Procesado, las cuales fueron allegadas válidamente al proceso por parte de la Fiscalía, y en consecuencia dichos medios de conocimiento deben ser apreciadas como prueba documental, como bien lo ordena el # 2º del artículo 424 C.P.P.

En suma, lo dicho hasta ahora es suficiente como para concluir que no le asiste la razón al recurrente, porque en momento alguno el fallo se soportó con base en pruebas de referencia.

**3.) Las alzadas interpuestas por el Ente Acusador.**

**3.1.) La absolución del Procesado ONB de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes, según hechos acontecidos el 9 de mayo de 2.010 en inmediaciones del barrio popularmente conocido como “La Churria”.**

La tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente para expresar su inconformidad en lo que tiene que ver con la decisión del Juzgado *A quo* de absolver al Procesado ONB de los cargos que en la acusación le fueron enrostrados por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, radicó en argüir que en el fallo confutado se desconocieron las pruebas habidas en el proceso que demostraban que como consecuencia del rol de cabecilla que el acusado desempeñaba en la organización criminal *“Cordillera”,* fungió como coautor en la comisión del delito de tráfico de estupefaciente por el cual fue llamado a juicio, el que tenía que ver con la captura del ciudadano CÉSAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) “La Gata”, en horas de la mañana del 9 de mayo de 2.010, cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como “La Churria”, para abastecer a las diferentes “ollas” que funcionan en ese sector.

Por lo tanto, como quiere que el eje central de la controversia planteada por el recurrente, gira en torno en torno a determinar si en efecto el Procesado ONB intervino o no en calidad de coautor en la comisión del aludido delito de tráfico de estupefacientes respecto del cual fue absuelto por el Juzgado de primer nivel, como punto de partida para esclarecer ese entuerto, se debe tener en cuenta que la coautoría es un dispositivo amplificador del tipo con el cual se amplía el radio de acción de uno de los elementos objetivos del tipo: el sujeto activo, frente a la intervención de varias personas en la comisión del delito.

Acorde con lo consignado en el inciso 2º del artículo 29 C.P. para que tenga lugar el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría, se requiere que se den los siguientes requisitos: a) La existencia de un acuerdo común, el cual se puede dar ya sea antes de la comisión del reato o de manera concomitante con su ejecución, pero nunca de manera posterior porque ello daría lugar a otras figuras jurídicas, tales como la complicidad o el encubrimiento; b) Que el delito sea cometido con división de trabajo, lo que ha sido conocido por la doctrina como *“coautoría impropia”*, sin que con ello se excluye la también denominada como *“coautoría propia”*; c) La importancia del aporte, el cual está relacionada con el dominio funcional que alguno de los coautores puedan tener sobre la empresa criminal aportada.

Frente a las características de los anteriores requisitos que integran el dispositivo amplificador del tipo de marras, la Corte, de vieja data, se ha expresado en los siguientes términos:

“Para afirmar *coautoría* se necesitan acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte.

*Acuerdo* significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

*División* quiere decir separación, repartición.

*Aportar*, derivado de “puerto”, equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común…”[[21]](#footnote-21).

Una vez que estén dado lo anteriores requisitos, se activa el principio de la imputación recíproca, en virtud del cual *«Cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los autores es extensible a todos los demás, sin perjuicio de que las otras contribuciones (…) sean o no por sí solas constitutivas de delito»*[[22]](#footnote-22); lo que implica que cada uno de los coautores deba responder por la comisión del delito acordado, el cual le es común a todo ellos.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, la Sala es de la opinión que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante, porque de las pruebas habidas en el proceso en momento alguno se demuestra que el Procesado ONB haya intervenido en calidad de coautor en el evento delictivo acaecido en horas de la mañana del 9 de mayo de 2.010, el cual está relacionado con la incautación en el barrio “La Churria” de 12 kilos de marihuana, la cual era transportada por el ciudadano CÉSAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) “La Gata”, porque, pese a su militancia en la organización criminal conocida como “Cordillera”, no se avizora la presencia de ninguno de los antes aludidos elementos que son necesarios para que se estructure el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que en el proceso, con los documentos que contienen las grabaciones de las conversaciones telefónicas que fueron legalmente interceptadas por la Policía Judicial, se demostró lo siguiente:

