**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA DE CASACIÓN PENAL**

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**Magistrado Ponente**

**AP1101-2018**

**Radicación N° 51743.**

Acta 95.

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

1. **V I S T O S**

Se decide sobre la admisión de las demandas de casación presentadas por el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO y por los defensores de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, EDUARDO AYA CASTRO, RODOLFO MEDINA ALEMÁN y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 8 de agosto de 2017, mediante la cual, entre otras decisiones, confirmó la de condenar a los procesados por el delito de *concierto para delinquir agravado* y, a algunos de ellos, además por el de *utilización ilícita de equipos transmisores y receptores*.

**2. A N T E C E D E N T E S**

* 1. **Fácticos**

En la sentencia impugnada se refieren los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

…, a partir del año 2004, servidores del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS, para el caso, GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, EDUARDO AYA CASTRO, RODOLFO MEDINA ALEMÁN, MARIO ORLANDO ORTIZ MENA e IGNACIO MORENO TAMAYO, se concertaron y a través del Grupo de Inteligencia conocido como G3 organizaron, dirigieron o promovieron de manera permanente y sistemática la perpetración de delitos como la interceptación ilícita de comunicaciones telefónicas, móviles y electrónicas, desbordando sus facultades legales, esencialmente contra organizaciones defensoras de derechos humanos en Colombia, miembros de partidos políticos, periodistas y otras personalidades caracterizados por su tendencia opositora o crítica frente al Gobierno nacional de entonces; para el efecto se valieron de equipos de la entidad e hicieron seguimientos arbitrarios e injustos sin mediar autorización judicial, so pretexto de producir inteligencia estratégica.

* 1. **Procesales**

El 28 de mayo de 2009, la Fiscalía General de la Nación dispuso la apertura de una instrucción, a la que fueron vinculados, mediantes sendas diligencias de indagatoria, MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, RODOLFO MEDINA ALEMÁN, IGNACIO MORENO TAMAYO, GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI y EDUARDO AYA CASTRO. Desde ese momento primigenio, se les imputaron los delitos de *concierto para delinquir agravado* (art. 340, inc. 1 y 2), *violación ilícita de comunicaciones* (art. 192, inc. 1 y 2), *utilización ilícita de equipos transmisores y receptores* (art. 197) y *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto* (art. 416).

Después de adelantar la fase de instrucción; el 4 de marzo de 2011, la Fiscalía 11 de la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, acusó a los procesados por los mismos delitos antes señalados. Esta resolución fue confirmada el **25 de agosto de 2011** por el Vicefiscal General de la Nación.

La etapa de juicio fue adelantada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el que, surtido el traslado a los sujetos procesales, celebró la audiencia preparatoria el 17 y 18 de enero de 2012, y, luego, la pública de juzgamiento en múltiples sesiones realizadas ese mismo año (18, 19, 20, 24, 25 y 27 de abril; 12, 13, 15, 19, 20, 21 y 22, 26, 27 y 28 de junio; 16 y 17 de julio; 10, 13 y 21 de agosto; y 21 de septiembre). Finalmente, el juzgado dictó sentencia el 19 de septiembre de 2014 mediante la cual adoptó, entre otras, las siguientes determinaciones:

1. Decretar la prescripción de la acción penal, en favor de RODOLFO MEDINA ALEMÁN y EDUARDO AYA CASTRO, por los delitos de *violación ilícita de comunicaciones, utilización ilícita de equipos transmisores y receptores,* y *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto* respecto de los hechos cometidos en el país.

2. Condenar a GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, IGNACIO MORENO TAMAYO y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, como autores de *concierto para delinquir agravado* y coautores impropios de *violación ilícita de comunicaciones, utilización ilícita de equipos transmisores y receptores,* y *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto*, a quienes impuso pena de prisión en los siguientes términos: al primero por 118.5 meses y a los restantes por 115.5 meses. Respecto de todos, adicionalmente, se dispusieron las sanciones de multa por valor de 10 s.m.l.m.v. y de pérdida del empleo o cargo público.

3. Condenar a RODOLFO MEDINA ALEMÁN y EDUARDO AYA CASTRO como autores de *concierto para delinquir agravado*, a quienes impuso pena de prisión por 90.5 y por 86.5 meses, respectivamente. De otra parte, los absolvió por el delito de *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto,* respecto de los hechos cometidos en el exterior.

El 8 de agosto de 2017, ante el recurso de apelación promovido por los defensores, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia con las siguientes modificaciones y revocatorias: se dispuso anular el proceso y, en consecuencia, cesar procedimiento por los delitos de *abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto* –por ausencia de querella-y de *violación ilícita de comunicaciones* –por caducidad de la querella-, respecto de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, IGNACIO MORENO TAMAYO y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA. Por ello, les fueron revocadas las penas de multa y de pérdida del empleo o cargo público, mientras que la duración de las privativas de la libertad fue modificada así: al primero se le fijó en 82.5 meses y a los restantes en 79.5 meses.

El acusado IGNACIO MORENO TAMAYO y los defensores de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, EDUARDO AYA CASTRO, RODOLFO MEDINA ALEMÁN y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, en la oportunidad legal, interpusieron y sustentaron sendos recursos extraordinarios de casación, en contra de la sentencia de segunda instancia.

En esta Corporación, el asunto fue repartido al despacho del Dr. Fernando León Bolaños Palacios, quien el 11 de diciembre de 2017 se declaró impedido por haber participado en el proceso (art. 99-6, C.P.P./2000). Sin embargo, mediante auto del pasado 17 de enero, la Sala de Casación Penal consideró infundada esa manifestación.

**3. LAS DEMANDAS**

**3.1 La presentada por el defensor de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI.**

En una primera parte, identifica los sujetos procesales, relata los hechos juzgados, rememora la actuación surtida y resume el contenido de la sentencia -tanto de primera como de segunda instancia-. Después, justifica la legitimidad para presentar el recurso de casación en la condición de defensor y en el perjuicio causado a su representado con las decisiones adoptadas; asimismo, manifiesta que con la impugnación persigue la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las partes, para lo cual cita el artículo 206 del C.P.P./2000. Enseguida, formula un cargo consistente en la violación indirecta de la ley sustancial por *«falso juicio de raciocinio».*

En ese sentido, asegura que la sentencia incurrió en un *«error de hecho por falso juicio de raciocinio falta de valoración probatoria, ya que, se demostró a través de diversos medios de prueba que fueron ignorados por el Señor juez a quem, que la actividad del grupo de inteligencia G-3 fue lícita, a pesar de que, con posterioridad, y sin participación de mi representado puedan haber desbordado los límites de la legalidad, desviación que fue del todo ajena a la función que cumplió mi defendido en la Dirección General de Inteligencia…»*. Por ello, concluye, se condenó a GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI por una conducta que no configuraba un concierto para delinquir.

Afirma que se omitió la valoración de algunos medios de conocimiento infringiéndose así el *«principio de unidad de prueba»*. Entre aquéllos destaca:

1. Los testimonios que demuestran que la *«operación Transmilenio»*, presentada por AUQUE DE SILVESTRI, tuvo un objetivo lícito, cual fue el de investigar las relaciones entre personas y ONG´s con las guerrillas de las FARC y del ELN, y si éstas daban lugar a la divulgación de propaganda que afectaba la seguridad del Estado. Entre tales declaraciones, menciona las de Gustavo Sierra, Fernando Tabares, Jesús Cadena, Gonzalo García Luna, José A. Velásquez Sánchez, Ignacio Moreno Tamayo, Astrid F. Cantor Varela, Martha Inés Leal Llanos y la del acusado.

2. Los testimonios que acreditan que en la reunión en que AUQUE DE SILVESTRI presentó a José Miguel Narváez Martínez como la persona designada por el entonces Director del DAS, para investigar unas ONG´s, jamás se coordinaron actuaciones ilegales. Así lo habrían declarado los subdirectores de inteligencia Hugo Daney Ortiz, Jackeline Sandoval Salazar y Jesús H. Caldas Leyva.

Al tiempo, advierte que la designación de José Miguel Narváez Martínez por parte del Director del DAS de la época y el control directo que este ejercía sobre aquél, son hechos declarados no solo por aquél sino por Ignacio Moreno Tamayo, William Gabriel Romero Sánchez y Jackeline Sandoval Salazar. Además, cita la declaración de Rubby Perdomo Lasso, con la que se establecería que AUQUE DE SILVESTRI se reunió en una sola ocasión con Ovalle Olaz.

3. Los testimonios con los que demuestra que *«por las funciones exclusiva y eminentemente administrativas del doctor GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, y con ocasión del “ciclo de inteligencia”, éste no se enteró y participó en los hechos delictivos»*. Sobre esto declararon Jorge Noguera Cotes, Jhon Jairo Vargas Rojas y Alfredo R. Polo Quintana.

Después, explica en qué consiste y cuáles son las fases del ciclo de inteligencia, remitiéndose a lo que explicó en tal sentido AUQUE DE SILVESTRI durante su alegato de conclusión, para afirmar que en el proceso se demostró que éste no participó en la recolección de información ni en ninguna otra etapa de aquella secuencia. Enseguida, cita los testimonios rendidos por *«Arbeláez Ladino»*, *«García Luna»*, Jesús Cadena y Fernando Tabares.

4. Señala que es un error de la sentencia dar por sentado que la actuación de su defendido fue ilícita porque ninguna prueba soporta esa tesis *«salvo las contradictorias afirmaciones del desaparecido Jaime Fernando Ovalle Olaz»*. En tal sentido, se duele de la omisión de pruebas que generan dudas: los testimonios que se refirieron al ciclo de la inteligencia, los que afirmaron que Ovalle Olaz podía requerir información sin consentimiento del superior –Gustavo Sierra y Wilson Poveda Cruz-, los que declararon sobre la reunión en que se presentó a José Miguel Narváez –Jacqueline Sandoval, Hugo Daney Ortiz y Martha Inés Leal-, los que dieron cuenta de las irregularidades en la recolección de la prueba –Abel Morales Leal, Amelia Oviedo Guevara, Diana Caicedo Moreno, Ancizar Barrios Lozada y Fredy Rubio Zafra-, y al que negó conocimiento sobre el G3 –Miguel Arbeláez Marín-.

El recurrente invoca la teoría de la prohibición de regreso para alegar la ausencia de responsabilidad del acusado con base en el siguiente razonamiento: *«Giancarlo Auque no conocía la posibilidad de delito doloso o culposo por parte de otra persona, en el mismo momento en que se reunió para presentar al señor Narváez Martínez por orden del Director del DAS, ni excedió con dicho proceder los límites del riesgo permitido, por lo que no pueden imputárseles las desviaciones delictivas posteriores que se hayan podido perpetuar»*. Luego, remarca la licitud de otras actividades realizadas por aquél: orden de vigilar una marcha de protesta que podía estar infiltrada por las FARC, aprobación de gastos reservados al Subdirector de Operaciones y recibo de informaciones enviadas por directores seccionales.

El demandante continúa su discurso con argumentos de variada naturaleza, así:

- La *«evidencia documental»* enseña que su defendido sólo cumplió funciones administrativas y que fue ajeno al G3, a efectos de lo cual destaca que las comunicaciones que aquél remitió *«no iban al servicio de una misión específica»* y las que recibió se encontraban en el área de análisis, no en la de inteligencia ni en el G3. Cita, además, como prueba de tales hechos y de la coordinación de ese grupo por Jaime Fernando Ovalle, las indagatorias de Jorge Rubiano Jiménez, Carlos Herrera Romero, Lina Romero Escalante, Martha Leal Llanos, José Narváez Martínez, Jorge Lagos León, Astrid Cantor Varela, Rodolfo Medina Alemán, William Romero Sánchez, Ignacio Moreno Tamayo, José Velásquez Sánchez, Andrés Mauricio Peñate, Ronald Rivera Rodríguez, Germán Ospina Arango, Carlos Arzayuz Guerrero, Wilson Navarro Durán, Carlos Orozco Garcés, William Merchán López, así también los testimonios de Hamilton Nonato Mora y Blanca Cuesta Vanegas.

- Trascribe apartes de la indagatoria de Jaime Fernando Ovalle Olaz y le formula las siguientes críticas: (i) es falso que las interceptaciones se realizaran desde la *«Sala Vino del DAS»* porque esta entró a funcionar después de la fecha que aquél relató –en mayo/05- y, en todo caso, cuando ya AUQUE DE SILVESTRI no tenía el manejo de inteligencia; (ii) en unas ocasiones manifestó que la información de las interceptaciones se las entregaba el referido acusado, mientras en otras que Narváez Martínez y Enrique Ariza, o que William Merchán, o que Rodolfo Medina Alemán; (iii) frente a este último, destaca que llegó a la Subdirección de Contrainteligencia el 4 de agosto de 2004, por lo que no se explica cómo habría conseguido información con anterioridad; (iv) afirmó que no tenía que ver con la interceptación de correos electrónicos, pero también que él trataba ese tema con algunos funcionarios; y, (v) negó cualquier injerencia de Hugo Daney Ortiz García en el G3, pero en una versión ante la Procuraduría afirmó que éste intervino en su creación y funcionamiento.

- También translitera algunos contenidos de las declaraciones de Jacqueline Sandoval Salazar, Hugo Daney Ortiz García, Ronal Harbey Rivera Rodríguez, Astrid F. Cantor Varela, Carlos Alberto Arzayus Guerrero, Jorge Armando Rubiano Jiménez, Rodolfo Medina Alemán, Teresa Guzmán Cortés, Wilfredo Pérez Barrera y Jaime Fernando Ovalle Olaz; para, luego, aseverar que se incurrió en error de hecho *«al desconocer la abundante prueba documental en la investigación»* que confirma que AUQUE DE SILVESTRI no intervino en las actividades del G3.

- Enlista unos memorandos –DGIN 62119 de nov. 24/03, de mar. 15/, de jul. 2/04 y DGIN 23421 de mar. 9/04- y unas circulares –una de nov. 13 y la DGIN 39429 de abr. 16/04-, que fueron suscritos por el acusado en su calidad de Director General de Inteligencia encargado, para acreditar que su labor fue exclusivamente administrativa. Al efecto, advierte que, aunque de la seccional Magdalena recibió un listado de ONG´s de la Cámara de Comercio de Santa Marta, esta acción nada tiene de ilegal y dicha información es pública.

- Aduce que en la recolección de prueba documental en el DAS *«(103 AZ)»* se violó la cadena de custodia debido a las siguientes irregularidades: (i) en el acta de la diligencia no se aclaró la autoridad que emitió la respectiva orden; (ii) no existe fijación del lugar de los hechos; (iii) hubo una *«sobre escritura»* de los documentos hallados porque fueron *«indebidamente foliados»*, cuando debieron ser fotografiados o filmados, embalados y, además, presentados ante un juez de control de garantías; (iv) los documentos no fueron guardados en el almacén de evidencias mientras se realizaba la diligencia; y, (v) los investigadores desglosaron los folios que ellos consideraron relevantes organizándolos de manera arbitraria y mutilándolos.

- Luego, considera que la solución para los errores de valoración probatoria pasa por un juicio o test de proporcionalidad. En ese orden, estima que la condena a AUQUE DE SILVESTRI no reúne los requisitos o subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, partiendo de la premisa de que existe un conflicto entre 2 derechos: la celeridad de la administración de justicia y la presunción de inocencia.

- En un acápite final, considera que la acción penal por el delito de *utilización ilícita de equipos transmisores y receptores* por hechos ocurridos en el territorio nacional, prescribió desde la fase de instrucción, pues los últimos que fueron imputados a GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI ocurrieron el 1 de septiembre de 2004, día hasta el cual estuvo encargado de la Dirección General de Inteligencia, y la resolución de acusación adquirió ejecutoria el 3 de septiembre de 2011. Es decir, entre tales extremos transcurrieron más de 6 años y 8 meses, término de prescripción para los servidores públicos (art. 83 C.P.), los que se cumplieron el 1 de abril de 2011.

Es más, asegura, aun cuando la contabilización se iniciara desde el 31 de diciembre de 2004, fecha en que asegura la Fiscalía ocurrieron los hechos, el fenómeno extintivo se habría configurado el 31 de agosto de 2011. En cualquier caso, advierte que esa posibilidad viola los principios de culpabilidad y de acto porque implicaría la atribución de sucesos acontecidos después de cesar en el ejercicio del cargo directivo desde el cual habría cometido los delitos por los cuales se le condena.

Finalmente, solicita se case la sentencia y, en su lugar, se absuelva a GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI.

**3.2 La presentada por el defensor de EDUARDO AYA CASTRO.**

Se formularon las siguientes censuras en contra de la sentencia de segunda instancia:

*Cargo No 1: nulidad*

El demandante enfila su inconformidad a través de la causal contemplada en el numeral segundo del artículo 207 del C.P.P/2000, en el entendido que se genera causal de nulidad ante la violación del debido proceso proveniente de haberse pasado por alto el principio de investigación integral. Al efecto, estimó necesario realizar un amplio estudio del principio en cuestión, con referencias de bloque de constitucionalidad, derecho comparado, normas nacionales y jurisprudencia, para de todo ello concluir que no es posible dictar sentencia de condena si previamente no se ha recaudado *«TODA LA PRUEBA relacionada con los hechos y la conducta»*, una vez excluidas *«todas las posibilidades de causales de absolución por la existencia de eximentes de responsabilidad o por dudas probatorias»*.

Ya sobre el caso concreto, el casacionista advierte que si el grupo conocido como G3, al que se dice pertenecía el acusado que defiende, fue creado en el año 2004, no se explica por qué *«nunca se indagó por parte del ente acusador porqué razón EDUARDO AYA CASTRO no aparece en las actas de reunión del grupo G-3 o si el realizaba o no análisis de información que remitía al grupo G-3»*. Luego, critica el demandante las razones consignadas en el fallo para atribuir responsabilidad al procesado, entre ellas, la indagatoria de Ovalle Olaz, dado que, añade, no se verificaron sus dichos y la injurada opera como medio defensivo y no de prueba.

A renglón seguido, controvierte el recurrente algunas de las afirmaciones del Tribunal, en punto de la credibilidad otorgada al testigo de cargos, para después entronizar su particular visión de lo que los medios suasorios recogidos aportan, significando que esa corporación realizó un examen parcial de lo dicho por algunos testigos o no efectuó valoración integral de la prueba.

Después, debate acerca de la existencia de dolo en el actuar de su prohijado, dado que, en su sentir, nunca se probó el acuerdo de voluntades propio del delito de concierto para delinquir, a más que se *«demostró»* que la actuación del procesado operó acorde con sus funciones. Enseguida, estudia el delito de concierto para delinquir y los elementos que lo componen, para de allí concluir que el tribunal no examinó los verbos rectores *«cometer y concertar»*, en particular, porque no se demostró la *«concertación»* (sic) de su defendido con los miembros del G3, dado que las declaraciones o indagatorias no *«lo recuerdan o mencionan claramente»*; ni se determinó que fruto de ese concierto cometiera algún delito en particular, en tanto, reitera, lo realizado por él obedeció al cumplimiento estricto de sus funciones.

Tampoco, acota, se demostró el acuerdo de voluntades o la afectación de la seguridad pública, por lo cual, concluye que *«Dentro del proceso, obran suficientes elementos de juicio para concluir con certeza que EDUARDO AYA CASTRO nunca llegó a un acuerdo voluntario directo para promover al grupo ilegal y que su conducta se (sic) no adecúa, ni de manera objetiva ni subjetivamente, al tipo penal de concierto para delinquir agravado…»*.

Aborda, seguidamente, el estudio de la estructura del G3, para de allí derivar que no se trata de una organización ilegal o aparato de poder organizado, ya que se conformó por orden del director del DAS y fue adecuadamente reglamentada. Señala el demandante que nunca se investigó cuáles fueron las actividades ilícitas, y cuáles no, que adelantó esa célula del organismo, ni la *«probable existencia de otros grupos que hubieran podido cometer los ilícitos, si es que los hubo, que aquí se tratan de verificar»*.

En particular, sobre algunos de los informes entregados por el acusado, el impugnante destaca cómo uno de ellos, atinente a la visita de una ganadora del premio Nobel a Bogotá, incluso estaban consignados en los datos ofrecidos por los medios de comunicación *«y así se demostró en las pruebas que se aportaron, que por falta de valoración integral de las mismas no fueron analizados ni por el fallador y menos por la segunda instancia»*. Agrega que los otros informes, desde su óptica, no contienen nada de ilegal y remata aludiendo al principio de compartimentación, para lo cual se vale de varios expertos, a cuyo tenor debe asumirse que en razón a tratarse de un funcionario de rango medio o bajo, el acusado solo conocía lo que era necesario para el cumplimiento de su función, sin saber del objetivo final de lo acopiado.

Asevera, entonces, que los falladores no tuvieron en cuenta varios testimonios *«para el análisis de la figura de la compartimentación»*, dicho lo cual resalta lo afirmado por algunos declarantes respecto a la manera en que puede manejarse el principio de compartimentación en el DAS. A ello agrega apartados de informes en los cuales, dice, se certifica que el G3 tuvo creación legal o que en el mismo no se registra documentalmente, como miembro, al acusado.

En otro orden de ideas, critica el casacionista que el Tribunal aduzca que la nueva ley de seguridad se basa en lo ocurrido aquí para establecer la prohibición de investigar a las personas con base en diferencias políticas o de discriminación, en tanto, acota el recurrente, su expedición data de pocos días después que se conociese el escándalo de las llamadas “chuzadas” del DAS.

Pide, acorde con lo anotado, que se case el fallo atacado y sea dictado uno de reemplazo para absolver al acusado.

*Cargo No 2: falta de aplicación de la ley*

Se rotula dentro de la causal primera de casación, por entender el recurrente que se presentó la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación de los ordinales 4, 5 y 10 del artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Considera el demandante que para la adecuada sustentación del cargo debe realizar un examen concienzudo de lo que por obediencia debida ha de entenderse y de ello se ocupa a espacio, con citas de tratadistas y diccionarios jurídicos. De ese piélago, sin específica remisión al acto concreto, el demandante deduce:

…atiéndase que conforme se probó en el expediente EDUARDO AYA CASTRO era funcionario del D.A.S. y por tal razón debía cumplir con las funciones que el manual de funciones le imponía y se limitó a ello en los hechos enrostrados pues atiéndase que por orden superior debía realizar verificaciones de información no solo de la Dirección de Inteligencia y de la Policía Judicial de la Dirección General Operativa, así como de las seccionales del D.A.S. del país y eso fue lo que hizo sin hacerle ningún análisis sobre el particular.

Ello impele al impugnante a solicitar que en aplicación del numeral 4° del artículo 32 del C.P., sea absuelto el acusado.

Pero además, entiende que también se cubre la causal exculpatoria del numeral 10° del mismo artículo –error de tipo invencible-, dado que al procesado *«ningún indicio le daba la posibilidad de pensar que su actuar estuviera a margen de la ley, ni siquiera, ni a él, ni cualquier otra persona le generaba el más mínimo asomo de duda sobre la legalidad del procedimiento»*.

En otro orden de ideas, atinente al fenómeno de la coautoría impropia que el Tribunal dedujo respecto del acusado por los otros delitos distintos del concierto para delinquir, el casacionista estima existir absoluta incompatibilidad entre esta forma de intervención en el delito y la directa que se refiere en el delito contra la seguridad pública, pues, estima, si el concierto para delinquir remite a la conjunción de voluntades para ejecutar delitos indeterminados, no se compadece con ello que se materialicen precisamente esas otras determinadas conductas punibles.

Depreca el recurrente, así, que se case la sentencia atacada y en su lugar sea emitido fallo absolutorio a favor de su prohijado.

*Cargo No 3: vulneración de la presunción de inocencia*

Después del acostumbrado análisis de lo que debe estimarse por presunción de inocencia y su correlato de in dubio pro reo, también con remisión doctrinaria y jurisprudencial, el demandante sostiene –sin nexo argumental alguno-, que «*las consideraciones realizadas en precedencia nos demuestran que existen fundadas dudas sobre la existencia el delito con respecto a EDUARDO AYA CASTRO y mucho más sobre su verdadero autor y responsable»*.

A renglón seguido, sostiene que el a quo no podía valorar en contra del acusado *«una documentación que no estaba firmada por él, que no tenía unos anexos en contexto armados en la fuerza, incluso sin cronología en el tiempo, un memorando sin anexos y del que se desconoce su contenido y una información sobre actividades públicas que en nada es violatoria de la intimidad».*

Luego de controvertir algunas otras de las afirmaciones del fallo impugnado, el recurrente sostiene que el indebido análisis probatorio, junto con las fallas investigativas, se erigen en factores que afectan el debido proceso y los derechos de contradicción y defensa. Ello, acota, se aviene con los factores considerados por el artículo 310 de la Ley 600 de 2000, que prefiguran los principios orientadores de la nulidad y su convalidación.

Asevera, así mismo, que de haberse adelantado una adecuada e integral investigación en la instrucción, se hubiese precluido oportunamente el asunto.

Pide, en consecuencia, que se anule todo lo actuado a partir de la resolución de cierre de investigación. Empero, en el acápite que denomina *«Conclusiones y Peticiones»*, depreca que respecto de todos los cargos se case la sentencia para emitir fallo absolutorio de reemplazo.

**3.3 La presentada por el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO.**

En un título que denomina *«CAPÍTULO PRELIMINAR: LA VIOLACIÓN DE UNA GARANTÍA FUNDAMENTAL: LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA»*, transcribe consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el referido principio.

Más adelante, el censor propone un único cargo con fundamento en el artículo 207-1 del C.P.P./2000, asegurando que el Tribunal infringió directamente la norma sustancial por exclusión evidente de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 7 de aquél Código, pues, pese a que no se demostró en grado de certeza la existencia de los hechos y su responsabilidad en los mismos, confirmó la sentencia de condena proferida en su contra, cuando le resultaba obligatorio revocarla para decretar su absolución, en virtud de los principios de presunción de inocencia y de la duda favorable al reo.

Luego, en un acápite que titula *«LA CONDENACIÓN Y UNA SALVEDAD»*, el censor intenta explicar cuáles fueron los errores que cometió el Tribunal y que, en su sentir, generaron la violación de los referidos principios, los que a continuación se sintetizan:

 1. Los falladores le restaron credibilidad al testimonio rendido por Jaime Fernando Ovalle Olaz, quien de manera categórica afirmó que IGNACIO MORENO TAMAYO era ajeno a los hechos investigados, pese a que éste ha sido reconocido por la Fiscalía *«como el testigo más importante para su acusación»*.

 2. Para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, el recurrente no pertenecía al nivel directivo del extinto DAS, ni mucho menos hacía parte del G3, sólo intercambiaba información con ese grupo, sin conocer el fin último que a esta se le daba; hecho insuficiente para predicar de él responsabilidad por los hechos investigados, máxime cuando Alonso Tabares Molina y Laude José Fernández Arroyo fueron coincidentes en afirmar que, por el proceso de compartimentación, era probable que quienes enviaban los documentos al G3 no supieran *«ni para que, ni porqué, ni en qué, sería utilizada esa información»*. (sic)

 3. Los datos obtenidos eran suministrados *«por fuentes quienes a su vez las obtenían a través de medios abiertos como internet, revistas, noticieros o publicidad de eventos que se realizaban allí, sin que en ningún momento se violara la intimidad o privacidad de alguna persona»*, por lo que, en sentir del recurrente, *«no hizo más que cumplir con su deber legal de difundir la información que le remitían, la cual hasta el momento no se ha demostrado que fuera obtenida ilegalmente por parte del señor GERMÁN VILLALBA, ni su contenido permite suponer que se esté violando algún derecho a la intimidad toda vez que versan sobre temas de carácter público y abierto»*.

Finaliza la demanda solicitando a la Corte casar la sentencia proferida para que, en su lugar, se profiera una absolutoria a su favor.

**3.4 La presentada por la defensora de MARIO ORLANDO ORTIZ MENA.**

Luego de identificar los sujetos procesales, los hechos y la actuación relevante y la sentencia impugnada, la demandante pasa a formular 3 cargos, el primero como principal y los otros dos como subsidiarios, así:

 *Cargo No 1: nulidad*

Al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600/2000, la recurrente formula el cargo de nulidad por violación al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia.

A efectos de fundamentar su censura, asegura que la sentencia proferida por el Tribunal solo fue suscrita por 2 de los 3 Magistrados que conforman la Sala Penal de esa corporación, como quiera que uno de ellos, concretamente, el Dr. Fabio David Bernal Suárez, al parecer, se declaró impedido para conocer el asunto, pese a que *«no exista ningún otro registro en expediente que verifique lo afirmado…»*.

Considera entonces que el Tribunal soslayó cumplir el procedimiento descrito en el artículo 103 de la Ley 600 de 2000, norma que establece que *«Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez»*, toda vez que, (i) no aceptó el impedimento manifestado por el Magistrado Fabio Bernal Suárez, y (ii) no se complementó la Sala con quien le seguía en turno, ni con un conjuez.

Asegura que tales omisiones, además de vulnerar las formas propias del juicio, contrarían el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, *«la regla general es que se dicte por un número plural e impar de magistrados, cuyo mínimo no debe ser inferior a tres (3)»*. Y si bien, la sentencia impugnada fue unánime, *«nadie puede asegurar que la participación en el debate del tercer juez mantuviera inalterada la decisión, pues es absolutamente posible que éste último influyera en el criterio de la Sala hasta el punto de variar sustancialmente el sentido del fallo»*.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada declarando su nulidad, para que, una vez cumplido el trámite previsto en el artículo 103 del C.P.P./2000, se profiera la sentencia correspondiente.

*Cargo No 2 (subsidiario): nulidad*

Al amparo de la causal tercera del artículo 207 de la Ley 600/2000, la recurrente formula el cargo de nulidad, *«como consecuencia de haberse rituado la causa a través de un régimen procesal distinto por el que legalmente debió adelantarse»*.

Luego de transcribir apartes de la sustentación del recurso de apelación por ella interpuesto, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Bogotá, manifestó que *«el acontecimiento fáctico a partir del cual se predica su intervención – la del procesado Mario Orlando Ortiz Mena- en las conductas punibles que se le endilgan corresponde al año 2005»*, por lo que el proceso debió adelantarse conforme el procedimiento descrito en la Ley 906/2004, y no en virtud de la Ley 600, tal y como ocurrió.

Asegura que el yerro es del todo trascendente, pues, si el proceso se hubiese adelantado conforme los lineamientos de la Ley 906, su representado hubiese podido acceder (i) a una rebaja punitiva más benigna, por aceptación unilateral de cargos, o (ii) a un preacuerdo con la fiscalía.

Por lo expuesto, solicita se case la sentencia impugnada, y se *«anule la actuación adelantada contra mi asistido MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, desde la resolución de apertura de instrucción inclusive, proferida el 28 de mayo de 2009 por la Fiscalía General de la Nación»*.

 *Cargo No 3 (subsidiario): aplicación indebida de la ley*

Al amparo del numeral 1º del pluricitado artículo 207, la demandante asegura que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 29, 197 y 340 de la Constitución Nacional y exclusión evidente de los artículos 83 de la Carta, 9º, 11 y 12 del Código Penal y 232 del C. P. P.

Asegura la recurrente que los jueces de instancia encontraron responsable a ORTIZ MENA por los delitos de violación ilícita de comunicaciones – respecto del cual se decretó el cese de procedimiento en el fallo de segunda instancia- y utilización ilícita de equipos transmisores y receptores, en calidad de coautor impropio.

Sin embargo, de manera incomprensible manifiesta lo siguiente*: «debido a la independencia que, a nivel fáctico y jurídico, es necesario que exista entre de (sic) los dos mencionados delitos (arts. 192 y 197) y el injusto principal de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO…se hace absolutamente necesario identificar el presupuesto causal que permite acreditar la existencia de la mencionada forma de intervención delictiva que la judicatura predica, cual es: la instrumentalización de parte del autor mediato»*. Y, concluye afirmando que el Tribunal tiene *«la equivocada convicción»* de que ORTIZ MENA intervino en los delitos señalados como coautor impropio, desconociendo *«los requisitos de existencia de dicha forma de intervención delictiva»*.

De otro lado, afirma que: *«si, por boca del fallo acusado, se da por cierto que la intervención de mi cliente en el injusto principal de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO se produjo a través de la coautoría impropia en los delitos descritos en los arts. 192 y 197 del C. P., la cual viene de descartarse; forzosamente hay que concluir, entonces, que su intervención en la primera conducta punible fue insustancial»*.

Y concluye lo siguiente: *«aun aceptándose – en gracia de discusión- que dichas conductas punibles sí tuvieron ocurrencia, se impone concluir que el ciudadano MARIO ORLANDO ORTIZ MENA no las cometió, o, incluso, a pesar de su intervención en el plano fáctico, no incurrió en ninguna forma de autoría ni de participación delictiva»*, por lo que solicita se case la sentencia impugnada, y en consecuencia, se absuelva a su representado.

**3.5 La presentada por el defensor de RODOLFO MEDINA ALEMÁN.**

*Cargo No 1: nulidad de la sentencia por falsa motivación*

Al amparo de la causal de casación consistente en la violación indirecta de la ley sustancial (art. 207-1), el recurrente acusa al Tribunal de haber desconocido el debido proceso y el derecho de defensa, al proferir sentencia condenatoria con una motivación falsa.

Cuestiona la sentencia porque (i) es tan solo un resumen de actos procesales, especialmente de la resolución de acusación, y de apartes de las pruebas que militan en el expediente; (ii) carece de imputación jurídica y (iii) omite analizar, con suficiencia, los hechos *«en los cuales se materializa la conducta de mi prohijado,…;* [iv] *aunado a que no existe individualización de las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que sustenten la decisión en contra de RODOLFO MEDINA ALEMÁN, pues la argumentación es abstracta y generalizada para todos los procesados»*. Esa ausencia de análisis probatorio, sostiene, produjo el desconocimiento de algunos medios de convicción y la tergiversación o inadecuada interpretación de otros.

En tal sentido, solicita casar el fallo recurrido y proferir la decisión que en derecho corresponda.

*Cargo No 2: falso juicio de existencia*

Se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad de falso juicio de existencia, el cual condujo a la aplicación indebida de los artículos 340 y 342 del C.P.

Pasa a enunciar las pruebas pretermitidas que desvirtuarían las hipótesis sobre las cuales se edificó la responsabilidad de RODOLFO MEDINA ALEMÁN en el delito de concierto para delinquir:

1. El oficio DAS. DGIN. No. 403614 del 3 de mayo de 2010, suscrito por la Dirección de Inteligencia del DAS; y el informe de policía judicial No. 498742 del 10 de noviembre de 2009.

2. Los testimonios -o indagatorias- de Gloria Gaitán Villanueva, Gian Carlo Auque de Silvestri, Jesús Hernando Caldas Leyva, Jacqueline Sandoval Salazar, Martha Inés Leal Llanos, Gonzalo Ernesto García Luna, Luis Carlos Barragán Samper, Germán A. Cuadrado González y Jesús Antonio Cadena Suárez.

3. El informe de campo No. 9 FPJ-11 del 9 de marzo de 2009, el informe de policía judicial No. 2252 ADEPE-GRIDI29, la certificación emitida por PEN.LINK el 1 de noviembre 2010, y los resultados de la inspección a la Sala Vino del DAS practicada el 2 de diciembre de 2010. Con estos elementos, se demuestra que las interceptaciones no se realizaron en las oficinas de Desarrollo Tecnológico, antes Contrainteligencia.

4. Las pruebas que explican en qué consiste el «principio de compartimentación», con base en las cuales se descarta que el acusado conociera los objetivos de la labor realizada por Jaime F. Ovalle Olaz en el G3, la intimidad de la información que procesaba, y los destinatarios de los documentos que enviaba, situación que sólo le era permitida a quienes tenían la función de dirigir las actividades consideradas de ilegales, como eran los directores de inteligencia y superiores. Entre tales medios de conocimiento destaca las declaraciones de Fernando Tabares Molina, Laude Fernández Arroyo, Gustavo Sierra Prieto, Germán Cuadrado González, Luis Barragán Samper, Blanca Cuesta Vanegas, Gonzalo García Luna, entre otras.

Todas esas pruebas, según criterio del libelista, convergen en descartar la pertenencia de MEDINA ALEMÁN al G3, su participación en las reuniones y su colaboración con los objetivos del mismo, tales como labores de inteligencia técnica y seguimientos a personas. Para condenar a aquél por hecho doloso debió demostrarse que tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta y, aun así, quiso realizarla, lo cual se debió constatar con actos suyos, no de otras personas, como lo exige el artículo 36 del C.P.

Finaliza el cargo solicitando de la Corte casar el fallo confutado y, en su lugar, proferir uno nuevo que absuelva a su representado de los cargos endilgados.

*Cargo No 3: falso juicio de identidad*

Se formula otro cargo por la senda de la causal de violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falsos juicios de identidad, que produjeron la aplicación indebida de los artículos 340 y 342 del C.P. Tales errores de hecho se predican de las siguientes pruebas:

- Memorando del GRUVE No. 146323 del 22 de noviembre de 2004, suscrito por Carlos Alberto Arzayuz Guerrero, del cual no se pudededucir ningún acto ilícito del procesado, como sí lo hizo el Tribunal.

- Memorando del 17 de agosto de 2004, remitido por Jaime F. Ovalle Olaz a RODOLFO MEDINA ALEMÁN, como subdirector de contrainteligencia. Éste es tergiversado y aumentado en su contenido, pues del mismo se infiere un acto que el último nunca realizó, como quiera que ninguno de los correos electrónicos que se indican fue interceptado.