* Después que tuvo lugar la captura del ciudadano CÉSAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) “La Gata”, el jefe de este último, o sea el sujeto conocido como (A) “MAO”, a eso de las 10:50 horas llamó al móvil #312- 700-7175, y se puso en contacto con un tal “OLIMPO”, quien vendría siendo el ahora Procesado ONB, con quien sostuvo una conversación cifrada y críptica, en la cual, además de informarle de la incautación de la marihuana con la cual iban a abastecer a las “ollas” que funcionan en el barrio “La Churria”, le pedía que le colaborara con la recuperación de los estupefacientes incautados.
* Luego, a eso de las 10:53 horas, (A) “MAO” volvió a llamar a “OLIMPO”, para solicitarle que le colabore con el muchacho que la policía capturó, a lo cual “OLIMPO” le manifestó que lo iba a llamar.
* Siendo las 12:53 horas, “OLIMPO” llamó a (A) “MAO”, para decirle que le consiguió al capturado un abogado, el cual lo iba a llamar para que le suministraran los datos del arrestado. Lo cual a su vez suscitó para que (A) “MAO”, a eso de las 14:00 horas se pusiera en contacto con su jefe, o sea el sujeto conocido como (A) “ACHIS”, con quien sostuvo una charla relacionada con la falta de recursos que había para pagarle los servicios del abogado, de lo cual debía ser enterado “OLIMPO”.
* A eso de las 19:23 horas “OLIMPO” se comunica con (A) “MAO” para informarle que al abogado había que pagarle tres millones de pesos y un saldo de dos millones de pesos al finalizar el proceso.

De igual manera, las pruebas habidas en el proceso nos demuestran que la razones por las que el ciudadano CÉSAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) “La Gata”, fue capturado con el alijo de los narcóticos cuando se dirigía hacia el barrio “La Churria”, se debieron a que Él estaba haciéndole un mandado a (A) “MAO”, quien le pidió el favor que llevara la marihuana hacia el barrio de marras con el propósito de aprovisionar a las “ollas” que funcionaban en ese sector, las cuales eran administradas por un fulano conocido como (A) “ÑOÑO” O “CHRISTIAN”, quien a eso de las 08:55 horas de ese 9 de mayo de 2.010, vía mensaje de texto, se puso en contacto con (A) “MAO” para pedirle que le enviara un remisión de marihuana debido a que se había quedado sin ese narcótico.

De lo antes expuesto, se desprende de manera meridiana que en momento alguno el ahora Procesado ONB participó en el acuerdo o convenido de voluntades que tenía por finalidad el transporte y el suministró de 12 kilos de marihuana hacia las “ollas” que funcionaban en el barrio “La Churria”, puesto que en dicho acuerdo solo intervinieron los sujetos conocidos como (A) “MAO” y (A) “ÑOÑO”, mientras que el fulano conocido como (A) “La Gata” solo fungió a modo de un simple mandadero. Además, las aludidas pruebas nos demuestran que la intervención del Procesado ONB en esos eventos delictivos solo tuvo lugar después de que las autoridades incautaron los estupefacientes y capturaron al sujeto conocido como (A) “La Gata”, y estuvo circunscrita para conseguirle los servicios de un profesional del derecho que representara al fulano capturado en flagrancia.

Además, de un análisis del contenido de las conversaciones que (A) “MAO” sostuvo con “OLIMPO”, se desprende que en momento alguno (A) “MAO” le estuvo rindiendo cuentas a “OLIMPO” de la incautación por parte de las autoridades de las sustancias estupefacientes transportada por *(A) “La Gata”,* sino que le comentó lo acontecido para justificar el por qué le estaba solicitando, a modo de favor, que le colaborara con la consecución de un abogado que representara los intereses de *(A) “La Gata”* dentro del proceso en el que estaba inmerso por incurrir en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes.

Siendo así las cosas, se puede concluir que en el presente asunto no operaría el aludido principio de *la imputación recíproca*, y por ende no se puede pregonar, como erradamente lo asevera el recurrente, que el Procesado ONB participó en la comisión del aludido delito de tráfico de estupefacientes en calidad de coautor, porque, se reitera, sí su intervención solamente consistió en servir de mediador en la consecución de los servicios de un Letrado para que asesorara a una persona que participó en la comisión de un delito en el cual ONB no tuvo arte ni parte, es lógico que frente a ese reato el Procesado de marras no podía detentar el dominio funcional de los hechos delictivos por los cuales fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador.

Finalmente, no puede la Sala desconocer que en el proceso existen pruebas que demuestran la militancia del Procesado en la organización criminal conocida como *«Cordillera»*, cuyos miembros se asociaron para dedicarse de manera indeterminada al delito de tráfico de estupefacientes. Pero ello no quiere decir, como lo insinúa el Fiscal recurrente, que en aquellos eventos en los cuales se lleguen a consumar o perpetrar los fines delictivos indeterminados que dieron génesis a la estructura criminal, de manera automática o necesaria todos los miembros que integran tal organización deban responder en el caso que lleguen a perpetrarse de manera específica alguno de aquellos reatos indeterminados que fueron objeto de la asociación criminal, porque pensar de tal manera seria desconocer la autonomía del delito de concierto para delinquir, así como contrariar los postulados del principio del *nos bis in ídem*, al tratar de integrar el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría al delito de concierto para delinquir.