- Memorando del 19 de agosto de 2004 mediante el cual Jaime F. Ovalle Olaz le solicitó al referido acusado la práctica de un procedimiento legítimo y propio de la unidad de Contrainteligencia –prueba de polígrafo para una funcionaria de la entidad-.

- Memorando del 5 de octubre de 2004 dirigido por Jaime F. Ovalle Olaz a MEDINA ALEMÁN, en el cual no se menciona ni se infiere una solicitud de labores de contrainteligencia contra periodistas, como lo entiende la sentencia distorsionando el contenido del documento.

 - Memorandos del 10 y 14 de septiembre de 2004 dirigidos por Jaime F. Ovalle Olaz al procesado en mención. Estos documentos tampoco contienen una orden, solo una sugerencia, de realizar labores de contrainteligencia frente a periodistas. Además, con base en ellos, el destinatario no adelantó ninguna actividad.

- Memorando del 26 de agosto de 2004, mediante el cual Jaime F. Ovalle Olaz solicita a RODOLFO MEDINA ALEMÁN obtener información sobre la identidad del usuario y récord de llamadas de unos abonados telefónicos, petición ésta que no fue atendida.

- Testimonio de Jaime F. Ovalle Olaz. Considera el recurrente que este declarante resulta contradictorio cuando señala al acusadocomo miembro del G3 en sus diferentes deponencias, y que igual resultado se obtiene cuando se confrontan sus versiones con las pruebas documentales que yacen en el expediente -memorando DAS. DGIN. No. 403614 de may. 3/10 e informe de policía judicial No. 498742 de nov. 10/09- y demás testimoniales -Gloria Gaitán Villanueva y Gian Carlo Auque De Silvestri-.

- Testimonio de Hugo Daney Ortiz García, al cual no debe creerse cuando señala a MEDINA ALEMÁN como uno de los asistentes a la reunión que dio inicio al G3, o analista, jefe del grupo o asesor, pues tales manifestaciones son falsas y se encuentran desvirtuadas con otros elementos de juicio –versiones de Gian Carlo Auque De Silvestri, Martha Inés Leal Llanos, Jacqueline Sandoval, Jesús Hernando Caldas Leyva y del propio Jaime Fernando Ovalle Olaz-.

El planeamiento de esos actos ilegales, según las pruebas analizadas, estaba en cabeza de la alta dirección del DAS y no en el nivel de los subdirectores, siendo a éstos últimos a quienes se les dirigían los requerimientos que hoy son considerados como ilícitos, y frente a los cuales no consta un solo documento que sugiera un acto voluntario de RODOLFO MEDINA ALEMÁN para darle atención.

Las funciones desempeñadas por aquél quedaron debidamente probadas en el expediente y estas no fueron otras que las de ser *«analista del blanco EPL, milicias y disidencias, luego de FARC, del frente subversión, dependiente de la subdirección de análisis, de la Dirección General de Inteligencia desde marzo de 1995 hasta marzo de 2003, a partir de esta fecha es designado para laborar en la Dirección General de Inteligencia como asistente administrativo y luego (noviembre de 2003) como analista de información sobre cabecillas del secretariado y estado mayor central de las FARC, donde permaneció hasta julio de 2004, fecha en que es encargado de la jefatura de la subdirección de contrainteligencia»*.

- Testimonio de German Albeiro Ospina Arango. Alega el recurrente que esta prueba carece de utilidad para para inferirla participación de MEDINA ALEMÁN en la comisión del delito que se le imputa, pues no se refiere a una orden dada por éste o a una actuación con fines ilegales. En aquél solo se observa la *«…evidencia de decisiones administrativas para la orientación de la Subdirección de Contrainteligencia,…»*.

Concluye el demandante, que los anteriores medios de prueba fueron tergiversados, adicionados y cercenados, lo que condujo a que se confirmara una condena abiertamente injusta. Por tanto, solicita casar la sentencia por este cargo y, en consecuencia, absolver al procesado.

*Cargo No 4: falso raciocinio*

Se denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho consistente en falso raciocinio, que implicó la aplicación indebida de los artículos 340 y 342 del C.P. Ese vicio se predica de las siguientes pruebas:

- Testimonio de Jaime F. Ovalle Olaz. Según este deponente, RODOLFO MEDINA ALEMÁN fue integrante del G3 en el año 2003 y duró 2 o 3 meses antes de ser nombrado jefe de contrainteligencia. También afirmó que éste coadyuvó con el suministro de información y con interceptaciones. Con base en esos datos, se tuvo por demostrado el concierto para delinquir.

Sin embargo, advera el recurrente, la primera de esas afirmaciones viola el principio lógico de no contradicción, *«según el cual una proposición (era integrante del G3) y su negación (era asistente administrativo y analista de asuntos de terrorismo) no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido, tomando como referencia la ubicación cronológica de estos eventos, que dice el testigo Ovalle Olaz fue en 2003, antes de ser nombrado en contrainteligencia, mientras que la realidad procesal es que Medina Alemán asumió el encargo en contrainteligencia en agosto de 2004»*.

Igualmente, entiende, que la conclusión según la cual el procesado contribuyó al G3, desconoce el principio lógico de no contradicción y tercero excluido, pues parte de una proposición que se niega a sí misma, ya que es el propio Ovalle Olaz el que seguidamente dice que las solicitudes formuladas por él nunca fueron respondidas por el acusado y que los datos que recibía provenían de otras dependencias. Así, las ambigüedades y contradicciones de ese testimonio, según el impugnante, hacen que la prueba no sea creíble y que, por tanto, deba interpretarse en sentido favorable para el sentenciado, no como lo hicieron las instancias.

- Los memorandos remitidos por Ovalle Olaz a RODOLFO MEDINA ALEMÁN, en los que le requiere el suministro de información y le sugiere la realización de labores de contrainteligencia. Con base en éstos, se infiere la participación del último en el concierto para delinquir a través del seguimiento a personas, interceptaciones y obtención de datos. Esa conclusión viola la regla de la experiencia, según la cual *«una solicitud no lleva implícita una respuesta ni aceptación de la misma»*, inclusive en tratándose de entidades oficiales, en las que, además, *«Siempre o casi siempre que un funcionario público se manifiesta, lo hace por escrito»,* pues el acusado nunca dio respuesta a dichas solicitudes.

De otra parte, se asegura que el indicio de participación del acusado en la asociación delincuencial, parte de datos falsos, como son:

- Que *«los equipos y salas de interceptación dependían de esta subdirección»,* siendo que en agosto de 2004, fecha en que RODOLFO MEDINA ALEMÁN asumió el encargo de la Subdirección de Contrainteligencia, ya había entrado en vigencia el Decreto 643 de marzo 4 de 2004, que suprimió la coordinación de Desarrollo Tecnológico de esa área y la elevó al rango de Subdirección, cuyo superior inmediato era el Director General de Inteligencia. Luego, entonces, todos los documentos de información de objetivos después de marzo de ese año, eran suscritos por el respectivo subdirector, no por el acusado.

Además, esa conclusión judicial es desvirtuada por testimonios -Jacqueline Sandoval Salazar, Gian Carlo Auque de Silvestri, Jaime Fernando Ovalle Olaz e Ignacio Moreno Tamayo-, documentos -informe de campo No. 9 FPJ-11 del 9 de marzo de 2009, informe de policía judicial No. 2252 ADEPE-GRIDI29, y la certificación emitida por PEN.LINK el 1 de noviembre de 2010-, y la inspección a la Sala Vino del DAS practicada el 2 de diciembre de 2010.

- Que *«se requería el concurso del acusado para su utilización y lograr las interceptaciones ilegales»*. Tal premisa es falsa porque la administración de los equipos tecnológicos, para esa época, ya estaba bajo el control de la Subdirección de Desarrollo Tecnológico. Así mismo, se demostró que en las salas y con esos equipos, no se realizaron interceptaciones.

Entonces, no es lógico concluir que el procesado realizó u ordenó las interceptaciones desde su dependencia, cuando se demostró que el G3 obtenía la información, producto de aquéllas, de otras unidades y funcionarios; además, que las reglas de la experiencia enseñan que *«cualquiera puede interceptar comunicaciones»*, ya sea por mandato legal o por corrupción de empleados de los operadores de telefonía que no solo tienen bases de datos propias sino acceso directo a las comunicaciones.

Adicionalmente, existen pruebas, como la indagatoria de William Alberto Merchán, que indican que a pesar de que el DAS era una institución jerarquizada, no había una cadena de mando de estricta sujeción y, por ende, el funcionario de inferior grado podía ser requerido por el director general o subdirectores, sin consultarse a los jefes inmediatos, en franca aplicación del principio de compartimentación, soslayado por los juzgadores, al negarse su existencia, por conveniencia, para poder sostener la acusación.

Por consiguiente, las inferencias lógicas correctas serían que *«Rodolfo Medina no contribuyó a la labor del G3, en virtud a que no realizó labores de inteligencia técnica ni labores de contrainteligencia derivadas de los memorandos que le envió Ovalle Olaz»*; y que *«para lograr la interceptación de comunicaciones no se requería del concurso ni de la orden de Medina Alemán para llevarlas a cabo»*.

**4. ALEGATO DE NO RECURRENTE**

Como tal intervino la Fiscalía General de la Nación, para solicitar se mantenga incólume la sentencia demandada refiriéndose a cada uno de los cargos formulados en las demandas, así:

*4.1 Respecto de la demanda presentada por el defensor de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI*

Frente al cargo único de falso raciocinio que se propuso, considera que el recurrente *«deriva conclusiones que las pruebas no permiten»*. Además, la sustentación se fundó en supuestas omisiones probatorias que no configurarían aquel error sino un falso juicio de existencia. En todo caso, continúa, se intentan revivir las discusiones y las alegaciones propias de las instancias, sin que siquiera se haya identificado cuál sería el principio de la sana crítica infringido.

*4.2 Respecto de la demanda presentada por el defensor de EDUARDO AYA CASTRO*

Se solicita la inadmisión de todas las censuras formuladas, por las siguientes razones:

*- Cargo No 1: nulidad*

Luego de mostrar la inexactitud de la demanda en lo que hace a aspectos tan sencillos como la determinación de la fecha de la sentencia o del fundamento jurídico de la pretensión, aduce que los argumentos de sustentación son impertinentes a la naturaleza del cargo porque se orientan a cuestionar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y no a demostrar el vicio de procedimiento que denuncia, pues ni siquiera señaló cuáles serían las pruebas dejadas de practicar ni la trascendencia de las mismas. Por último, cita la decisión que esta Sala dictó el 28 de octubre de 2016 en el radicado 44124, mediante el cual se resolvió un reproche similar en otra investigación adelantada por los mismos hechos.

*- Cargo No 2: falta de aplicación de la ley (numerales 4, 5 y 10 del artículo 32 C.P.)*

Estima que el demandante faltó al principio de lógica y debida fundamentación porque en vez de mostrar que el supuesto de hecho de las normas invocadas se encontraba demostrado, se dedicó a transcribir doctrina sobre *«obediencia debida y posición de mando»*. Además, por considerarlo aplicable al presente caso, trae a colación lo manifestado por esta Corporación en sentencia dictada en el proceso seguido contra Martha Inés Leal Llanos y otros, por demanda en similar dirección, para descartar la tesis de la obediencia debida.

*- Cargo No 3: violación de la presunción de inocencia*

Alega que, de manera caprichosa, el recurrente propone la existencia de una duda favorable al acusado, después se refiere a un falso juicio de legalidad que recayó sobre unos documentos que no habían sido suscritos por aquél, y, por último, concluye solicitando la nulidad del proceso desde el cierre de la instrucción. En cualquier caso, concluye, afirmar la existencia de fallas en la investigación no constituye fundamento suficiente de las pretensiones del recurrente.

*4.3 Respecto de la demanda presentada por IGNACIO MORENO TAMAYO*

Destaca que se formuló un cargo por violación directa de la ley sustancial para, luego, impropiamente, desarrollar una crítica a la valoración del testimonio de Fernando Ovalle Olaz y, al final, denunciar un desconocimiento de la garantía de la presunción de inocencia.

*4.4 Respecto de la demanda presentada por el defensor de MARIO ORLANDO ORTIZ MENA*

Se solicita la inadmisión de todas las censuras formuladas, por las siguientes razones:

*- Cargo No 1: nulidad*

Aunque se denunció que la sentencia de segunda instancia fue suscrita por solo 2 de los 3 magistrados que conformaban la respectiva Sala, se asegura que el recurrente olvidó sustentar la trascendencia de esa irregularidad y fijar el momento del proceso a partir del cual debía decretarse su invalidez.

*- Cargo No 2: nulidad*

Se opone a la censura porque es claro que el proceso se adelantó por hechos realizados desde 2003 y hasta diciembre de 2004, salvo el concierto para delinquir que se extendió hasta octubre de 2005. De esa manera, niega la existencia de cualquier irregularidad; además, se pretende sustentar su trascendencia con base en meras especulaciones respecto a la mayor benevolencia del régimen adoptado por la Ley 906/04 frente al de la Ley 600/00.

*- Cargo No 3: «violación directa de la ley sustancial»*

La demandante se equivocó cuando atribuye al Tribunal la afirmación según la cual su representado fue coautor impropio de violación ilícita de comunicaciones, pues aquél declaró la nulidad del trámite por ese delito por virtud de la caducidad de la querella y, por ende, omitió el estudio de cualquier aspecto sustancial de la referida conducta. En general, el cargo se finca en *«manifestaciones temerarias y alejadas de la realidad»* que no se compadecen con la naturaleza de la causal de casación elegida.

*4.5 Respecto de la demanda presentada por el defensor de RODOLFO MEDINA ALEMÁN*

Se solicita la inadmisión de todas las censuras formuladas, por las siguientes razones:

*- Cargo No 1: nulidad*

Aunque se denuncia la falsa motivación de la sentencia de segunda instancia, lo que desarrolla el recurrente es su inconformidad con la valoración de las pruebas. Además, es evidente que el Tribunal abordó todas las cuestiones que le fueron planteadas en sede de apelación. De esa manera, se desconocen los principios de crítica vinculante y sustentación suficiente de la casación, así como el de trascendencia de las nulidades.

*- Cargo No 2: «violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida…» -falso juicio de existencia-*

Este cargo y los restantes incurren en una contradicción lógica porque amalgaman la causal de infracción legal indirecta con una modalidad de la directa, cual es la aplicación indebida. Además, los testimonios y documentos supuestamente dejados de valorar, son irrelevantes para demostrar la inocencia de RODOLFO MEDINA ALEMÁN. En cualquier caso, el demandante no acreditó la forma como aquéllos podían desvirtuar la abundante prueba de responsabilidad.

*- Cargo No 3: «violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida» -falso juicio de identidad-*

Se pretende sustentar el error de hecho denunciado en *«una cantidad de extractos inconexos y aislados de algunos medios de prueba…»*, sin que, en realidad, se evidencie una lectura distorsionada de éstos. Por el contrario, la valoración probatoria conjunta permitió establecer la intervención del acusado que defiende en cada uno de los delitos por los que resultó condenado. Por último, los argumentos de sustentación obedecen a la particular visión del impugnante y éste no demostró la trascendencia de los supuestos errores.

*- Cargo No 4: «violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida» -falso raciocinio-*

Descarta la violación al principio de no contradicción en la apreciación del testimonio de Fernando Ovalle Olaz porque nada se opone a que RODOLFO MEDINA ALEMÁN ostentara el cargo de asistente administrativo y analista en asuntos de terrorismo y, al tiempo, perteneciera o colaborara con el G3; por el contrario, el perfil de aquél lo facilitaba. Y, sobre la correspondencia que aquél recibió, señala que las reglas de la experiencia indican que un funcionario público debe responder las peticiones que se le allegan, más aún cuando se demostró que los subdirectores de la Dirección de Inteligencia del DAS decidieron colaborar con el referido grupo para realizar interceptaciones ilícitas.

**5. CONSIDERACIONES**

**5.1 Cuestión previa.**

Durante el término de traslado del recurso de casación a los sujetos procesales no impugnantes, un apoderado del señor José del Carmen Cuesta Novoa presentó demanda de constitución de parte civil y, además, un alegato en el que, sin pronunciarse sobre las plurales demandas, solicita que se revoque –parcialmente- la sentencia para que se ordene a favor de su representado una indemnización equivalente a 100 s.m.l.m.v., por virtud de los perjuicios que se le habrían ocasionado.

Al efecto, se le recuerda al peticionario que, mediante providencia del 6 de octubre de 2009, la Fiscalía 11 delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al desatar la impugnación horizontal promovida contra una resolución del 15 de julio de aquel mismo año, dispuso reponer la admisión de la demanda de parte civil presentada por José del Carmen Cuesta Novoa, al no haber acreditado su condición de perjudicado directo, y, por ende, rechazarla[[1]](#footnote-1). En consecuencia, aquél nunca adquirió la condición de parte en la presente actuación, siendo esa la razón por la que en la sentencia de segunda instancia se revocó la condena en perjuicios que había sido decretada a su favor[[2]](#footnote-2); por lo que, carece de legitimidad para realizar actos procesales, como presentar una segunda demanda o alegaciones de cualquier índole.

Así las cosas, ningún pronunciamiento se hará en relación con los memoriales presentados por un apoderado de José del Carmen Cuesta Novoa, sin que sobre advertir que en el alegato, en vez de referirse a las pretensiones y fundamentos de los demandantes en casación, formula una petición propia, a la manera de un recurrente, por demás extemporáneo.

**5.2 Examen de admisibilidad de las demandas.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 213 del Código de Procedimiento Penal (en adelante C.P.P./2000), la Corte examina la demanda de casación instaurada por los defensores y el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO con el objeto de determinar si es admisible o no, lo cual dependerá de la pena máxima legal de los delitos por los cuales se adelantó el proceso, de la existencia de interés para recurrir y del cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la ley, entre los que se destacan «*la enunciación de la causal y la formulación del cargo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y las normas que el demandante estime infringidas»*.

Tal y como lo dispone el artículo 205, inc. 1, del C.P.P./2000, el recurso extraordinario de casación -por regla general- es procedente contra las sentencias proferidas en segunda instancia por los tribunales superiores de distrito judicial -y por el Tribunal Penal Militar-, en los procesos adelantados por delitos cuya pena sea de prisión con un límite máximo imponible que exceda de 8 años. En el caso bajo examen, la sentencia decidió la responsabilidad penal de todos los acusados por la conducta de *concierto para delinquir agravado*, la cual era sancionada con pena máxima de prisión de 13.5 años (arts. 340, inc. 1 y 3, y 342, C.P.). Así, es evidente que la demanda cumple con este primer requisito de procedencia.

De otra parte, los demandantes se encuentran legitimado para recurrir en casación, conforme lo establece el artículo 209 del C.P.P./2000, pues, constituyen una de las partes del proceso –la defensa-, y la sentencia condenatoria que se impugna produce consecuencias adversas a todos los acusados. Además, los argumentos que sustentan el recurso extraordinario coinciden, en lo sustancial, con los expuestos por los defensores en la apelación contra el fallo de primera instancia, en la medida en que, entre otros aspectos, se dirigen a cuestionar la valoración probatoria.

Sin embargo, ninguna de las demandas de casación será admitida por las razones que se exponen frente a cada una de ellas.

**5.2.1 Demanda presentada por el defensor de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI**

Señaló el recurrente que acudía a la causal de casación consistente en la violación indirecta de la ley sustancial y que denunciaba un falso raciocinio, con el objeto de que se restablezca la efectividad del derecho sustancial y las garantías debidas a las partes.

Recuérdese que el falso raciocinio constituye una modalidad de violación indirecta de la ley sustancial o, en otras palabras, uno de los sentidos posibles del manifiesto desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el proceso de apreciación de la prueba fundante de la sentencia. Así, el juez incurre en un error protuberante en el proceso inferencial debido a la infracción de un específico principio de la lógica, regla de la experiencia o ley de la ciencia, mediante el cual fija el mérito de la prueba que se ha erigido como soporte de la decisión. En últimas, el fundamento probatorio de la sentencia es el producto de un error valorativo manifiesto y trascendente.

La determinación de la regla de la sana crítica infringida por el juzgador, es decir, cuál sería el principio de la lógica, máxima de la experiencia o ley de la ciencia que resultó inaplicado o aplicado de manera indebida; es un requisito fundamental en la sustentación de un falso raciocinio porque representa un límite tanto a la actividad de las partes interesadas como a las facultades de intervención del tribunal de casación, pues le impide auscultar los hechos probados por el simple desacuerdo, propio o del demandante, con las conclusiones que los jueces plasman en las sentencias que, como se sabe, están revestidas por las presunciones de acierto y de legalidad. Así pues, la única vía para controvertir el mérito asignado a la prueba en la definición del proceso, es a través de la demostración de su disonancia con una –específica- regla de la sana crítica.

En la demanda bajo examen, jamás se identificó un específico principio de la persuasión racional que haya sido desconocido por la sentencia de segunda instancia en la apreciación de la prueba; es más ni siquiera ese fue el supuesto de hecho del error que se denunció porque éste se hizo consistir fue en la ausencia de valoración de unos medios de conocimiento –testimonios y algunos documentos-. Siendo así, el cargo por falso raciocinio es inadmisible porque es evidente su falta de sustentación; en efecto, las múltiples omisiones probatorias aludidas por el demandante, a lo sumo, tendrían la potencialidad de configurar un error de hecho diferente, cual es el falso juicio de existencia.

El juez incurre en el prenotado yero cuando supone medios de conocimiento en la medida en que no fueron incorporados a la actuación o, por el contrario, pretermite algunos que sí lo fueron. Ese error en el juicio de existencia debe recaer sobre las pruebas fundantes de la sentencia porque de lo contrario sería irrelevante, es decir, no tendría la virtualidad de modificar el sentido de la decisión judicial. En otras palabras, como ocurre con todas las especies de errores de hecho, éstos tienen que ser manifiestos y trascendentes para que puedan generar, eventualmente, la casación del fallo.

En el evento bajo examen, el recurrente denuncia la omisión de las pruebas que demostrarían los siguientes hechos o circunstancias:

1. Que la *«operación Transmilenio»* presentada por GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, tuvo un objeto lícito consistente en la investigación de relaciones entre personas y ONG´s con grupos subversivos, así como de la difusión de propaganda infundada en contra del Estado. Al efecto, cita los testimonios rendidos por el propio acusado, Gustavo Sierra, Fernando Tabares, Jesús Cadena, Gonzalo García Luna, José A. Velásquez Sánchez, IGNACIO MORENO TAMAYO, Astrid F. Cantor Varela y Martha Inés Leal Llanos.

2. Que en una reunión con los subdirectores de inteligencia, AUQUE DE SILVESTRI presentó a José Miguel Narváez Martínez como el asesor designado por el entonces Director del DAS, Jorge Noguera Cotes, para adelantar una investigación contra ONG´s, sin que en ese encuentro se hubiesen coordinado acciones ilegales ni impartido órdenes de trabajo. Sobre esto habrían declarado Hugo Daney Ortiz García, Jackeline Sandoval Salazar, Jesús Caldas Leyva y Martha Inés Leal Llanos.

3. Que su defendido cumplió funciones exclusivamente administrativas en el tiempo en que estuvo encargado de la Dirección General de Inteligencia, por lo que no intervino en el desarrollo de las labores de inteligencia ejecutadas por el G3 en que habrían tenido lugar las actuaciones delictivas, de las que tampoco se enteró. Además, que este grupo especial fue coordinado por Jaime Fernando Ovalle Olaz.

Al respecto, cita, en primer lugar, los testimonios de Jorge Noguera Cotes, Jhon Jairo Vargas Rojas, Alfredo R. Polo Quintana; en segundo lugar, los de *«Arbeláez Ladino»*, *«García Luna»*, Jesús Cadena, Fernando Tabares, Jorge Alberto Lagos León y Laudes Fernández Arroyo; en tercer lugar, unos memorandos y circulares suscritos por AUQUE DE SILVESTRI en su condición de Director General de Inteligencia; y, en cuarto lugar, las indagatorias de Jorge Rubiano Jiménez, Carlos Herrera Romero, Lina Romero Escalante, Martha I. Leal Llanos, José Narváez Martínez, Astrid Cantor Varela, RODOLFO MEDINA ALEMÁN, William Romero Sánchez, IGNACIO MORENO TAMAYO, José Velásquez Sánchez, Andrés Mauricio Peñate, Ronal Rivera Rodríguez, Germán Ospina Arango, Carlos Arzayuz Guerrero, Wilson Navarro Durán, Carlos Orozco Garcés y William Merchán López. En la misma línea, también relaciona los testimonios de Hamilton Nonato Mora, Blanca Cuesta Vanegas, Teresa Guzmán Cortés y Wilfredo Pérez Barrera.

En fin, según el defensor, en el proceso se habrían demostrado mediante plurales medios de prueba que no fueron valorados por los juzgadores, los siguientes hechos y circunstancias: (i) que la denominada «operación Transmilenio» perseguía una finalidad lícita; (ii) que en la reunión en que presentó a José Miguel Narváez Martínez, como el experto designado para dicha misión por el entonces Director del DAS, no se coordinaron acciones ilegales; y (iii) que en la Dirección General de Inteligencia cumplió funciones estrictamente administrativas.

La censura del recurrente falta al principio de corrección material, porque basta consultar el texto de la sentencia, sobre todo de la proferida en primera instancia, para percatarse de la referencia expresa que se hizo al contenido y valor de la mayoría de los medios de prueba que se dicen omitidos. A continuación se enlistan las pruebas testimoniales, incluidas las indagatorias citadas por el defensor, y su ubicación en la prenotada decisión judicial:

|  |  |
| --- | --- |
| **Testigo/indagatoriado** | **Páginas de la sentencia –primera instancia** |
| GIAN CARLO AUQUE DE S. | 130-134, 185 |
| Gustavo Sierra | 147 |
| Gonzalo García Luna | 166 |
| Hugo Daney Ortiz García | 207 |
| Jackeline Sandoval Salazar | 206-207 |
| Jesús Caldas Leyva | 199-200 |
| Jorge Noguera Cotes | 200-201 |
| Jhon Jairo Vargas Rojas | 188-189 |
| Miguel A. Arbeláez Ladino | 142-143 |
| Jesús Cadena Suárez | 168-170 |
| Jorge Alberto Lagos León | 143-145 |
| Laudes Fernández Arroyo | 172-174 |
| Alonso Tabares Molina | 145-147 |
| Carlos Herrera Romero | 196 |
| Lina Romero Escalante | 195 |
| **Testigo/indagatoriado** | **Páginas de la sentencia –primera instancia** |
| Astrid Cantor Varela | 196 |
| Rodolfo Medina Alemán | 212-213 |
| José Velásquez Sánchez | 207-208 |
| Andrés Mauricio Peñate | 178-182 |
| Ronal Rivera Rodríguez | 196-197 |
| Germán Ospina Arango | 210 |
| Carlos Arzayuz Guerrero | 189-193 |
| William Merchán López | 197-199 |
| Hamilton Nonato Mora | 203-204 |
| Blanca Cuesta Vanegas | 166 |
| Teresa Guzmán Cortés | 201-262 |

Y, en segundo lugar, lo que es más importante, en la decisión judicial se puede observar que los supuestos de hecho que fueron desconocidos por virtud de la denunciada omisión, constituyeron el sustento de la teoría del caso que GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI y su defensor promovieron durante el juicio para buscar una declaratoria de inocencia. Esa alegación fue examinada por el juez fallador, pero consideró que la tesis demostrada en el proceso fue la sostenida por la Fiscalía General de la Nación desde la resolución de acusación. En consecuencia, los presupuestos fácticos que relieva el demandante fueron debidamente valorados, por lo que es evidente la ausencia de los requisitos mínimos de configuración de un falso juicio de existencia por omisión.

En efecto, en la sentencia, luego de rememorar el fundamento de la acusación por el delito de *concierto para delinquir agravado*, se expone, de inmediato, la hipótesis defensiva del referido acusado, así:

… *[GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI]* asegura que su labor como Director de Inteligencia del DAS no fue para adelantar las funciones propias del Director, sino para adelantar labores administrativas, reconoció que el equipo de análisis G3, que se conformó al interior del DAS tuvo una finalidad lícita en su objetivo inicial, razón por la que nunca se imaginó que estaba actuando con dolo para hacerle daño a alguien, cosa diferente fue que de manera independiente y con posterioridad unos pocos funcionarios decidieran realizar actividades ilegales, dada la finalidad legal de investigar sobre las supuestas relaciones de algunas organizaciones de derecho privado no gubernamentales –ONGs- con organizaciones criminales y las publicaciones o comunicados de estas que pudiesen configurar propaganda equivocada o mal intencionada en contra del gobierno colombiano.[[3]](#footnote-3)

Enseguida, se expusieron los argumentos por los cuales el juez consideró que el alegato de la defensa no era plausible:

... el acusado GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI lo hacía como Director General de Inteligencia del DAS, que de acuerdo con el artículo 22 del decreto 643 de 2004 tenía funciones las de asesorar a la Dirección del Departamento en todos los asuntos relacionados con el desarrollo de la Seguridad Nacional interna y externa e inteligencia de Estado,…

En esa medida el deber funcional del señor GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI le indicaba que debía dirigir y supervisar el desarrollo de las actividades de inteligencia y contrainteligencia que se adelantaran en el DAS,…, y no cumplir únicamente desde ese cargo funciones administrativas como lo quiere hacer ver exculpatoriamente, pues del material probatorio analizado se concluye que con su participó (sic) en la organización y promoción al interior del DAS el grupo de inteligencia 3 o G3, creado con objetivos claros que no obedecían a la función legal de la entidad, pues a través de aquel, se hacían seguimientos e interceptaciones sin orden judicial a personas líderes de la oposición, defensores de derechos humanos y a sus familiares a partir de las simples sospechas -fundadas únicamente en la actividad que desarrollaban- de que tenían vínculos con grupos armados al margen de la ley.[[4]](#footnote-4)

Más adelante, la decisión judicial comunica los fundamentos probatorios de las conclusiones fácticas preanotadas:

…, es el caso de GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, señalado por FERNANDO OVALLE OLAZ, como la persona que lo designó para colaborar en la formación de un grupo destinado a identificar riesgos y amenazas para la seguridad nacional, bajo las ordenes de JOSÉ MIGUEL NARVÁEZ, grupo que luego se conoció como grupo de inteligencia 3 o G3; German Villalba Chávez, aseguró que estando Dr. Giancarlo le dijo que FERNANDO OVALLE que estaba en lo político, le iba a colaborar en algunos temas a NARVÁEZ, estando en Italia OVALLE OLAZ lo llamó para pedirle que le colaborara por orden de la Dirección de Inteligencia a cubrir algunos eventos que se realizaban en algunos países de Europa, relacionados con miembros del colectivo de abogados, HOLLMAN MORRIS, DICK EMANUELSON, la Corporación Colombia Europa Estados Unidos entre otras organizaciones, al preguntarle al Dr. Giancarlo si debía cumplir esa misión, éste le manifestó que sí debía cumplir esa misión, incluso aseguró que aquella orden fue dada por escrito suscrita directamente por GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI en calidad de Director de inteligencia y con el visto bueno de NOGUERA COTES como Director del DAS. JESÚS HERNANDO CALDAS LEYVA, mencionó que conoció a JOSÉ MIGUEL NARVÁEZ MARTÍNEZ por primera vez en una reunión realizada en la Dirección General de Inteligencia, cuando GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI Director General de inteligencia, lo presentó a los subdirectores, en ese momento como asesor de la esa Dirección, quien lideraría un trabajo de lucha contra la subversión con el fin de desarrollar o detectar eventuales infiltraciones o penetraciones en las estructuras de diferentes ONGs, fue muy claro en afirmar que esa reunión fue convocada por GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, asistieron los directores y subdirectores del DAS y JOSÉ MIGUEL NARVÁEZ MARTÍNEZ, realizó una exposición de las posibles infiltraciones en organizaciones no gubernamentales en la que mencionó al Colectivo de Abogados y algo de Justicia y Paz de Urabá, aseguró que en adelante se le pedía colaborar con el grupo, porque así lo había solicitado el Director de Inteligencia Dr. GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI. *[Este último hecho, según el fallo, es corroborado por los testimonios de Jorge Aurelio Noguera Cotes, Jacqueline Sandoval Salazar y Hugo Daney Ortiz, a cuyos contenidos remite]*[[5]](#footnote-5)

Siendo así, el recurrente pretende sustentar un cargo por falso juicio de existencia, no en la efectiva omisión de medios de prueba sino en el rechazo de la alegación que sostuvo durante el juicio como defensor de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, propuesta ésta que es manifiestamente impertinente en el escenario del recurso extraordinario de casación. De contera, la alusión a la teoría dogmática –prohibición de regreso- que, a su entender, sustentaría la inocencia de dicho acusado, a más de partir de una petición de principio sobre la forma como ocurrieron los hechos juzgados, tampoco constituye argumento de sustentación de un error de hecho en el presente evento.

Ahora bien, la crítica que formula el demandante a la credibilidad del testimonio ofrecido por Jaime Fernando Ovalle Olaz, basada en supuestas contradicciones internas y no en la configuración de un error de hecho -o de derecho-, es un argumento impertinente en la alegación de un falso juicio de existencia, pero también insuficiente en el de un falso raciocinio porque nunca indicó si la apreciación de la referida prueba testimonial infringió alguno de los principios de la sana crítica provenientes de la experiencia, de la lógica o de la ciencia. Es más, ni en lo más mínimo se cuestionaron los criterios por los cuales se concedió mérito al medio de conocimiento, los que fueron consignados con mucha precisión en la sentencia –segunda instancia-. Así se indicó:

A Jaime Fernando Ovalle Olaz el Tribunal, tal como lo ha expuesto en anteriores oportunidades, respecto a los mismos hechos, en lo pertinente le cree, observando los parámetros precitados, en tanto el objeto de percepción en su declaración toca con el ejercicio, en su momento, de sus propias funciones; en esa medida las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que percibe los ilícitos investigados son concomitantes con él. No hay razón, de otro lado, que el estado de sus sentidos presentara, para cuando declara, dificultad capaz de afectar la esencia de sus relevaciones y, con ello, su credibilidad. En cuanto a su personalidad y forma en que rinde la versión se sabe, de ésta última es, inicialmente, en declaración juramentada y, luego, en el marco de su indagatoria y ampliaciones, escenario elegido para explicar no solo su conducta, sino la de quienes, por hacer parte del Grupo G-3, tuvo pleno conocimiento.

De esas diligencias, vertidas en distintos tiempos, la Sala aprecia un hombre consecuente, sensato, resuelto a contar los hechos apegado a la realidad así procure, por momentos, justificarlos en una legalidad que no consigue fundamentar, o en el cumplimiento de órdenes superiores que no eximen de responsabilidad, pudiéndose apreciar, en todo caso, una intención de hacerlo de manera veraz.[[6]](#footnote-6)

De otra parte, se alegó en la demanda que se desconocieron pruebas que demostrarían irregularidades en la cadena de custodia de los documentos recolectados en las instalaciones del extinto DAS, entre las cuales menciona los testimonios rendidos por Abel Morales Leal, Amelia Oviedo Guevara, Diana Caicedo Moreno, Ancizar Barrios Lozada y Fredy Rubio Zafra. Esa afirmación no constituye argumento de sustentación de un error de existencia, en primer lugar, porque la sentencia –en primera instancia- sí se refirió al contenido de la mayoría de esas declaraciones: a la de Diana Caicedo Moreno –págs. 183-184-, a la de Ancizar Barrios Lozada –pág. 182- y a la de Fredy Rubio Zafra –págs. 184-185-; y, en segundo lugar, porque el tema de los vicios en la custodia de unos documentos fue objeto de pronunciamiento expreso, tanto en primera –págs. 116 y117- como en segunda instancia –págs. 56 y63-.

Al final de la demanda, sin ninguna conexión con el cargo que nominalmente formuló –falso raciocinio- ni con el que pretendió sustentar –falso juicio de existencia-, y sin invocar ninguna otra especie de error susceptible de estudio en casación; alega el recurrente que la acción penal por el delito de *utilización ilícita de equipos transmisores y receptores* prescribió desde antes que adquiriera ejecutoria la resolución de acusación. Ello por cuanto, entiende, el delito se habría realizado hasta el 1 de septiembre de 2004, día hasta el cual GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI estuvo encargado de la Dirección General de Inteligencia, y la acusación quedó en firme el 3 de septiembre de 2011, es decir, después de más de 6 años y 8 meses. Es más, continúa, aun cuando se tenga como tiempo final de comisión el 31 de diciembre de 2004, igualmente, habría transcurrido el término de prescripción.

A más de que, como se indicó, ningún error denuncia el demandante, pues, a lo sumo, se limita a formular una petición, tampoco puede ésta encausarse por la causal de casación prevista en el numeral 3 del artículo 207 del C.P.P./2000 –Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad- porque ni siquiera se ajusta a la realidad procesal al fijar los hitos entre los cuales debe contabilizarse la prescripción de la acción penal: en primer lugar, manifiesta que la resolución de acusación quedó en firme el 3 de septiembre de 2011, cuando ello había ocurrido unos días antes -el 25 de agosto- al ser confirmada, en segunda instancia, por el Vicefiscal General de la Nación. Y, en segundo lugar, alega que el delito se cometió hasta el 1 de septiembre de 2004, pese a que lo declarado en la sentencia fue que la conducta ilícita se desarrolló, inclusive, hasta el año 2005, sólo que por la derogatoria de la Ley 600/2000, con ésta se procesaban sólo los que acontecieron hasta el 31 de diciembre de 2004.