Lo antes expuesto nos quiere decir que para que los concertados puedan responder por la posterior comisión de los delitos respecto de los cuales se asociaron de manera genérica e indeterminada, debe haber entre ellos un acuerdo de voluntades para la perpetración de un delito específico y determinado, aunado a los demás requisitos exigidos por el inciso 2º del artículo 29 C.P. para que tenga lugar el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría.

Frente a lo anterior, de vieja data, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“Al libelista no le asiste razón porque la conducta punible de concierto para delinquir es un acuerdo de voluntades para cometer delitos indeterminados, el cual para su existencia basta con la comprobación del pacto de asociación delictiva de manera permanente, sin que sea necesario particularizar los medios que se van a emplear. Distinto acontece con la comisión de delitos en concreto, en la que se planifica cómo va a efectuarse cada uno de estos.

(:::)

Ahora si las personas concertadas deciden y ejecutan delitos concretos en circunstancias de modo, tiempo y lugar en los cuales se involucran víctimas, el concierto para delinquir como delito autónomo concurre con las demás conductas punibles que se llevan a cabo.

En otras palabras bien puede existir el concierto para delinquir sin necesidad de que se realicen otras conductas punibles, por ello su autonomía; o ejecutarse por quienes conforman el concierto otros delitos los cuales concurrirán con el primero. En uno y otro caso, la forma de intervención se estudiara respecto de cada delito…”[[23]](#footnote-23).

En suma, al no cumplirse con los elementos necesarios para que tuviera lugar el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría, la Sala concluye que estuvo atinada la decisión opugnada de absolver al Procesado ONB de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de estupefacientes en lo que tenía que ver con la incautación, en el barrio “La Churria”, en horas de la mañana del 9 de mayo de 2.010, de 12 kilos de marihuana, los que eran transportados por el ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) “La Gata”.

**3.1.) La absolución del Procesado ONB de los cargos endilgados en su contra por incurrir en la presunta comisión del delito de tentativa de homicidio agravado cometido, en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010, en la Cr. 9ª Bis del barrio “Alfonso López, en la persona de KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, quien de manera colateral resultó gravemente herida durante el atentado criminal perpetrado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA.**

Al igual que lo dicho en el anterior cargo, la inconformidad expresada por el recurrente, consistió en proponer la tesis consistente en que en el fallo opugnado se desconocieron las pruebas que demostraban que el Procesado ONB intervino en la comisión del delito tentativa de homicidio agravado, del cual resultó absuelto, en calidad de coautor, aunado a que ese reato se perpetró con dolo eventual. Por lo tanto, para poder resolver si le asiste o no la razón a los reproches formulados por el recurrente en contra del fallo confutado, la Sala tendrá en cuenta todo lo dicho en el acápite anterior sobre los elementos que integran el dispositivo amplificador del tipo de la coautoría, los que, como ya se dijo, dan lugar a la activación del aludido principio de *la imputación recíproca*, en virtud del cual todos los coautores deben responder por la comisión del delito acordado, cuya perpetración le sería común a todo ellos. Pero de igual manera, además de responder por el delito que era objeto del acuerdo común, también los malhechores deben responder por aquellos eventos delictivos que hayan sido cometidos de manera colateral durante la ejecución del reato primigenio[[24]](#footnote-24), siempre y cuando la comisión de esos eventos, de una u otra forma, sea previsible o predecible. Por ejemplo, si un grupo de facinerosos acuerdan robar un banco utilizando armas de fuego para intimidar y someter a las víctimas, en el evento de que uno de los delincuentes asesine con una de esas armas de fuego a un vigilante que opuso resistencia al asalto, es obvio que todos los miembros de la banda deben responder por el delito de homicidio, por ser algo que presagiaron como factible cuando acordaron utilizar armas de fuego en la comisión del hurto. Igual situación acontecería cuando los delincuentes acuerdan asesinar una persona mediante el empleo de un explosivo en el momento en el que la víctima se encuentre en el interior de un establecimiento de comercio. Por lo que en el evento que otras personas que se encontraban en el local comercial y resultasen lesionados o muertas por la explosión, los delincuentes también deben responder por esos delitos, ya que era algo predecible o de esperarse que otras personas resultasen malogradas como consecuencia de los efectos de la onda explosiva.

Sobre ese tópico, no está demás traer a colación lo que la Corte ha dicho:

“La figura de la coautoría comporta el desarrollo de un plan previamente definido para la consecución de un fin propuesto, en el cual cada persona involucrada desempeña una tarea específica, **de modo que responden como coautores por el designio común y los efectos colaterales que de él se desprendan**, así su conducta individual no resulte objetivamente subsumida en el respectivo tipo penal, pues todos actúan con conocimiento y voluntad para la producción de un resultado…”[[25]](#footnote-25).