En la sentencia se tuvieron por demostrados los siguientes hechos: (i) que el tiempo de comisión de los delitos comprendió los años 2004 y 2005[[7]](#footnote-7), (ii) que los procesados intervinieron en la ejecución de aquéllos hasta que estuvieron vinculados al antiguo DAS[[8]](#footnote-8), y (iii) que GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI estuvo vinculado a esta institución desde septiembre de 2002 hasta noviembre de 2005, según el mismo lo indicó en la audiencia pública de juzgamiento[[9]](#footnote-9).

Entonces, conforme a esas declaraciones fácticas, que son vinculantes porque se encuentran consignadas en una sentencia que está revestida de la presunción de acierto y legalidad, y porque no fueron cuestionadas por el recurrente a través de los sentidos posibles de una violación indirecta de la ley sustancial; el término del fenómeno extintivo de la acción penal debe contarse, indiscutiblemente, a partir del 31 de diciembre de 2004. En consecuencia, cuando se ejecutorió la acusación el 25 de agosto de 2011, aún faltaban unos días para completarse los 6 años y 8 meses que permitían configurar la anhelada prescripción, dada la pena máxima con la que, para entonces, se sancionaba el delito de *utilización ilícita de equipos transmisores y receptores* (3 años, según art. 197, C.P.), y la condición de servidor público de los acusados (arts. 83 y 86, ibídem).

Por las razones expuestas, se inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, tal y como lo solicitó el delegado de la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, carece de objeto la propuesta de aquél consistente en que, a la hora de resolver sus pretensiones, se diera aplicación a mecanismos constitucionales que permiten dirimir colisiones entre derechos fundamentales, como lo es el test de ponderación o de proporcionalidad.

**5.2.2 Demanda presentada por el defensor de EDUARDO AYA CASTRO.**

*Cargo No 1: nulidad*

En atención a su naturaleza extraordinaria y los efectos que se buscan con la misma, la demanda de casación exige cumplir estrictos parámetros argumentativos, de cara a la causal aducida y su forma de demostración. En este sentido, debe recabarse en que solo por vía excepcional se hace posible, ya agotadas las instancias ordinarias, derrumbar el fallo del Tribunal, que llega a esta sede provisto de una doble connotación de acierto y legalidad, motivo por el cual es exigencia perentoria definir el yerro dentro de los presupuestos de una específica causal y desarrollar esta de conformidad con su naturaleza, en tanto, solo así se faculta la demostración de un yerro no solo ostensible, sino trascendente, que haga decaer dicha presunción.

Lo anotado, como necesario proemio para el caso concreto, pues, en notorio desconocimiento de principios tales como los de claridad y autonomía, consustanciales a la casación, navega el demandante a la deriva por varias y muy disímiles causales, en heterogénea alegación que no solo impide verificar la existencia de un específico error o su trascendencia, sino que crea insalvable confusión acerca de los fundamentos de su crítica y los efectos que ella apareja.

A este efecto, si se invoca la causal segunda de casación, por violación del debido proceso, en su estructura de garantía, supuestamente soportada en que se pasó por alto, en la instrucción adelantada por la Fiscalía, el principio de investigación integral, no puede ser factible que en el mismo cargo y sin crear un contexto diferente, se trate de sustentar esa tesis a partir de exponer que no fue examinada en su conjunto la prueba, o que el análisis operó errado, o discriminado, en tanto, ello corresponde a un tipo de yero completamente diferente, que se representa en errores de hecho de existencia, identidad o de raciocinio, aspectos completamente ajenos a la nulidad que subyace en la violación del principio de investigación integral.

En tratándose de causales diferentes, resulta un verdadero despropósito lógico y jurídico tratar de demostrar la omisión objetiva de los funcionarios en allegar pruebas trascendentes, a partir de verificar que las efectivamente recopiladas no fueron adecuadamente examinadas. Y, desde luego, el contrasentido lógico se evidencia con mayor efecto cuando se advierte que si efectivamente no se recogió la prueba, mal puede decirse que esta fue inadecuadamente examinada.

Lo cierto es que, en su cometido de demostrar la violación al principio de investigación integral, el recurrente no acierta a precisar cuáles medios concretos fueron los no allegados y cómo ellos incidirían favorablemente en la condición de su representado judicial, razón por la cual, mejor desvió la discusión hacia otros postulados, que tampoco acierta a precisar en su naturaleza y efectos.

En uno de los apartados iniciales del amplio proemio utilizado para delimitar el ámbito a debatir, el demandante acierta a detallar cómo debe alegarse la vulneración del principio de investigación integral, solo que después desconoce la esencia de dichos parámetros y se ocupa de asuntos completamente diferentes. De lo poco que cabe rescatar como afín a la causal propuesta, la Corte estima necesario hacer algunas precisiones, pues, no obedecen a lo que procesalmente sobre el tema se ha despejado.

En este sentido, si se entiende que el proceso penal debe discurrir por caminos de racionalidad y criterios objetivos, de ninguna manera puede aceptarse lo expresado en la demanda examinada acerca de la necesidad de que en esa clase de actuaciones procesales se recoja la totalidad de las pruebas que digan relación con la conducta punible, o que a la certeza únicamente puede llegarse por la vía de esa exhaustiva práctica.

Es ese un ideal difícilmente realizable, y podría resultar contrario a la esencia del proceso penal y su finalidad. Lo primero, porque siempre será posible aducir que de manera directa o indirecta algún elemento de juicio no allegado debió practicarse y, entonces, el proceso se haría interminable o se tornaría de imposible definición en los casos en los cuales ya no se hace factible la práctica –muere el testigo, se destruye el documento, etc.-; y, lo segundo, porque la definición del término certeza obliga a la Fiscalía a presentar, no todo lo que sobre lo ocurrido puede existir, sino los elementos suficientes para que esa convicción se genere en el juez.

Desde luego, si se advierte de elementos de juicio no solo trascendentes, sino favorables a la defensa, ora porque la práctica adelantada así lo muestra o ya en atención a que lo solicitan el procesado o su defensor, es de imperativo cumplimiento para el fiscal o el juez propiciar su práctica –siempre y cuando ella sea factible, cabe acotar- para de esta manera soportar de legitimidad la decisión, a más de amparar el debido proceso y derecho de defensa.

Huelga anotar que en un sistema penal como el nuestro, irradiado por el principio de libertad probatoria, resulta equivocado reclamar de parte del instructor o el juzgador la práctica de «prueba de la prueba», vale decir, exigir que lo recogido, como elemento de juicio, por vía del testimonio, deba ser corroborado o soportado en otro medio. A ello es a lo que parece apuntar el demandante cuando sostiene que no se practicaron pruebas que respaldaran lo expresado por el testigo de cargos, pasando por alto que este narró lo que directamente percibió y, en estas condiciones, por sí solo lo revelado se erige en medio suficiente de prueba, acorde con las pautas que signan su valoración probatoria.

Desde luego, si la parte contra la cual se aduce la prueba, aún en el sistema mixto diseñado por la Ley 600/2000, entiende que existen medios para controvertir o demeritar lo expuesto por el testigo, es menester que así lo haga ver y reclame su consecuente práctica, pues, si guarda silencio, de ninguna manera es posible señalar violado el principio de investigación integral con base en que se dejaron de allegar elementos indeterminados o que, cual sucede con lo consignado en la demanda, es deber de los funcionarios agotar todo lo que tenga que ver con el tema, así resulte inútil, repetitivo o de imposible práctica.

De igual manera, desproporcionado se ofrece exigir que la investigación debe extenderse hasta cubrir todas las causales de exculpación consignadas en las normas penales, y solo cuando una a una sean desvirtuadas probatoriamente, se permite acusar o condenar. Si la práctica probatoria arroja pasible de materializar una de ellas, o el procesado y su defensa aducen la existencia de alguna específica, se hará exigible dicha tarea, dentro de límites de racionalidad que partan de la existencia efectiva de pruebas que puedan corroborar lo planteado.

Lo anotado, a efectos, no solo de glosar la argumentación presentada por el demandante, sino de señalar la completa inconsecuencia de lo planteado por éste como vicio omisivo del investigador, en tanto, por fuera de genéricas remisiones a las que estima necesidades probatorias, nunca identificó un medio concreto dejado de arrimar por el instructor, detallando su contenido particular y la forma en que este permitiría desnaturalizar o controvertir los medios de prueba en contrario allegados.

No basta, para que tenga buena fortuna la crítica, reseñar de manera etérea y especulativa que debieron allegarse otras pruebas, pues, con ello se desconoce que lo fundamental respecto del principio de investigación integral es demostrar su poder confrontativo de cara a los elementos recogidos y que, para el caso examinado, sirvieron de norte a la condena. En otras palabras, lo obligado del recurrente es precisar unos específicos medios –si son testimoniales identificando al declarante, si se trata de documentales, detallándolos, etc.-, que debe nutrir de contenido –exponiendo lo que en concreto revelan-, para después abordar los elementos de juicio que sustentaron la decisión atacada, a efectos de realizar un análisis de contexto que permita dar a entender objetivamente a la Corte que con tales pruebas ya no se soporta la decisión.

Entonces, si lo que se busca es demostrar que se debieron allegar otros elementos de juicio que corroboren las pruebas de cargos, ya la discusión abandona por completo el campo de la violación al principio de investigación integral y se inserta en los errores de hecho, dentro del campo del falso raciocinio, dado que lo debatido es la valoración probatoria, o mejor, la insuficiencia de los medios recaudados para producir certeza.

El planteamiento del impugnante, acorde con lo anotado, debe ser inadmitido, como quiera que, además de la falta de claridad y contradicciones esenciales destacadas al inicio, aborda el desarrollo del cargo por vías diferentes a las que reclama su naturaleza. Dígase, así mismo, que la desviación de la argumentación hacia causales diferentes tampoco se aprecia afortunada, aún en el caso de examinarse ellas individualmente, pues, cuando ataca la valoración probatoria realizada por las instancias, lejos se halla de demostrar cabalmente lo propuesto, tornando la discusión en simple alegato de instancia –ajeno, sobra señalar, al escenario casacional- en el que pretende hacer valer su interesada postura por encima de la más autorizada del Tribunal.

Debe significarse al demandante que si se trata de controvertir las conclusiones a las cuales llegó el fallador, se hace menester determinar, en primer lugar, la prueba respecto de la cual operó el yerro, para, seguidamente, particularizar cómo fue afectada la sana crítica, detallando si corresponde a las reglas de la lógica, los principios de la ciencia o postulados propios de la experiencia; después, se torna imprescindible explicar cuál fue la regla, principio o postulado erradamente utilizado por el Tribunal y cuál es el adecuado para, por último, examinar en su conjunto el material suasorio, ya despojado del yerro y así, en términos de trascendencia, soportar que sin el mismo es imposible confirmar la decisión atacada. Como nada de ello fue objeto de consideración por el casacionista, su fundamentación se ofrece inane.

En otro apartado de la demanda el recurrente al parecer busca controvertir la legalidad de lo manifestado por uno de los procesados, ya fallecido, sosteniendo que la indagatoria solo tiene efectos defensivos. Con ello desconoce el impugnante, que la defensiva no es la única finalidad que acompaña la diligencia en mención, determinado como ha sido desde antaño, que además de ello la injurada comporta efectos procesales y probatorios. En otros términos, si en curso de la indagatoria una persona formula acusaciones o hace manifestaciones testimoniales que afectan a un tercero, ellas tienen plena legitimidad probatoria respecto de este.

Y si bien, para despejar otro tópico abordado adjetivamente por la defensa, se acostumbra o exige que tan directa manifestación contra el tercero se encuentre precedida de juramento, el obviarse este no conduce a la ilegalidad del medio, sino que impide adelantar, eventualmente, un proceso por falso testimonio contra el indagatoriado.

Otras consideraciones del casacionista atinentes a los elementos típicos del delito de concierto para delinquir –la supuesta inexistencia de acuerdo de voluntades o la ninguna asistencia del acusado a reuniones del G3-, no pasan de la simple afirmación, como quiera que jamás aborda la valoración realizada por las instancias para despejar su materialización, limitándose a sostener que no existe prueba de ello.

Tampoco fundamenta la manifestación referida a que el fallador no examinó en su integridad todos los elementos de juicio recogidos, cuando menos detallando cuáles se desconocieron, qué contienen ellos –se obliga transcribir textualmente lo importante del mismo- y cómo inciden en el conjunto probatorio, con lo cual su posible referencia a un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, se queda en el papel.

A su vez, la controversia planteada respecto de un presunto error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento, remitida a que se desconocieron apartados de declaraciones de expertos que refieren el tema de la compartimentación al interior del DAS, es desvirtuada por el mismo casacionista, dado que más adelante sostiene que lo ocurrido no fue, en estricto sentido, que se pasaran por alto esas afirmaciones, sino que el Tribunal –como de hecho sucedió, si se verifica el texto del fallo de segundo grado, donde se examina este punto de manera específica- no estimó suficiente dicha forma de funcionamiento o la existencia de jerarquización, para eliminar la responsabilidad del acusado. En otras palabras, lo que inicialmente fue definido por el demandante como error de hecho, nunca ocurrió.

Ninguna incidencia tiene en lo debatido, para culminar, que el Tribunal hubiese rotulado la corrupción al interior del DAS, como fundamento para expedir la nueva Ley de Seguridad, así ello no sea verdad.

En suma, la confusión, contradicción y falta de fundamentación que encierra el primer cargo, obliga su inadmisión.

*Cargo No 2: falta de aplicación de la ley*

Cuando se busca demostrar cubierta la causal de violación directa de la ley sustancial, es necesario que el demandante entienda la naturaleza eminentemente dogmática de la discusión, lo que obliga, cabe resaltar aquí, aceptar sin discusión la definición de los hechos y examen probatorio realizados por el fallador, en tanto, de lo que se trata es de determinar objetivamente que esos sucesos demostrados no se avienen con la norma utilizada o se compadecen con otra u otras desconocidas por la sentencia de segunda instancia.

Para el caso, una primera confusión en la que incurre el impugnante opera por virtud de considerar que en la misma condición de coordinador de uno de los de los grupos del DAS, el procesado, a la vez, actuó al amparo de 3 distintas causales de exculpación, conclusión a la cual solo se puede llegar por la vía de un examen somero o descontextualizado de cada una de las circunstancias consagradas en la ley.

Pero, dejando de lado ello, lo cierto es que ninguna vocación de admisibilidad puede tener el cargo, si está claro que el mismo se sustenta en hechos completamente ajenos a los estimados ciertos por el Tribunal. En este sentido, cabe destacar que las instancias definieron el actuar del acusado AYA CASTRO, dentro de una estructura criminal creada al interior del DAS, grupo G3, advirtiendo que conocía él de la naturaleza ilícita de su accionar y que además sumó su voluntad a la de los demás miembros, para adelantar las tareas de seguimientos e interceptaciones ilegales.

De esta manera, para que el cargo por violación directa de la ley sustancial pudiese tener buen suceso, era indispensable demostrar que el Tribunal asumió cierto que el procesado no conocía de la ilicitud del actuar del grupo, ni sumó su voluntad a ello, y sin embargo se le condenó, pasando por alto las justificantes que ahora se traen a colación. El fallador, contrario a ello, despliega un amplio apartado a examinar las causales que eximen de responsabilidad contempladas en el artículo 32 del C.P., hasta determinar que ninguna de las aquí planteadas opera en favor del acusado, en cuidado examen que no fue considerado por el demandante para hacerlo ver equivocado.

Con ello, lo que se advierte es que el recurrente no solo desnaturalizó la esencia de la causal, al referirse a hechos ajenos a los determinados como ciertos por el fallador, sino que desconoció por completo, ya en el campo dogmático, las razones en contrario esgrimidas por las instancias, con lo que el discurso que ahora presenta no pasa de constituir su particular óptica del asunto, sin delimitar la existencia de un yerro efectivo que pueda examinarse en casación.

Poco cabe decir en lo que respecta a la afirmación del recurrente referida a que si el concierto para delinquir opera sobre delitos indeterminados, no es posible que se atribuyan al acusado unos específicos punibles. La debilidad del argumento se ofrece ostensible si se advierte que el concierto para delinquir opera como conducta autónoma e independiente de los delitos que por virtud del mismo se ejecutan –en cuanto delito de conducta, incluso se perfecciona si no se realiza alguna de la actividades acordadas-; y, claro, la indeterminación de cuáles delitos se cometerán, no implica que una vez ejecutados algunos de ellos se desnaturalice ese elemento, por razones obvias.

El cargo, de conformidad con lo anotado en precedencia, debe inadmitirse.

*Cargo No 3: vulneración de la presunción de inocencia*

La precariedad que acompaña el cargo, una especie de colofón de los 2 anteriores, impide que la Corte se extienda en su inadmisión.

Apenas se precisará al casacionista que, en sí misma, la violación al principio de presunción de inocencia y su correlato in dubio pro reo, no representa una causal de casación, sino una especie de yerro que debe inscribirse en alguna de las consagradas en la ley. Esto es, si se tiene como consecuencia la afectación del principio en cuestión, se hace necesario determinar por cuál medio se llegó a ello, esto es, por la vía directa o indirecta de violación de la ley sustancial.

Ya de manera reiterada y pacífica la Corte ha definido que si lo buscado determinar es que se pasó por alto la existencia de duda probatoria, ello puede ocurrir por dos vías diferentes: (i) por violación directa de la ley, dado que se deja de aplicar la norma sustancial que obliga absolver pese a asumirse por el fallador que de verdad existe duda; (ii) por errores de derecho –falso juicio de convicción o falso juicio de legalidad- o de hecho –falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio-.

En el primer caso la demostración del defecto se determina elemental, pues, basta con citar el apartado del fallo en el cual el Tribunal sostuvo existir duda, para de allí colegir inconcuso que, entonces, debió absolver como lo exige la ley. Mientras que, en el segundo evento la sustentación obliga del demandante especificar el tipo de error y proceder a su demostración de conformidad con las pautas que para cada uno de ellos ha fijado la jurisprudencia de la Sala.

Lo cierto es que nada de ello se observa contener en la demanda presentada por el defensor del acusado, pues, como ocurrió con el primer cargo, diserta sobre variados aspectos, sin norte definido, con el propósito de hacer valer su tesis, afirmando apenas que *«las consideraciones realizadas en precedencia»* (suponemos, las consignadas en los cargos anteriores, ya desvirtuadas por la Corte), verifican *«que existen fundadas dudas sobre la existencia del delito con respecto a EDUARDO AYA CASTRO y mucho más sobre su verdadero autor y responsable»*.

Más adelante, sí, parece ubicar un nuevo argumento, basado en la supuesta ilegalidad de los documentos tomados de la sede del DAS en Bogotá, lo que permitiría establecer factible la existencia de un error de derecho por falso juicio de legalidad. Empero, se limitó a sostener que dichos documentos no estaban firmados por el procesado y que los anexos de los mismos fueron «armados a la fuerza», a más que no se detalló su cronología y contienen información que, en su sentir, no viola la intimidad.

Jamás detalló cuál documento en concreto contiene alguna de las irregularidades destacadas o por qué ellas lo vician de ilegalidad –ofreciendo la norma que así lo dispone-; ni tampoco expone en qué basa su afirmación general, referida a todo el acopio documental, atinente a que la información allí contenida, que tampoco se especifica, no vulnera el derecho a la intimidad.

Desde luego, se echa de menos también la determinación de trascendencia, para cuyo efecto se obligaba explicar de qué manera los documentos que comportan ilegalidad incidieron en el fallo de condena y cómo, en análisis conjunto de los elementos de juicio acopiados, sin ellos ya no se sostiene la condena.

La Sala debe destacar, en este punto, cómo el sentenciador de segundo grado destinó todo un acápite, consignado en muchos folios del fallo, para examinar a profundidad este tema, con detallada auscultación normativa y jurisprudencial y verificación de temas precisos, entre ellos el atinente a la cadena de custodia y la verificación de autenticidad de lo recogido en la sede del DAS, sin que nada de ello fuera abordado en la demanda por el recurrente, para así permitir de la Corte conocer cuáles son los yerros en que incurre el Tribunal.

Dígase, para culminar, que no se compadece la solicitud que se hace en este cargo, anulación del trámite desde el cierre de la investigación, con la naturaleza del mismo, y ni siquiera con las conclusiones generales de la demanda, en las cuales advera el impugnante que por todos los cargos ha de emitirse sentencia absolutoria.

Por lo anotado, debe inadmitirse también el tercer cargo de la demanda.

**5.2.3 Demanda presentada por el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO.**

Como antes se indicó, cuando se plantea la violación del principio *in dubio pro reo* por la vía directa, el recurrente debe demostrar que en la sentencia se reconoció la existencia de dudas trascendentes sobre la materialidad de la conducta y/o la responsabilidad del procesado y, pese a ello, se le condenó con exclusión evidente de la disposición normativa que, ante tal panorama, determina la absolución de aquél (art. 7, C.P.P./2000).

 En el presente asunto, el demandante acudió, precisamente, a la causal de casación de la infracción directa de la ley sustancial; sin embargo, no la desarrolló ni demostró, en tanto no verificó, con las citas textuales respectivas, que en los argumentos de los fallos de instancia se haya dado por sentado que, finalizado el debate público, la presunción de inocencia no fue desvirtuada por la Fiscalía; lo cual, además, resultaba de imposible realización, pues las razones probatorias y jurídicas consignadas en la sentencia muestran todo lo contrario, esto es, que con certeza se acreditó la existencia del delito y la responsabilidad del acusado IGNACIO MORENO TAMAYO.

En efecto, en la decisión judicial impugnada se arribó a afirmaciones como las que a continuación se enuncian:

* En conclusión se dan los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos por el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 para proferir sentencia condenatoria en contra de GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, IGNACIO MORENO TAMAYO y MARIO ORLANDO ORTÍZ MENA, RODOLFO MEDINA ALEMÁN y EDUARDO AYA CASTRO, pues se ha cumplido con la carga probatoria para concluir que son responsables de la comisión de los delitos por los que han sido acusados, exceptuando aquellos que se encuentran prescritos y aquellos por lo que se ha absuelto[[10]](#footnote-10).
* Con la muestra de documentos auténticos a los que se ha hecho referencia, en un juicio valorativo, se impone reiterar que las conductas atribuidas a los procesados, en las circunstancias jurídico probatorias descritas, no pueden ser atípicas, como lo sugiere el bloque de la defensa pues, efectivamente, se conformó de manera voluntaria, para el caso del concierto para delinquir, una asociación permanente de personas al servicio del DAS para violar la ley penal. No de otra forma podría explicarse la persistente búsqueda de información de los llamados blanco invadiendo, ilegal y voluntariamente, su intimidad; búsqueda que no podía hacer una sola persona, por lo que concurren concertadas varias, con diferentes funciones, dispuestas a cometer delitos en desarrollo del objetivo que las identifica. Tampoco cabe duda de la tipicidad respecto a la estructuración de las conductas perfeccionadas como expresión del aludido concierto – violación ilícita de comunicaciones; utilización ilícita de equipos transmisores y receptores y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto-, todas ellas antijurídicas porque vulneraron, sin justa causa, los bienes jurídicos de la seguridad pública, la libertad individual y otras garantías y la administración pública, y culpable porque ninguno de los implicados se encuentra inmerso dentro de alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en la legislación penal, tal como lo revela su actuar consciente y voluntario.[[11]](#footnote-11)

Ahora bien, como quiera que la inconformidad del demandante, en realidad, está relacionada con los alcances dados a los medios de convicción por parte de los jueces de instancia, surge evidente que equivocó la vía casacional para formular el ataque, pues, lo correcto era oponerse a las deducciones probatorias del juzgador por la senda de la violación indirecta de la ley sustancial, a partir de la acreditación de un error de hecho –de existencia, de identidad o de raciocinio- o de derecho –de legalidad o de convicción-.

Es decir, en ese caso se debía demostrar que los jueces de instancia dejaron de aplicar el principio señalado, a través de una apreciación manifiestamente equivocada de los medios de prueba, indicando el tipo específico de error en que se incurrió y la trascendencia del mismo; para luego, sí predicar la falta de aplicación del principio de *in dubio pro reo*. No obstante, esta no fue la vía escogida por el recurrente, ni mucho menos desarrollada de cara a las exigencias decantadas por esta Corporación.

Ahora, si bien es cierto en la demanda se formularon algunas críticas a la valoración probatoria, éstas, como se verá, tampoco alcanzan a sustentar un específico sentido de la infracción indirecta de la ley sustancial.

 Alegó que los falladores le restaron credibilidad al testimonio rendido por Jaime Fernando Ovalle Olaz, quien de manera categórica afirmó que IGNACIO MORENO TAMAYO era ajeno a los hechos investigados, pese a que éste ha sido reconocido por la Fiscalía *«como el testigo más importante para su acusación»*.

Pareciera que el recurrente cuestiona el mérito asignado por los juzgadores al testimonio de Jaime Fernando Ovalle Olaz; sin embargo, jamás finca su –aparente- inconformidad en la vulneración de un principio de la sana crítica que, quizás, permitiera reconducir el debate al cauce del falso raciocinio. A cambio de ello, se aleja completamente de una crítica racional a dicho proceso valorativo cuando justifica su reparo en la opinión o alegación de uno de los sujetos procesales: la Fiscalía General de la Nación, la que, obviamente, en nada es vinculante.

En cualquier caso, la premisa expuesta desconoce el principio de corrección material porque, en lo que respecta a la referencia que de IGNACIO MORENO TAMAYO hiciera Jaime Fernando Ovalle Olaz, la sentencia –de segunda instancia- reprodujo la parte de la indagatoria que el último rindió el 1 de diciembre de 2009, en la que se puede observar que jamás afirmó la ajenidad de aquel acusado en los delitos, sólo manifestó que no recordaba la relación que habían tenido.

Además, la sentencia fue clara en advertir que, al margen del testimonio cuestionado, al proceso se incorporaron múltiples documentos que revelaban la participación delictiva del recurrente concretada, entre otras actuaciones, en el intercambio de información reservada. En efecto, el Tribunal, luego de trascribir lo pertinente de la indagatoria de Jaime Fernando Ovalle Olaz, aseguró: *«Sin embargo, hay evidencias en sentido contrario, como se verá»[[12]](#footnote-12)*, la que pasó a enunciar así:

3.7.4.2.1. Memorando de 30 de marzo de 2004 remitido por Fernando Ovalle Olaz – Grupo Especial de Inteligencia 3-, a IGNACIO MORENO TAMAYO – Subdirector (E) Fuentes Humanas-, en el que se consigna: “… con el fin de obtener información sobre los contactos que tienen los objetivos principales establecidos en el Caso Transmilenio, me permito solicitar el suministro de la identificación de los usuarios y en lo posible la última relación de llamadas efectuadas, de los siguientes abonados…”.

3.7.4.2.2. Oficio DGIN.SFUH.GOCA No. 32773 de 2 de abril de 2004, a través del cual IGNACIO MORENO TAMAYO, en su condición de Subdirector de Fuentes Humanas, remite a Fernando Ovalle Olaz, información que denomina de carácter reservado, relacionada con los datos requeridos en el memorando 189766 del 30 de marzo de 2004.

3.7.4.2.3. Memorando No. 28447 de 24 de marzo de 2004 mediante el cual IGNACIO MORENO TAMAYO – Subdirector de Fuentes Humanas (E)-, envía a Fernando Ovalle Olaz, información con carácter reservado relacionada con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia PNUD y la Corporación Colectivo de Abogados.

3.7.4.2.4. Oficio DGIN.SFUH.GOCA No. 63901 de 4 de junio de 2004, a través del cual IGNACIO MORENO TAMAYO, en su condición de Subdirector de Fuentes Humanas, remite a Fernando Ovalle Olaz, información que denomina de carácter reservado, relacionada con los datos requeridos en el memorando S/N del 25 de mayo de 2004[[13]](#footnote-13).

(…)

3.7.4.6.1. Memorando de 21 de julio de 2004 en el que IGNACIO MORENO TAMAYO – Subdirector de Fuentes Humanas-, remite a Fernando Ovalle Olaz, información con carácter reservado en respuesta a los memorandos del 6 y 13 de julio de 2004, en el que se consignan registros de llamadas frecuentes de números telefónicos celulares y fijos.

3.7.4.6.2. Memorando No. 79198 de 9 de julio de 2004 mediante el cual IGNACIO MORENO TAMAYO – Subdirector de Fuentes Humanas-, envía a Fernando Ovalle Olaz, información con carácter reservado relacionado con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia PNUD.

(…)

3.7.4.6.4. Memorando de 26 de agosto de 2004 de Jaime Fernando Ovalle Olaz, con destino a IGNACIO MORENO TAMAYO – Subdirector de Fuentes Humanas-, relacionado con el caso Transmilenio: “…me permito solicitar el suministro de la identificación del usuario y en lo posible la última relación de llamadas efectuadas del siguiente teléfono celular…”, con manuscrito en la parte inferior derecha: “novia Wilson Borja”[[14]](#footnote-14).

De esa manera, aun en el hipotético caso de que pudiera predicarse la configuración objetiva de un error en la apreciación del testimonio de Jaime Fernando Ovalle Olaz; tal vicio sería, absolutamente, intrascendente, pues la sentencia de condena se soporta, también, en otros medios de prueba, en nada cuestionados.

 También aduce el recurrente que, para la época en que tuvieron ocurrencia los hechos, no pertenecía al nivel directivo del extinto DAS, ni mucho menos hacía parte del G3, sólo intercambiaba información con ese grupo, sin conocer el destino de esta última. Además, recuerda que Alonso Tabares Molina y Laude José Fernández Arroyo afirmaron que, por el proceso de compartimentación, era probable que quienes enviaban los documentos al G3 no supieran *«ni para que, ni porqué, ni en qué, sería utilizada esa información» (sic)*. Este tema fue ampliamente valorado por los falladores; así, sobre este punto, manifestó el de primera instancia:

El cumplimiento de las órdenes de superiores y el principio de compartimentación no son suficientes para justificar que el procesado haya desplegado los seguimientos probados, pues a partir de su formación como detective le era posible saber que debe mediar orden judicial para proceder como lo hizo, toda vez que la intimidad de las personas es inviolable, salvo en los casos y por los procedimientos establecidos por la ley, por lo que se afirma, pudo el acusado EDUARDO AYA CASTRO y sus demás compañeros de causa, oponerse a la realización de las actividades de inteligencia ordenadas por sus superiores.[[15]](#footnote-15)

Y, el de segunda instancia precisó:

Este tema de la compartimentación, esgrimido también por la defensa para justificar el presunto desconocimiento de los procesados en cuanto a las acciones que los demás involucrados en el proceso penal desarrollaban, por lo que no podría hablarse de concierto, realmente no se evidencia, pues se demostró con la valoración conjunta de las revelaciones hechas por *Ovalle Olaz,* y demás elementos de convicción acopiados, por ejemplo, la existencia de consuetudinarias reuniones de los componentes del grupo, de los fines compartidos, del conocimiento integral y pleno de los denominados “blancos”, de los informes rendidos en desarrollo de ellas, - ver memorandos-, de las tareas establecidas y distribuidas, por lo que mal podría afirmarse que solo uno, o unos pocos servidores sabían los pormenores y propósitos del Grupo G3. En esa dirección nunca se acreditó en el proceso que integrantes de éste tuvieran acceso restringido a información; por el contrario, entre ellos tácita o expresamente existía confianza y seguridad acerca de los fines del Grupo entendiéndose asociados por una causa. En tal virtud, ninguna evidencia obra para asumir que operó el principio de compartimentación.[[16]](#footnote-16)

Los muy precisos argumentos presentados por los jueces de instancia, no fueron abordados por el impugnante para hacer ver algún exabrupto que los deslegitime, por lo que, ante la ausencia de argumentación encaminada a verificar la existencia de algún tipo de error, la crítica de aquél, a más de desviarse del cargo propuesto, se convierte en un alegato con el que pretende imponer su particular postura, como si la sede extraordinaria se tratara de una tercera instancia en la que es posible exponer libremente las razones que motivan su desacuerdo con la decisión judicial.

 Igual consideración es aplicable al argumento defensivo, no susceptible de estudio en casación, según el cual la información que intercambió era suministrada *«por fuentes, quienes a su vez las obtenían a través de medios abiertos como internet, revistas, noticieros o publicidad de eventos que se realizaban allí, sin que en ningún momento se violara la intimidad o privacidad de alguna persona»*, por lo que, en su sentir, *«no hizo más que cumplir con su deber legal de difundir la información que le remitían,…».*

En conclusión, el recurrente no acreditó yerro alguno conforme con la técnica casacional que desvirtúe la doble presunción de acierto y legalidad que le asiste al fallo. Por consiguiente, la Sala habrá de inadmitir el libelo que se examina.

**5.2.4 Demanda presentada por la defensora de MARIO ORLANDO ORTIZ MENA.**

*Cargo No 1: nulidad de la sentencia*

La recurrente considera que se violó el debido proceso porque la sentencia de segunda instancia sólo fue suscrita por 2 de los 3 magistrados que conforman la Sala Penal del Tribunal, como quiera que uno de ellos, el Dr. Fabio David Bernal Suárez, al parecer, se declaró impedido para conocer el asunto, pese a que *«no exista ningún otro registro en expediente que verifique lo afirmado…»*. En su sentir, se incumplió lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 600/2000, toda vez que, (i) no se aceptó el impedimento manifestado, y (ii) no se complementó la Sala con quien le seguía en turno, ni con un conjuez.

La precitada norma legal prevé que *«Del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la sala respectiva. Aceptado el impedimento del magistrado, se complementará la Sala con quien le siga en turno y si hubiere necesidad, se sorteará un conjuez. Si no se aceptare el impedimento, tratándose de magistrado de tribunal superior, se pasará el proceso a la Corte Suprema de Justicia para que dirima de plano la cuestión».* Además, el artículo 54 de la Ley 270/1996 dispone que *«Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección».*

La Corte, de manera reiterada[[17]](#footnote-17), ha señalado que cuando se acepta el impedimento de un Magistrado, la Sala de Decisión se complementará con quien le siga en turno, o con un conjuez –dependiendo del caso-, en aquellos eventos en que no se no se conserve el quórum deliberatorio y decisorio en los términos contemplados en el inciso 1 del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Con esta claridad, lo primero que debe indicarse es que la recurrente falta al principio de corrección material, cuando afirma que la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá no le dio trámite al impedimento manifestado por el Dr. Fabio Bernal Suárez. En efecto, mediante auto del 23 de julio de 2012[[18]](#footnote-18), dicho Magistrado se declaró impedido para conocer de este asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99-4 de la Ley 906/2004, el cual fue aceptado por los restantes Magistrados de la Sala mediante proveído del 30 de julio de ese mismo año[[19]](#footnote-19). Por lo que, contrario a lo expresado por la recurrente, sí se surtió el trámite establecido en la ley que viene de citarse.

De otra parte, la separación del conocimiento del asunto del magistrado del Tribunal, no implicó la disolución del quorum deliberatorio y decisorio, por lo que, de conformidad con los antecedentes jurisprudenciales citados, no se hacía necesario nombrar en su reemplazo al Magistrado que le siguiera en turno, ni mucho menos sortear y posesionar a un conjuez, como de manera equivocada lo asegura la recurrente.

En consecuencia, el cargo debe inadmitirse toda vez que carece de soporte fáctico y jurídico.

*Cargo No 2: nulidad del proceso*

Al amparo del numeral 3º del artículo 207 del C.P.P./ 2000, la recurrente formula el cargo de nulidad, *«como consecuencia de haberse rituado la causa a través de un régimen procesal distinto por el que legalmente debió adelantarse»*; pues, en su sentir, *«el acontecimiento fáctico a partir del cual se predica su intervención – la del procesado Mario Orlando Ortíz Mena- en las conductas punibles que se le endilgan corresponde al año 2005»*, por lo que la actuación debió adelantarse conforme el procedimiento descrito en el código de 2004 y no por el regulado en el del año 2000, tal y como ocurrió.

Lo primero que debe indicarse es que este tema fue tratado por los jueces de instancias. Esto consideró el Juez:

Se aclaró desde la resolución de acusación que las imputaciones realizadas con relación al delito de concierto para delinquir agravado se extiende durante todo el funcionamiento del G3, es decir hasta octubre de 2005; en relación con los demás delitos, se indicó que la presente actuación cobija las conductas perpetradas durante el año de 2004, en razón de la variación del régimen procesal, que operó a partir del 1 de enero de 2005, **así entonces las conductas constitutivas de delitos cometidas a partir de esa fecha, fueron objeto de investigación por el procedimiento de la Ley 906 de 2004** bajo el radicado 200900002.[[20]](#footnote-20)

Y así lo abordó el Tribunal:

Este aspecto, materia de censura, vinculado al trámite procesal imprimido a la investigación y juicio pues, en opinión de los recurrentes, ha debido regirse por la Ley 906 de 2004, al margen de que haya sido en vigencia de ésta cuando se presentó la denuncia, no tiene vocación de prosperidad ya que, como ha sido debidamente depurado, **los hechos objeto de investigación y juzgamiento en el marco de la presente actuación recogen un período que cierra el 31 de diciembre de 2004**.