En términos similares a los de la Corte, la doctrina nacional se ha expresado de la siguiente forma:

“De lo anterior emana una importante regla en esta materia: la responsabilidad de cada autor se limita al hecho colectivo, y los excesos o hechos suplementarios, ejecutados por fuera del plan acordado, solo afectan al interviniente que los haya realizado por sí solo. Por ejemplo, si unos de los concurrentes al asalto – deslumbrado por su atractivo – decide, *motu proprio,* acceder carnalmente mediante violencia a una empleada del banco, solo a él puede imputársele dicho acto; lo mismo acontece si uno de los maleantes, por fuera de lo pactado, resuelve darle muerte a cualquiera de los presentes…”[[26]](#footnote-26).

Al aplicar lo anterior al caso puesto en consideración de la Colegiatura en sede de 2ª instancia, la Sala es de la opinión que le asiste la razón a los reproches formulados por el apelante en contra del fallo opugnado, puesto que las pruebas habidas en el proceso eran lo suficientemente categóricas en demostrar que las lesiones que de manera colateral le fueron infligidas a la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO durante el atentado criminal perpetrado en contra del hoy finado DARWIN HERNANDO SILVA, no podían ser consideradas como un incidente accidental o aislado propio de un exceso en el que incurrieron los sicarios a quienes se le encomendó la misión de asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA, ya que tal evento fue algo que debieron haber previsto que podía suceder quienes planificaron y coordinaron el atentado, y como consecuencia del aludido principio de *la imputación recíproca*, deben responder penalmente por ese reato.

Para demostrar la anterior hipótesis, solo basta con acudir a las pruebas habidas en el proceso, las cuales nos enseñan que en efecto la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO resultó lesionada durante el atentado criminal perpetrado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA, debido a que lo acompañaba en la motocicleta conducida por el hoy óbito en el momento en que los sicarios, quienes estaban emboscados, la emprendieron a balazos en contra de su objetivo, para lo cual utilizaron armas de fuego calibre .38 y 9 mm[[27]](#footnote-27). También dichas pruebas demuestran que las heridas causadas a la Sra. KAROL NIDIA RUEDA fueron producidas por unos disparos de armas de fuego que hicieron impacto en la pared posterior del tórax, en la región escapular izquierda, y en uno de sus tobillos. Lo cual a su vez le generó un periodo de incapacidad médico legal de 14 días.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con las razones o motivos por las cuales se ordenó el asesinato de DARWIN HERNANDO SILVA, vemos que según el testimonio del policial MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO, ello se debió a que los jefes de la organización empezaron a desconfiar de las actividades que DARWIN HERNANDO SILVA llevaba a cabo, como lugarteniente de *(A) “LUCAS”*[[28]](#footnote-28)*,* en los expendios de estupefacientes que funcionaban en el barrio San Judas. Razón por la que decidieron ordenar su asesinato para así poner en su lugar a otra persona que inspirara más confianza, la cual, según atestó el Policial ERICK RICHARD CARDONA MARÍN, resultó ser un tal *(A) “ANANIAS”*.

De igual manera, la Sala no puede desconocer que pese a ser un hecho cierto el consistente en que el plan fraguado por los autores intelectuales del atentado consistía en asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA, asimismo las pruebas habidas en el proceso demostraban que quienes planificaron y coordinaron el atentado, con tal que se consiguiera el objetivo, o sea el segarle la vida a DARWIN HERNANDO SILVA, les era indiferente los eventuales efectos colaterales que podría generar la ejecución del delito frente a terceras personas. Prueba de ello lo encontramos de lo atestado por el Policial ERICK RICHARD CARDONA MARÍN, quien adujo que gracias a los seguimientos y las escuchas que les hizo a los miembros de la banda, se pudo enterar que el plan era matar, como sea, esa noche a DARWIN HERNANDO SILVA. Lo cual a su vez obtiene eco en el contenido de las diferentes interceptaciones de las conversaciones telefónicas habidas entre el 12 y el 13 de mayo de 2.010, las cuales se dieron entre los sujetos conocidos como *(A) “MAO”*, *(A) “OLIMPO”* y *(A) “ÑOÑO”*,de las que se desprende que el plan inicial era que los sicarios asesinaran a DARWIN HERNANDO SILVA en el intermedio de un partido de futbol que en la noche del 12 de mayo de 2.010 se iba a celebrar en una cancha deportiva del barrio *Boston*, pero que no lo pudieron ejecutar en ese momento ante la presencia en ese sitio de varios efectivos de la Policía Nacional, por lo que tuvieron que acudir a una especie de plan “*B”*, en el cual los sicarios emboscaron a la víctima en el momento en el que esta iba a ingresar a su vivienda en compañía de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA, como bien nos lo ha hecho saber el policial HENRY RAMÍREZ en su testimonio*.*

Lo antes dicho se refleja del contenido de:

* Las conversaciones que *(A) “MAO”* sostuvo con *(A) “ACHIS”,* a partir de las 15:56 horas del 12 de mayo de 2.010, en la cual *(A) “MAO”* le informaba a su jefe de la novedad consistente en que había sido contactado por *“OLIMPO”* para que le facilitara un arma de fuego de buen calibre para una labor. Lo cual a su vez suscitó la autorización de *(A) “ACHIS”*, razón por la que *(A) “MAO”* se comunicó con *(A) “ÑOÑO”* para que le enviara una pistola marca *“Jericho”* que este último tenía guardada. Posteriormente los interlocutores también acordaron facilitarle a *“OLIMPO”* un revólver calibre .38.
* La conversación que a las 19:12 de esas calendas *(A) “MAO”* sostuvo con *“OLIMPO”*, en la cual de manera criptica y cifrada se dijeron entre ellos *«Que es mejor comerse las empanadas en la mitad del tiempo, en el descanso»*.
* La conversación habida entre *(A) “ÑOÑO”* y *(A) “MAO”* a las 23:33 horas de esas calendas, en la cual *(A) “ÑOÑO”* le dijo a su contertulio *«Que estaba ocupadito cocinando unos frijolitos (:::) Unos frijolitos que pa´ ver si botan tinta (:::) roja»[[29]](#footnote-29).* Igualmente en esa conversación los interlocutores acordaron enviar a un tal *“JOHNNY”* hacia el barrio *Boston* a fin que verificara si por ahí había *«guaduas podridas».*
* A las 22:36 horas de esas calendas, *(A) “MAO”* se puso en contacto con *(A) “JOHNNY”,* a quien le encomienda la misión de desplazarse hacia la cancha del barrio *Boston* para que verificara quienes estaban en ese lugar, en especial si en el mismo había policías.
* A eso de las 23:01 horas *(A) “JOHNNY”* llamó a *(A) “MAO”* para informarle, en lenguaje cifrado, que en ese sector había muchos policías requisando a las personas. Lo que a su vez dio lugar para que *(A) “MAO”* llamara a otro fulano, a quien le comunicó que ante la presencia policial, los sicarios debían devolverse.
* Luego, a eso de las 00:16 horas del 13 de mayo de 2.010 *“OLIMPO”* le remitió un mensaje de texto a *(A) “MAO”*, en el cual le decía *«LISTO»*. Posteriormente a las 00:18 horas *“OLIMPO”* volvió a ponerse en contacto (A) “MAO”, para preguntarle *«Si ya tenía lista la maleta»*, la cual, según los testimonios de los policiales MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO y ALFONSO RAMÍREZ PINZÓN, es un término cifrado al que acudían los miembros de la banda *“Cordillera”* para referirse al éxito o a la materialización de un asesinato. Esa conversación dio lugar para que tuviera ocurrencia una serie de cruces de mensajes de textos respecto de lo que se debía hacer con los sicarios, quienes deberían estar escondidos hasta que las cosas se calmaran.
* Esa madrugada *(A) “MAO”* también intercambió mensajes de textos con *(A) “ÑOÑO”* en los cuales le comentaba el éxito de lo acontecido. En esa conversación epistolar *(A) “ÑOÑO”* le hizo saber que estaba aburrido porque *«Casi es familia mía primo»*, y como quiera que *(A) “MAO”* le replicó que era un tipo raro, *(A) “ÑOÑO”* lo confirmó al manifestar: *«Rarísimo ese pirobo y falso»*.

De lo antes expuesto, se desprende sin hesitación alguna que para las personas que planificaron y coordinaron el delito, les era indiferente los efectos colaterales que su comisión podría generar sobre terceras personas. De igual forma con las pruebas de marras también se demostraba que como consecuencia de la ejecución del designo criminal acordado por los complotados, era absolutamente predecible que ciudadanos ajenos al atentado de manera colateral pudieran salir heridos o lesionados, lo que se reitera que era previsible, si nos atenemos a que el plan inicial consistió en asesinar a balazos a DARWIN HERNANDO SILVA durante el intermedio de un partido de futbol que en la noche del 12 de mayo de 2.010 se iba a celebrar en una cancha deportiva del barrio Boston, lo que evidencia el menosprecio expresado por los conjurados respecto de lo que le podría suceder a las demás personas que presenciaban ese evento deportivo o de aquellos que intervenían en el mismo.

Por lo tanto, acorde con lo anterior, se puede decir que lo acontecido a la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO no fue consecuencia de un exceso o un desbordamiento en el que incurrieron los sicarios durante la ejecución del plan acordado por sus mandantes, puesto que ese daño colateral era algo que desde un principio se tornaba en previsible a partir del momento en el que los autores intelectuales acordaron que iban a asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA sin importar si en el lugar en donde se encontraba ese fulano también concurrían o no otras personas.

En suma, para la Sala no existe duda alguna, tal como lo adujo el apelante, que el Juzgado de primer nivel se equivocó en la apreciación de las pruebas habidas en el proceso, las cuales demostraban que el acusado ONB también fungió como coautor del delito de tentativa de homicidio agravado perpetrado en la persona de KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, porque, se reitera, los efectos colaterales de ese reato, era algo previsible para las personas que se conjuraron con la finalidad de asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA, cuando acordaron que tal asesinato se debía llevar a cabo sin importar si en el sitio en donde se encontraba la victima estuvieran o no presentes otras personas.

Siendo así las cosas, la Sala revocara la absolución que por tales hechos fue proferida en el fallo confutado en favor del Procesado ONB, para en su lugar proceder a declarar su responsabilidad criminal por incurrir en la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado cometido, en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010, en la Cr. 9ª Bis del barrio “Alfonso López”, en la persona de KAROL NIDIA RUEDA, quien de manera colateral resultó gravemente herida durante el atentado criminal perpetrado en contra de DARWIN HERNANDO SILVA.

**4.) Conclusiones:**

Como consecuencia de todo lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* Pese a que en el devenir del proceso tuvo ocurrencia el fenómeno del cambio de Juez, lo que repercutió en que muchas de las pruebas que sirvieron de sustentó al fallo de condena no fueran practicadas por el Juez que profirió la sentencia condenatoria, no se vulneró el debido proceso, ya que no se afectó al principio de la inmediación como consecuencia de las innovaciones y limitaciones que a ese principio le ha introducido la línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
* En momento alguno el juicio de responsabilidad que en el fallo confutado se pregonó en contra del Procesado ONB se estructuró únicamente con base en pruebas de referencia, puesto que la Fiscalía allegó al proceso pruebas que de manera directa demostraban su compromiso penal.
* Según los postulados del principio de la libertad probatoria, la Fiscalía podía acudir a cualquier medio de prueba que considerara como pertinente y conducente para demostrar la uniprocedencia y la identificación de la voz del Procesado con aquella que figuraba consignada en los registros de las grabaciones magnetofónicas obtenidos de las interceptaciones de las conversaciones telefónicas sostenidas entre varios miembros de la organización criminal conocida como *“Cordillera”.*
* Con las pruebas allegadas por la Fiscalía, en momento alguno se demostró que el Procesado ONB intervino como coautor en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, el cual tenía que ver con la captura del ciudadano CESAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A) *“La Gata”*, la que ocurrió el 9 de mayo de 2.010, cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como *“La Churria”*, para abastecer a las diferentes *“ollas”* que funcionan en ese sector.
* El Juzgado de primer nivel no aprecio en debida forma las pruebas habidas en el proceso, las cuales demostraban el compromiso penal del Procesado ONB, cuando en calidad de coautor participó en la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado perpetrado en la persona de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, el cual tuvo ocurrencia en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010 en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López”*.

Acorde con lo anterior, la Sala confirmará el fallo confutado en todos los reproches que en su contra fueron formulados por la Defensa, así como aquellos que en términos similares efectuó la Fiscalía en contra de la absolución del Procesado ONB por haber incurrido en la comisión del delito de tráfico de estupefacientes, según los hechos ocurridos en el barrio *“La Churria* en horas de la mañana del 9 de mayo de 2.010.

De igual manera, se revocará la absolución proferida en favor del Procesado ONB respecto a los cargos endilgados en su contra, los que tienen que ver con la comisión del delito de tentativa de homicidio agravado perpetrado en la persona de la Sra. KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, según hechos acaecidos en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010 en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López”*, y en su lugar se declarara la responsabilidad penal del Procesado de marras por tales cargos.

**5.) Redosificación punitiva:**

Como consecuencia de la declaratoria en sede de 2ª instancia de la responsabilidad criminal del Procesado ONB, por la comisión de uno de los delitos por los cuales fue absuelto en el fallo confutado, aunado a que la acción penal de uno de los delitos por los que se declaró su responsabilidad penal se encontraba prescrita cuando se profirió la sentencia de primer nivel, le corresponde ahora a la Sala proceder a redosificar las penas, para lo cual se tendrá en cuenta los siguientes criterios:

* En el fallo opugnado el Procesado fue condenado por dos delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cuyas penas, al aplicarse las reglas del concurso de conductas punibles, en lo que tenía que ver con el incremento de hasta otro tanto, fueron tasadas en 48 meses.
* Luego, como consecuencia que la acción penal de uno de esos delitos de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal se encontraba prescrita al momento de proferir la sentencia, ello implica, al aplicar los principios de proporcionalidad y de racionalidad, que dicha pena de 48 meses deba ser reducida en un 50%, lo que implica que la pena a imponer al Procesado por el delito restante correspondería a 24 meses de prisión.
* El delito de tentativa de homicidio agravado, tipificado en el # 7º del artículo 104 C.P. en consonancia con el artículo 27 C.P. es sancionado con una pena de 200 hasta 450 meses de prisión.
* Al aplicar el sistema de cuartos, como quiera que en contra del Procesado no le fueron endilgados agravantes genéricos y ante la ausencia de antecedentes penales, acorde con lo establecido en el inciso 1º del artículo 61 C.P. la Sala acudiría al cuarto mínimo de punibilidad, el cual oscila entre 200 hasta <262.5 meses de prisión.
* Para individualizar la pena, acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, la Sala tendrá en cuenta unos factores que generan un mayor juicio de reproche del comportamiento pregonado en contra del procesado, entre los cuales descolla su mayor desprecio por la vida humana, ya que tanto al Procesado como a sus conmilitones no les importaba para nada que otras personas resultasen lesionadas con tal de que fuera asesinado el hoy finado DARWIN HERNANDO SILVA, aunado a que la génesis de ese atentado tenía que ver con una especie de cuenta de cobros generada por una disputa relacionada con el tráfico de estupefacientes, la Sala no partirá de la pena mínima sino de una pena de 231.25 meses de prisión, la cual corresponde como una especie de punto medio en el cual oscilan dentro de ese cuarto de punibilidad la pena mínima y la máxima.
* Como quiera que el delito de tentativa de homicidio agravado hace parte de un concurso de reatos, respecto del cual el delito de mayor gravedad fue el de homicidio agravado, al aplicar las reglas del concurso de conductas punibles, el incremento punitivo que hasta por otro tanto se debe incrementar el delito base por el delito de marras, equivaldrá a 115.625 meses de prisión, los cuales corresponderán a la mitad de la pena tasada de manera individual en 231.25 meses de prisión.

Por lo tanto, a modo de corolario, vemos que si tenemos en cuenta que en el fallo confutado, las penas que le correspondería purgar el Procesado por la comisión de los delitos de homicidio agravado y concierto para delinquir agravado, fueron, respectivamente, tasadas en 406 y 26 meses, al adicionarle a las mismas las penas dosificadas en sede de 2ª instancia, las que corresponden a 24 meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y 115.625 meses de prisión por el reato de tentativa de homicidio agravado, la sumatoria de las mismas arrojarían una pena de 571,625 meses de prisión, que sería lo mismo que una pena de 47 años, 7 meses y 18 días de prisión.

Por lo tanto, acorde con lo anterior, como consecuencia de anteriores operaciones de dosimetría punitivas efectuadas por la Sala, la pena principal que deberá purgar el Procesado ONB, correspondería a 47 años, 7 meses y 18 días de prisión.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la Republica y por Autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia, en las calendas del 16 de febrero de 2017, en todo aquello que tiene que ver con la discrepancia propuesta por la Defensa respecto a la declaratoria del juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del procesado **ONB** por incurrir en la comisión de los delitos de: Concierto para delinquir agravado; Homicidio agravado; Tráfico de estupefacientes, y Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por parte del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Armenia, en las calendas del 16 de febrero de 2.017, en todo aquello que tiene que ver con la discrepancia propuesta por la Fiscalía en contra de la absolución proferida en favor del Procesado ONB por los cargos endilgado en su contra, relacionados con incurrir en la comisión de los siguientes presuntos delitos: a) El Homicidio del sujeto conocido como CÉSAR AUGUSTO CASTILLO FAJARDO *(A) “Centella”*, quien fue ultimado a balazos por unos sicarios en vía pública del barrio Samaria I, el 13 de julio de 2.010; b) La comisión de 3 delitos de Tráfico de estupefacientes, entre los cuales descolla todo aquello que tiene que ver con el evento relacionado con la captura del ciudadano CÉSAR AUGUSTO FLÓREZ RAMÍREZ, (A*) “La Gata”*, el 9 de mayo de 2.010, cuando trasportaba 12 kilos de marihuana con destino hacia el barrio popularmente conocido como *“La Churria”*.

**TERCERO: SOBRESEER** la actuación procesal, por encontrarse extinta la acción penal por haber ocurrido el fenómeno de la prescripción, en todo aquello que tiene que ver con los cargos endilgados en contra del procesado ONB por incurrir en la presunta comisión del delito de tráfico de armas de fuego de defensa personal, cuyos hechos jurídicamente relevantes tienen que ver con conseguir y facilitar las armas de fuego calibre 9 mm y .38 que posteriormente utilizaron unos sicarios para asesinar a DARWIN HERNANDO SILVA.

**CUARTO: REVOCAR** la absolución proferida en favor del Procesado ONB de los cargos endilgados en su contra por actuar como coautor del delito de tentativa de homicidio agravado perpetrado en contra de KAROL NIDIA RUEDA ROMERO, el cual tuvo lugar en horas de la madrugada del 13 de mayo del 2.010 en la Cr. 9ª Bis del barrio *“Alfonso López”*, para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad criminal del Procesado de marras por incurrir en la comisión del aludido delito de tentativa de homicidio agravado.