(…)

Luego, si la resolución de acusación constituye el marco fáctico y jurídico que demarca la emisión de la sentencia y aquella, sin que hubiere sido desvirtuado, sentó que los hechos objeto de investigación son los sucedidos antes de enero de 2005, lógicamente la legislación aplicable, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, es la que regía para ese entonces, pues lo que determina ese fenómeno jurídico no es la fecha de la formulación de la denuncia o iniciación oficiosa de investigación, sino la calenda en que tiene ocurrencia el hecho, para nuestro caso, año 2004. Y como quiera que la norma procesal vigente para tal momento era la Ley 600 de 2000, ningún reproche merece su aplicación y observancia. Las referencias contingentes a situaciones de 2005 son solo eso: circunstanciales, sin que comporte estar cobijadas por la misma actuación penal.[[21]](#footnote-21)

Con facilidad se observa, que la sentencia declaró que las conductas punibles por las cuales se juzgó a MARIO ORLANDO ORTIZ MENA ocurrieron todas en el año 2004, inclusive el concierto para delinquir agravado que, aunque se prolongó hasta el 2005, sólo se procesaron los hechos que lo constituyeron hasta el 31 de diciembre del primero de tales períodos anuales. De esa manera, el recurrente, al desconocer la premisa fáctica de la sentencia, infringe el principio de corrección material, sin que, de otra parte, tampoco haya cuestionado esa realidad declarada mediante uno de los errores de hecho o de derecho capaces de configurar una violación indirecta de la ley sustancial.

Se agrega a lo anterior, que en la resolución de acusación, como corresponde, se definieron los hechos -incluidas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar- por los cuales se adelantaría el juicio, quedando claro desde allí que a MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, según aconteció, se juzgaría por conductas ocurridas durante el 2004. Véase:

**5.4. Mario Orlando Ortiz Mena**

Posteriormente, el **19 de diciembre de 2004** remitió a Ovalle Olaz información del Senador Carlos Gaviria, consistente en algunos números telefónicos en una hoja de papel manuscrito y un volante.

El **22 de noviembre siguiente**, remitió a la subdirección de análisis una información relacionada con una protesta contra el desplazamiento, que apareció en los archivos del G-3 con la anotación manuscrita “Minga”. En dicho informe de inteligencia se refiere específicamente a Gloria Flórez Sneider, su sitio de residencia en Bogotá, se señala que posteriormente viajó a Sao Paulo- Brasil y se hospedaría en el hotel Meliá Kopel donde se adelantaría un evento.[[22]](#footnote-22)

(…)

Resulta trascedente referirse, entre otros documentos, a los relacionados con Carlos Gaviria Díaz, en cuanto se aportan números telefónicos escritos en papel, que de acuerdo con lo que se ha conocido del G-3, no solo fueron recaudados ilícitamente, sino que se utilizaron para establecer entre los contactos de este político de oposición nuevos blancos, a quienes realizar seguimientos, e interceptar líneas telefónicas.[[23]](#footnote-23)

(…)

En este orden, el pretendido desconocimiento del implicado de las labores del G3 que plantea junto con su defensor, surge bien alejado de las pruebas obrantes, pues lo que resulta claramente acreditado es que conoció y coadyuvó desde su desempeño como coordinador del gruve y luego como miembro del G-3 las tareas ilícitas de este grupo y supo perfectamente que se realizaban seguimientos ilícitos, control técnico, esto es, interceptación ilícita de comunicaciones, para lo que entregó información relacionada con Carlos Gaviria Díaz y adicionalmente, que se utilizaba los equipos de la entidad para dicha labor.

Por si fuera poco, su nombre aparece en varios manuscritos relacionados con labores, e informes de inteligencia como el relacionado con Margot Aguilar y su comunicación con Alirio Uribe, información entregada en “Subop a Mario 10:58 – **13.dic.04**”.[[24]](#footnote-24)

Siendo así, el supuesto de hecho del error de procedimiento denunciado es inexistente, por lo que el cargo se inadmitirá.

 *Cargo No 3 (subsidiario): violación directa de la ley sustancial*

Asegura la recurrente que los jueces de instancia encontraron responsable a MARIO ORLANDO ORTÍZ MENA por los delitos de violación ilícita de comunicaciones –respecto del cual se decretó el cese de procedimiento en el fallo de segunda instancia- y utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, en calidad de coautor impropio.

Y, seguidamente, manifiesta que: *«debido a la independencia que, a nivel fáctico y jurídico, es necesario que exista entre de (sic) los dos mencionados delitos (arts. 192 y 197) y el injusto principal de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO…se hace absolutamente necesario identificar el presupuesto causal que permite acreditar la existencia de la mencionada forma de intervención delictiva que la judicatura predica, cual es: la instrumentalización de parte del autor mediato»*; y, luego de transcribir el concepto de autor mediato expuesto por esta Corporación en la SP, sep. 2/09, rad. 29221, concluyó que el Tribunal tiene *«la equivocada convicción»* de que su defendido intervino en los delitos señalados como coautor impropio, desconociendo *«los requisitos de existencia de dicha forma de intervención delictiva».*

En este punto, se hace necesario reiterar que cuando se denuncia la violación directa de la ley sustancial, se deben aceptar los hechos y las pruebas de ellos tal como fueron declarados unos y apreciadas las otras por el juzgador. Se requiere, entonces, exponer su discrepancia en el ámbito del raciocinio estrictamente jurídico, es decir, sólo frente a las consecuencias jurídicas atribuidas a los hechos declarados, sin que resulte viable alegar o sugerir al tiempo la presencia de errores de apreciación probatoria, dado que para ello la ley ha previsto la vía indirecta[[25]](#footnote-25).

 En consecuencia, la recurrente tenía la carga de demostrar que los falladores reconocieron en las consideraciones de la providencia atacada que MARIO ORLANDO ORTIZ MENA fue instrumentalizado por el autor –mediato- de los delitos, ya sea por coacción insuperable o aprovechamiento de un error, entre otras, y, pese a ello, fue condenado como coautor impropio por el delito de utilización ilícita de equipos transmisores o receptores; carga que no fue cumplida por la censora, seguramente por absoluta imposibilidad, pues ninguna de las circunstancias de exoneración de responsabilidad fue reconocida por los falladores.

En efecto, sobre la responsabilidad de MARIO ORLANDO ORTÍZ MENA en la sentencia impugnada se afirmó:

Recuérdese que la coautoría de ORTÍZ MENA, aparece supeditada a la violación ilícita de comunicaciones y utilización ilícita de equipos transmisores y receptores. Por ello no era necesario que él, personalmente, interceptara comunicaciones. Esa división de trabajo puede aparecer, por ejemplo, cuando uno o varios de los sujetos se encargan de la dirección del plan criminal, otros preparan los medios y elementos que servirán para llevarlo a cabo y, finalmente, otros se hacen cargo de ejecutarlo materialmente. De esta forma la totalidad de los procesados son considerados coautores.[[26]](#footnote-26)

(…)

Además, aunque directamente no haya interceptado comunicaciones o utilizado ilícitamente equipo de comunicación, ejecutó acciones dirigidas inequívocamente a ese fin conjunto. De ahí que sea considerado coautor de tales punibles.[[27]](#footnote-27)

Entonces, como la inconformidad de la demandante, en realidad, está relacionada con los alcances dados a los medios de convicción por parte de los jueces de instancia, surge evidente que equivocó la vía casacional que escogió para formular el ataque, pues, lo correcto era oponerse a las deducciones probatorias del juzgador por vía de la infracción indirecta de la ley sustancial, respecto de la cual tampoco cumplió los requisitos mínimos de sustentación.

En consecuencia, el cargo debe inadmitirse.

**5.2.5 Demanda presentada por el defensor de RODOLFO MEDINA ALEMÁN.**

 *Cargo No 1: nulidad de la sentencia por falsa motivación*

Se cuestiona el fallo por una motivación sofística, falsa o aparente, es decir, *«equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque [el juez] las supone, las ignora, las distorsiona, o desborda los límites de racionalidad en su valoración, y esa es la razón por la cual debe demandarse por la vía de la causal primera, cuerpo segundo»[[28]](#footnote-28)*.

Aunque pareciera que el libelista atinó al acudir a la causal adecuada de casación para invocar el yerro denunciado, cuando mencionó la primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600/2000, lo cierto es que en el desarrollo del cargo incurre en graves falencias que impiden su estudio de fondo.

En efecto, pregona la nulidad de la decisión por falsa motivación, con lo cual desconoce que ésta, a diferencia de las demás modalidades de esta categoría de irregularidades que configuran vicios de procedimiento (motivación ausente, deficiente o ambivalente), se estructura a través de un error de juicio que, por ende, no conduce a la anulación de la actuación, sino que conlleva la emisión de una determinación sustitutiva[[29]](#footnote-29).

Así mismo, el recurrente desatendió la obligación de identificar el error de hecho o de derecho, manifiesto y trascendente, en que se incurrió y que determinó la motivación sofistica o aparente. En efecto, se limitó a mencionar que hubo desconocimiento de algunos medios de convicción y tergiversación o inadecuada interpretación de otros, sin precisar, siquiera, las probanzas a las que se refería, ni el yerro exactamente cometido, y menos aún la incidencia del mismo.

Y por si lo anterior fuera poco, al tiempo que censura la sofistica motivación de la condena producto de una indebida apreciación de las pruebas por parte del órgano jurisdiccional; de manera impropia, también pregona del mismo la *«ausencia de una motivación objetiva coherente con los hechos investigados»* porque la sentencia reproduce argumentos de la resolución de acusación y los acoge sin mediar una ponderación crítica de los medios de convicción que sirvieron de apoyo a la declaración de responsabilidad. Con ello, no solo genera incertidumbre sobre la verdadera inconformidad del demandante, sino que, además, incurre en una argumentación contradictoria: denuncia una motivación sofística, pero en su desarrollo se orienta a demostrar es una falta absoluta de aquélla, vicios estos que, naturalmente, resultan excluyentes.

En cualquier caso, lo que se advierte es que el recurrente, en lugar de acreditar un defecto de motivación de la sentencia, se dedica a criticar la sentencia de forma muy genérica, incurriendo justamente en la misma clase de incorrección que le atribuye al Tribunal, cuando afirma de éste que *«la argumentación es abstracta y generalizada para todos los procesados»*.

Además, la sentencia consagra, de una u otra forma, los presupuestos necesarios para emitir un juicio de condena, en cuanto a la existencia de la conducta punible y la responsabilidad de los procesados. Cosa distinta es que al impugnante, según lo que se verifica de su discurso, no le satisfagan las apreciaciones probatorias, juicios jurídicos y las conclusiones de la providencia recurrida, pero ello de ninguna manera contribuye a configurar el reproche alegado.

En síntesis, el cargo formulado no pasa de enseñar una discrepancia subjetiva del defensor con la condena proferida contra su representado, que claramente resulta del todo inidóneo para acreditar la materialidad y trascendencia del yerro pregonado. Por tanto, se inadmite.

*Cargo No 2: falso juicio de existencia*

Se acusa la sentencia de omitir la apreciación de un conjunto de documentos y testimonios que descartan la participación de RODOLFO MEDINA ALEMÁN en el delito de concierto para delinquir. Sin embargo, el cargo de falso juicio de existencia por preterición es inadmisible, por cuanto, en algunos casos, carece de idoneidad sustancial, mientras que, en otros, incumple los lineamientos que debe observar para su estudio de fondo.

Así, aunque el demandante asegura que los testimonios de Gloria Gaitán Villanueva, Gian Carlo Auque de Silvestri, Jesús Hernando Caldas Leyva, Jacqueline Sandoval Salazar, Luis Carlos Barragán Samper, Germán Cuadrado González, Jesús Antonio Cadena Suarez, no fueron valorados; lo cierto es que su consideración no encuentra punto de apoyo en la objetividad que la actuación revela, puesto que los falladores sí tuvieron en cuenta tales declaraciones antes de concluir (i) que entre varios individuos medió un acuerdo de voluntades para cometer actos ilícitos; (ii) que RODOLFO MEDINA ALEMÁN fue una de las personas que integró ese convenio; y (iii) que en virtud de ello, al interior del DAS, se conformó un grupo de inteligencia orientado a realizar seguimientos e interceptaciones ilegales a ciertas personas y organizaciones por razón de las posiciones críticas que adoptaban frente al gobierno nacional de la época.

Basta con mirar el acápite 2.2.4. de la sentencia de primera instancia-que integra, junto con la de segunda, lo que se conoce como una unidad jurídica inescindible en aquellos aspectos que no hubieren sufrido modificación con ocasión de la alzada interpuesta-*,* para constatar la apreciación que se hizo de los medios probatorios antes enunciados como omitidos, solo que no se les confirió el mérito que el defensor le atribuye en favor de los intereses de su asistido.

El yerro tampoco puede predicarse de las declaraciones de Fernando A. Tabares Molina, Laude Fernández Arroyo, Gustavo Sierra Prieto, Blanca Cuesta Vanegas y Gonzalo García Luna, porque, igualmente, fueron observadas por los juzgadores, no obstante el censor las repute como omitidas e importantes al considerar que de ellas se puede extraer que su representado nunca tuvo conocimiento acerca de los objetivos de la labor realizada por el G3, en virtud del «principio de compartimentación» explicado por los deponentes.

De hecho, el «principio de compartimentación» alegado por el defensor de RODOLFO MEDINA ALEMÁN y otros coacusados, aparece, con suficiencia, definido y analizado en el caso juzgado. Otra cosa es que al ser confrontado con lo efectivamente comprobado en el proceso, lo descartara como motivo de exculpación de aquéllos. Sobre el particular, el Tribunal razonó de la siguiente forma:

Este tema de la compartimentación, esgrimido también por la defensa para justificar el presunto desconocimiento de los procesados en cuanto a las acciones que los demás involucrados en el proceso penal desarrollaban, por lo que no podría hablarse de concierto, realmente no se evidencia, pues se demostró con la valoración conjunta de las revelaciones hechas por Ovalle Olaz, y demás elementos de convicción acopiados, por ejemplo, la existencia de consuetudinarias reuniones de los componentes del grupo, de los fines compartidos, del conocimiento integral y pleno de los denominados “blanco”, de los informes rendidos en desarrollo de ellas, -ver memorandos-, de las tareas establecidas y distribuidas, por lo que mal podría afirmarse que solo uno, o unos pocos servidores sabían los pormenores y propósitos del Grupo G3. En esa dirección nunca se acreditó en el proceso que integrantes de éste tuvieran acceso restringido a información; por el contrario, entre ellos tácita o expresamente existía confianza y seguridad acerca de los fines del Grupo entendiéndose asociados por una causa. En tal virtud, ninguna evidencia obra para asumir que operó el principio de compartimentación.

Luego, entonces, no es cierto que los juzgadores hayan dejado de apreciar los testimonios aludidos; cosa diversa es que no les hubieren conferido el poder suasorio perseguido por el recurrente para respaldar la tesis de que su defendidono prestó su consentimiento para la conformación de la asociación delincuencial que funcionó al interior del DAS, ni conoció los objetivos de la misma porque esto era solo de interés de los funcionarios superiores de inteligencia.

Por otro lado, si de lo que en el fondo se duele el demandante es de la inobservancia de fragmentos relevantes de dichas declaraciones, debió ajustar el cargo y su discurso a las particularidades que impone el error por falso juicio de identidad en orden a su acreditación, labor que tampoco cumplió.

En suma, el pregonado yerro que pretende noticiar frente a las probanzas relacionadas, queda sin sustento alguno e inexorablemente determina que el cargo deba ser rechazado por la Corte, dada la falta de fidelidad a la realidad procesal, que de suyo viola el principio de corrección material.

Ahora, en lo que respecta a la falta de apreciación del testimonio de Martha Inés Leal Llanos, así como del oficio DAS.DGIN. No. 403614 del 3 de mayo de 2010 y del informe de policía judicial No. 498742 del 10 de noviembre de 2009; el demandante omitió involucrar en su discurso el examen del verdadero sentido y alcance de esos elementos de convicción y relacionar el análisis obtenido con todos los que sí fueron apreciados en la sentencia, para así acreditar, con ello, que la enmienda del yerro denunciado daría lugar a un fallo esencialmente diverso y favorable a los intereses de la parte que representa.

Ciertamente, la sentencia no hizo mención nominal a las últimas probanzas enunciadas; sin embargo, es evidente que no se demostró cómo, con ellas, el fallo hubiera sido diferente, pues el recurrente limitó su inconformidad nada más a la interpretación subjetiva y parcial de las pruebas, con la que –según afirma– se descartaría *«la participación de* ***Medina Alemán*** *en el concierto para delinquir»*. Así las cosas, la censura carece de aptitud sustancial, en la medida en que hace abstracción de premisas fácticas reconocidas en la sentencia, con lo cual es imposible determinar la trascendencia del eventual error.

A partir del testimonio de Martha Inés Leal Llanos y de los documentos que tilda de omitidos, el demandante pretende descartar la pertenencia de su representado al G3 y su asistencia a las reuniones del mismo, por no haberse relacionado su nombre en el contenido de esos medios probatorios, mientras que de la declaración de Gonzalo Ernesto García Luna, deriva que aquél no tenía manejo de información privilegiada. Sin embargo, pasa por alto que los sentenciadores establecieron una realidad probatoria distinta con base en una valoración probatoria integral que, por ende, incluía otros medios de convicción, particularmente, con las aseveraciones de Jaime Fernando Ovalle Olaz y demás documentales que ratificaron la activa intervención de RODOLFO MEDINA ALEMÁN en el entramado delictivo.

En efecto, de acuerdo con el Tribunal, la evaluación ponderada de las declaraciones de Jaime Fernando Ovalle Olaz, en las que explica no solo su intervención en los delitos, sino de la de quienes, por hacer parte del G3, tuvo pleno conocimiento; permitió establecer en la sentencia las conductas ejecutadas por el acusado al que se viene aludiendo:

Referente al grupo de inteligencia conocido como G-3 expresó: "Aproximadamente en marzo de 2003 recibí la instrucción del entonces Director General de Inteligencia GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, del entonces asesor de la Dirección del DAS JOSÉ MIGUEL NARVAEZ, de crear un Grupo de Inteligencia encargado de procesar información sobre ONG's, el cual fue iniciado con la participación del funcionario JUAN CARLOS SASTOQUE... posteriormente se unió otro funcionario identificado como **RODOLFO MEDINA**... Luego de esto se estableció la designación de un conjunto de oficinas más amplias en el piso 8, en donde se incorporaron funcionarios como... MARIO ORTIZ.

(…)

En relación a las funciones que dentro del aludido G-3 cumplía GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, **RODOLFO MEDINA ALEMÁN** y MARIO ORLANDO ORTÍZ MENA, dijo: "eran las personas encargadas de establecer los objetivos del grupo, lo cual se hizo en muchas reuniones a las que asistí, en compañía en ocasiones, de todos los sub directores de inteligencia, con el fin de que entre todos lográramos la recopilación de información de inteligencia. (…) agregando, en lo referente a los servidores que le reportaban información, y sus superiores: "Los asuntos del G3 siempre fueron tratados por el Director y el sub Director del DAS, JORGE NOGUERA y JOSÉ MIGUEL NARVÁEZ, los directores generales de inteligencia GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, y ENRIQUE ARIZA, así como por algunos sub directores de inteligencia como JACQUELINE SANDOVAL SALAZAR, que es directora seccional, **RODOLFO MEDINA**, primero fue integrante del grupo y después sub director de contrainteligencia, y no recuerdo más.