**QUINTO: DENEGAR** por indebida sustentación, el recurso de apelación interpuesto por la Defensa con el propósito de expresar su inconformidad por la declaratoria de responsabilidad penal del Procesado ONB, respecto de los cargos endilgado en su contra por incurrir en la comisión del delito de porte armas de fuego de defensa personal, cuyos hechos jurídicamente relevantes tienen que ver con el hallazgo en poder del acusado, durante una diligencia de allanamiento y registro celebrada el 9 de diciembre de 2.011 en un inmueble ubicado en la calle 8ª # 5-53 del municipio de Cartago, de una pistola, calibre 9 mm, marca *Jericho*, y de 3 proveedores con 27 cartuchos de calibre 9 mm. la cual tenía vencido los respectivos permisos para su porte.

**SEXTO: MODIFICAR** las penas impuestas en contra del Procesado ONB como consecuencia de la declaratoria de su responsabilidad criminal por los delitos por de homicidio agravado; concierto para delinquir agravado; porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y tentativa de homicidio agravado, la cual corresponderá a la pena principal de 47 años, 7 meses y 18 días de prisión.

**SÉPTIMO: DECLARAR** que el fallo confutado quedará en firme lo que atañe con las demás penas principales y accesorias impuestas en contra del procesado ONB, así como las negativas para disfrutar subrogados y sustitutos penales.

**OCTAVO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de Segunda Instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley. Mientras que en todo aquello que tiene que ver con la denegación del recurso de apelación y la cesación parcial de procedimiento en favor del Procesado de marras, solo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto en las oportunidades legales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. El recurrente se refiere a las armas de fuego utilizadas para segar la vida de quien respondía por el nombre de DARWIN HERNANDO SILVA. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio # 98 del cuaderno original # 3. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia 2ª Instancia del 28 de septiembre de 2011. Rad. # 37258. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sobre la línea jurisprudencial trazada por la Corte sobre las excepciones del principio de la inmediación, se puede consultar la sentencia del 08 de noviembre de 2.017. SP18449-2017. Rad. # 47608. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 30 de enero de 2008. Rad. # 27192. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional: Sentencia # T-205 del 24 de marzo de 2011. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 20 de enero de 2010. Rad. # 32.556. [↑](#footnote-ref-7)
8. Auto del 26 de octubre de 2016. Rad. # 43392. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 3 de julio de 2013. Rad. # 38632. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de mayo de 2.011. Rad. # 35080. [↑](#footnote-ref-10)
11. La cual es conocida como “acústica forense”. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de mayo de 2.011. Rad. # 35668. M. P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-12)
13. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico»*. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 septiembre de 2011. Rad. # 36023 M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo de 2016. SP-3332 -2016. Rad. # 43866. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 8º, ordinales J y K, 16 y 18 C.P.P. [↑](#footnote-ref-16)
17. Ver entre otras: Sentencia del treinta (30) de marzo de 2006. Rad. # 24468; Sentencia del seis (6) de marzo de 2.008. Rad. # 27477; Sentencia del 21 de septiembre de 2011. Rad. # 36023; Providencia del 4 de junio 2013. Rad. # 40893. [↑](#footnote-ref-17)
18. Teoría que ha sido desarrollada, entre otras, en las siguientes decisiones: Providencia del junio cuatro (4) de 2013. Rad. # 40893; Sentencia del 4) de mayo de 2016. SP5798-2016. Rad. # 41667. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sobre lo anterior, se puede consultar la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 10 de junio de 2015. SP7248-2015. Rad. # 40478. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sobre las razones por las cuales el tema objeto de la prueba no se constituye en prueba de referencia, se puede consultar, entre otras, sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 30 de septiembre de 2.015. AP5785-2015. Rad. # 46153. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 21 de agosto de 2003. Rad. # 19213. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 2 de julio de 2008. Rad. # 23438. [↑](#footnote-ref-22)
23. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 de septiembre de 2003. Rad. # 19712. [↑](#footnote-ref-23)
24. Nos referimos a aquel delito que fue acordado desde un principio por los coautores. [↑](#footnote-ref-24)
25. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de julio de 2018. SP2981-2018. Rad. # 50394. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-25)
26. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Manual de derecho penal. Parte General. Paginas # 457 y 457. 2ª Edición. Editorial Temis. 2.004. [↑](#footnote-ref-26)
27. Según se consignó en los informes de policía judicial y en los informes de laboratorio forense, en el sitio de los hechos se encontraron 7 vainillas calibre 9 mm, 5 proyectiles de igual calibre y 2 proyectiles calibre .38. [↑](#footnote-ref-27)
28. De quien se dice que para ese entonces estaba recluido en un centro penitenciario. [↑](#footnote-ref-28)
29. Expresión criptica que según el testimonio del policial MILLER HERNÁN LOAIZA VINAZCO, significaba que se estaba haciendo alusión a un asesinato. [↑](#footnote-ref-29)