(…)

Paralelamente, de cara a las interceptaciones telefónicas, identificación de blancos, obtención de información de bienes, financiera y familiar manifestó: "Nosotros no teníamos a cargo la interceptación telefónica o de correos telefónicos, pero permanentemente nos era suministrada esa información por parte de la Dirección General de Inteligencia a cargo de ENRIQUE ARIZA. Como resultado del procesamiento de esta información se identificaban directivos e integrantes de las ONG's, así como estrategias de desestabilización contra el Estado colombiano. Ya sobre la recopilación de información, financiera, familiar, entre otras, eran suministradas por las sub direcciones de inteligencia, como la de operaciones y contrainteligencia, al principio estuvo **RODOLFO MEDINA**, y después lo reemplazó JACQUELINE SANDOVAL.[[30]](#footnote-30)

Previamente, el Juzgado, por su parte, también dio por descontada la participación de MEDINA ALEMÁN en la asociación ilícita conformada, con soporte no solo en lo develado por Jaime Fernando Ovalle Olaz, sino también en otras pruebas:

**RODOLFO MEDINA ALEMÁN,** oficial de caso y luego Subdirector de Contrainteligencia, fue acusado como integrante y promotor del grupo G3, pues asistía a reuniones y colaboraba en las tareas del grupo, incluso aparecen copiosas anotaciones manuscritas con su nombre en correos electrónicos interceptados y todo tipo de información sobre las víctimas, también memorandos en los que Ovalle Olaz le solicitó con el fin de obtener información sobre el caso Transmilenio la identificación de usuarios y record de llamadas, durante los años 2003 y 2004, los equipos y las salas que servían para realizar interceptaciones estaban bajo la responsabilidad de la Subdirección de Contrainteligencia dependencia dirigida por MEDINA ALEMÁN, a la que estaba adscrito el grupo de desarrollo tecnológico. MEDINA ALEMÁN, prestó su colaboración en la realización de actividades de "inteligencia técnica", requeridas por OVALLE OLAZ, consistente en la interceptación de correos electrónicos, obtención de datos biográficos de los suscriptores de varios e-mails, como insumo para la elaboración del documento denominado "control de escuchas", incluso a partir de varios memorandos se observó que Ovalle Olaz solicitaba a MEDINA ALEMÁN como Subdirector de Contrainteligencia, adelantar "labores de contrainteligencia" que fueron básicamente los seguimientos realizados en esa época a diferentes personas y sin orden judicial[[31]](#footnote-31).

Por eso, se insiste, desde la perspectiva sustancial, el reproche no sería apto para modificar el enunciado fáctico que los falladores declararon probado, a saber, que en el DAS se conformó un grupo al servicio de la ilegalidad y que del mismo fue parte RODOLFO MEDINA ALEMÁN. Ello, por cuanto, en punto de trascendencia, el aserto que pretende extraer el demandante de las pruebas supuestamente pretermitidas -imposibilidad de que aquél fuera miembro del grupo- se funda, básicamente, en la sola falta de mención del nombre del acusado en aquéllas, lo que no permite concluir que los hechos no hayan ocurrido conforme se extraen de los otros elementos de juicio que sí lo involucran directamente.

Lo propio se predica de los informes y resultados de inspecciones técnicas que se denuncian como omitidos y que, según el recurrente, indicarían que las interceptaciones no se habrían realizado en las oficinas de Desarrollo Tecnológico, antes Contrainteligencia, pues a tal conclusión no solo llega el actor tras una interpretación sesgada de esos documentos, sino que además lo hace desconociendo el razonamiento ofrecido por el Tribunal para dar por acreditada la participación del acusado en el concierto para delinquir, lo que torna el reclamo en intrascendente. En efecto, la alegación del demandante no alcanza a desvirtuar ninguna de las conclusiones probatorias que, sobre el tema, estableció la sentencia de segunda instancia. Según éstas:

…, por más lucubraciones que se haga de parte de los recurrentes en torno a la no estructuración de los delitos imputados, la principal, no única, manifestación probatoria de que los hechos aquí, debidamente, acreditados existieron son las mencionadas carpetas AZ, y cada uno de sus folios en tanto reproducen textos de correos electrónicos interceptados, conversaciones telefónicas y memorandos e informes, incautadas al interior del DAS una vez ordenada la correspondiente investigación,…

(…)

Examinada, pues, la prueba documental, -contenida de las carpetas AZ-debidamente confrontadas, se hace referencia a la actuación más relevante allí encontrada frente a cada uno de los procesados, como otra manera de desvirtuar sus alegatos defensivos contentivos de votos de inocencia. Anexo a los memorandos descubiertos obra también, cuando es del caso, transcripción de grabaciones de audio, los correos interceptados y demás información obtenida, todo ello sin autorización judicial, pues no se trataba de un simple monitoreo.[[32]](#footnote-32)

Por lo expuesto, la censura es inadmisible, máxime si ninguno de los medios probatorios se alegan desconocidos logran desvirtuar la participación del acusado en los hechos declarados en la sentencia.

*Cargo No 3: falso juicio de identidad*

Se denuncia que la sentencia de segunda instancia distorsionó, cercenó y adicionó el contenido de varios documentos y testimonios, lo que conllevó la condena injusta de RODOLFO MEDINA ALEMÁN.

Cuando el censor decide formular su ataque por la vía de la infracción indirecta de la ley sustancial derivada de un falso juicio de identidad, debe tener claro que ese equívoco surge cuando, pese a que el funcionario tiene en cuenta la prueba legalmente aportada, al momento de asumirla recorta una parte de su contenido, le agrega otro o tergiversa el significado de su expresión literal. Esa equivocación, como todas las demás modalidades de violación indirecta de la ley sustancial, debe ser manifiesta y trascendente.

En la formulación del cargo, el recurrente incumple con la debida sustentación por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, acudió a una mixtura que choca con los postulados de autonomía y no contradicción que rigen en sede casacional, pues denuncia, en un solo cargo, con idéntico fundamento y frente a la misma prueba, indistinta y simultáneamente, 2 o más de las modalidades del error de hecho que se invoca, olvidando la diferente naturaleza de cada una de esas categorías, que, incluso, resultan excluyentes cuando se refieren al mismo contenido, palabras o aspectos.

Tal inexactitud se revela desde el inicio del cargo y se mantiene hasta en las conclusiones del mismo, cuando acusa la sentencia de haber distorsionado, cercenado y adicionado, sin hacer ninguna distinción respecto del medio probatorio afectado. Pero, se hace notar con mayor vehemencia en momentos que pretende, sin éxito, singularizarlos al lado de cada una de las pruebas que considera afectadas. Eso se advierte, por ejemplo, al exponer que al memorando del 17 de agosto de 2004, remitido por Jaime Fernando Ovalle Olaz a RODOLFO MEDINA ALEMÁN, el fallador le dio un valor que carece, tergiversando y aumentandosu contenido material. O cuando afirma que al analizar uno del 5 de enero de 2004, incurrió en *«una tergiversación o distorsión del contenido material de la prueba y adición sobre la misma, al ponerla a decir lo que no dice»*.

 El demandante también pasó inadvertido que para la adecuada formulación de la censura, le era exigible hacer la confrontación objetiva entre la literalidad del contenido de las pruebas -documentales y testimoniales- y la que, como tal, tuvo el fallo, para enseñar la discordancia entre tales extremos. Esa carga no fue cumplida por el demandante y, en su lugar, se dedicó a cuestionar las conclusiones probatorias desde el genérico argumento de que el Tribunal se equivocó porque basó su decisión en probanzas inverosímiles y no confiables, abandonando así la senda elegida para abordar una discusión ajena al error de hecho seleccionado.

Tan es así que, en el desarrollo del cargo, sugiere que el memorando del GRUVE No. 146323 del 22 de noviembre de 2004, debe ser tenido en cuenta como un documento meramente informativo, del cual no se pude deducir ningún acto ilícito del procesado. O, cuando procede a catalogar el testimonio de Jaime Fernando Ovalle Olaz de contradictorio y carente de credibilidad. Y también, al calificar la declaración de Hugo Daney Ortiz García de poco creíble y la de German Ospina Arango de no reportar utilidad para inferir la participación de su apadrinado en la comisión del delito que se le imputa.

Con insistencia ha señalado la Sala que cualquier reparo dirigido a disentir de la estimación judicial de los elementos de juicio, resulta por completo extraño a la casación, dada la autonomía que tiene el sentenciador para apreciar el conjunto probatorio, limitado únicamente por los postulados de la sana crítica. Sólo si se constata que arribó a conclusiones irrazonables, por desconocimiento de las reglas de la lógica, la ciencia y/o la experiencia, es procedente el ataque por la vía del error de hecho por falso raciocinio, obviamente, con el cumplimiento de las cargas argumentativas consecuentes.

Entonces, teniendo en cuenta que el defensor formuló el cargo, exclusivamente, para exponer su visión sobre el valor de las pruebas, resulta inviable su admisión.

*Cargo No 4: falso raciocinio*

En primer lugar, se critica la sentencia por haber ignorado *«los principios lógicos de no contradicción y tercero excluido»* al momento de apreciar el testimonio de Jaime Fernando Ovalle Olaz y, con base en éste, concluir la participación de RODOLFO MEDINA ALEMÁN en el concierto para delinquir. A juicio del censor, las ambigüedades y contradicciones presentes en esa declaración, determinan su falta de mérito.

En el caso bajo examen, el demandante citó como reglas de la sana crítica vulneradas en la apreciación del testimonio de Jaime F. Ovalle Olaz, 2 principios lógicos que regulan enunciados distintos: el de no contradicción, según el cual *«es imposible que A sea B y no sea B»*,y el del tercero excluido que prescribe que *«“A es B” o “A no es B”»*.

Así, en primer lugar, estima que son proposiciones contradictorias: que RODOLFO MEDINA ALEMÁN fuese integrante del G3 y, al tiempo, asistente administrativo y analista de asuntos de terrorismo; de igual manera, que tales eventos ocurrieron en 2003 cuando *«la realidad procesal es que Medina Alemán asumió el encargo en contrainteligencia en agosto de 2004»*. Sin embargo, más allá de la calificación negativa del defensor, ninguna razón expuso para demostrar que aquellos enunciados sean opuestos, es decir, jamás se indicó por qué el cargo público inicial que ejerció el acusado le impedía, simultáneamente, participar en las actividades delictivas del G3, con lo cual el reclamo es infundado, así como lo es también cualquier inexactitud del testigo sobre la fecha en que asumió las funciones de subdirector de inteligencia.

La denunciada violación a los principios de la sana crítica, también se habría producido cuando la sentencia aceptó que el procesado contribuyó al G3, no obstante el testigo cuya credibilidad se cuestiona afirmó que las solicitudes que formuló a aquél no fueron respondidas. A más de que, como se indicó al inicio, se estiman infringidos 2 parámetros lógicos distintos a partir de un mismo supuesto de hecho, sin particularizar el concepto de la infracción frente a cada uno de esos referentes; nunca justificó la imposibilidad de la coexistencia de las premisas fácticas anotadas. Por el contrario, se cimienta el reparo en un argumento falaz según el cual la ausencia de respuesta oficial a las peticiones de información exime de responsabilidad a MEDINA ALEMÁN, como si se tratara de un contexto de actuaciones lícitas de un par de servidores públicos.

En los fragmentos de la declaración de Jaime F. Ovalle Olaz, citados por la sentencia de segunda instancia para asignarle mérito, ninguna contradicción o violación a otro principio de la lógica se revela, en lo que hace a la naturaleza de la intervención delictiva del referido acusado o a los cargos que ejerció en el DAS cuando lo hacía. Obsérvese:

… Aproximadamente en marzo de 2003 recibí la instrucción del entonces Director General de Inteligencia GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, del entonces asesor de la Dirección del DAS JOSÉ MIGUEL NARVAEZ, de crear un Grupo de Inteligencia encargado de procesar información sobre ONG's, el cual fue iniciado con la participación del funcionario JUAN CARLOS SASTOQUE... posteriormente se unió otro funcionario identificado como **RODOLFO MEDINA**...

(…)

Los asuntos del G3 siempre fueron tratados por el Director y el sub Director del DAS, JORGE NOGUERA y JOSÉ MIGUEL NARVAEZ, los directores generales de inteligencia GIANCARLO AUQUE DE SILVESTRI, y ENRIQUE ARIZA, así como por algunos sub directores de inteligencia como JACQUELINE SANDOVAL SALAZAR, que es directora seccional, **RODOLFO MEDINA**, primero fue integrante del grupo y después sub director de contrainteligencia…

(…)

En el mismo sentido, respecto a **RODOLFO MEDINA ALEMÁN** y MARIO ORLANDO ORTIZ MENAen relación con el G-3 dijo, en cuanto al primero: “Él fue seleccionado integrante del G3 y duró en el grupo como 2 o 3 meses, hasta que fue nombrado subdirector de contrainteligencia. Eso fue aproximadamente en el 2003. PREGUNTADO. Como subdirector de contrainteligencia RODOLFO MEDINA ALEMAN coadyuvó la labor del G3. CONTESTO. Si claro, a través del suministro de información…[[33]](#footnote-33)

No sobra advertir que la sentencia de primera instancia también estableció como demostrada la premisa según la cual la participación de RODOLFO MEDINA ALEMÁN en la agrupación ilícita se concretó cuando éste se desempeñaba como *«oficial del caso y luego subdirector de contrainteligencia»[[34]](#footnote-34)*.

A más de lo anterior, el recurrente falta a la corrección material cuando desconoce no solo que Jaime F. Ovalle Olaz declaró que el prenombrado sindicado le colaboraba al grupo con el suministro de información y con interceptaciones, sino que la sentencia fundó esa conclusión en otras circunstancias constatables a partir de distintos medios probatorios que el juez de primera instancia relacionó y valoró así:

…aparecen copiosas anotaciones manuscritas con su nombre en correos electrónicos interceptados y todo tipo de información sobre las víctimas, también memorandos en los que Ovalle Olaz le solicitó con el fin de obtener información sobre el caso Transmilenio la identificación de usuarios y record de llamadas, durante los años 2003 y 2004, los equipos y las salas que servían para realizar interceptaciones estaban bajo la responsabilidad de la Subdirección de Contrainteligencia dependencia dirigida por MEDINA ALEMÁN, a la que estaba adscrito el grupo de desarrollo tecnológico. MEDINA ALEMÁN, prestó su colaboración en la realización de actividades de "inteligencia técnica", requeridas por OVALLE OLAZ, consistente en la interceptación de correos electrónicos, obtención de datos biográficos de los suscriptores de varios e-mails, como insumo para la elaboración del documento denominado "control de escuchas", incluso a partir de varios memorandos se observó que Ovalle Olaz solicitaba a MEDINA ALEMÁN como Subdirector de Contrainteligencia, adelantar "labores de contrainteligencia" que fueron básicamente los seguimientos realizados en esa época a diferentes personas y sin orden judicial.

De otra parte, cuestionó el demandante que, con base en los memorandos a través de los cuales el citado deponente le solicitaba a RODOLFO MEDINA ALEMÁN que realizara tareas propias del G3, el Tribunal haya inferido la participación de éste en el concierto para delinquir; por cuanto, se desconocieron las reglas de la experiencia según las cuales *«una solicitud no lleva implícita una respuesta ni aceptación de la misma»* y *«siempre o casi siempre que un funcionario se manifiesta lo hace por escrito».*

Recuérdese que la clase de principios de la sana crítica que se invocan como violados, son máximas extraídas de la reiteración y generalidad con que ocurren determinados eventos, que prescriben una relación de condicionalidad entre 2 fenómenos: siempre o casi siempre que sucede A se presenta B. Siendo así, sólo pueden tenerse como máximas de la experiencia aquellas que contemplen supuestos de hecho que se tienen como frecuentes y universales, a partir de su observación cotidiana.

Esa precisión teórica permite constatar que el defensor pretende catalogar como máximas de la experiencia 2 enunciados que, a más de carecer de cualquier viso de generalidad o de reiteración, no son más que la alegación sobre la cual ha pretendido fincar la ausencia de responsabilidad de RODOLFO MEDINA ALEMÁN: que nunca dio respuesta a las solicitudes que le formulaba Jaime F. Ovalle Olaz en desarrollo de las actuaciones delictivas del G3. Es más, las construcciones gramaticales propuestas no encierran una descripción sobre la manera cómo se suceden 2 fenómenos sino meras conclusiones del defensor sobre el caso, a las que solo falta incluir el nombre del acusado.

Pero, además, lo que es aún más contundente para desvirtuar el examen pretendido por el recurrente, las proposiciones se erigen en falacias –por omisión de información relevante- e impertinentes. Lo primero, por cuanto pretermiten una circunstancia relevante, cuál es que los protagonistas de las conductas prescritas, supuestamente, por un principio de la sana crítica, son 2 servidores públicos que laboran en una misma entidad oficial. Ese dato es fundamental porque, perfectamente, permite desvirtuar la regla según la cual la comunicación entre aquéllos «siempre o casi siempre» se da por escrito, y porque, además, ubica el debate en el marco de la legalidad del servicio público, no en el de experiencia. Por si fuera poco, aún si en gracia de discusión se admitiera el carácter de máximas de los enunciados propuestos, serían impertinentes porque no se refieren al actuar de una empresa criminal.

En efecto, omitió el libelista tener en cuenta que, según los jueces de instancias, quedó probado que al interior del DAS se creó una asociación con el fin de llevar a cabo labores de inteligencia, sin orden judicial, contra personas de oposición al gobierno nacional del momento o pertenecientes a organizaciones sindicales, sociales o de derechos humanos, registrando sus desplazamientos, como rastrear sus movimientos financieros, sus comunicaciones telefónicas y electrónicas, y hacer seguimiento a sus relaciones familiares y sociales. Y, que entre los miembros de esa agrupación existía constante comunicación en orden a darle cabal cumplimiento de la misión, verificable, otrora, con los memorandos que el ex funcionario de la institución Jaime F. Ovalle Olaz le remitía a RODOLFO MEDINA ALEMÁN.

Por último, bajo el mismo cargo, el recurrente cuestionó que la responsabilidad del acusado se haya fundado en prueba indiciaria construida sobre datos falsos: (i) que *«los equipos y salas de interceptación dependían de esta subdirección»*;y (ii) que *«se requería el concurso del acusado para su utilización y lograr las interceptaciones ilegales»*.

El recurrente se propuso demostrar la falsedad de las premisas fácticas anotadas desde su refutación a partir de una valoración probatoria alterna a la realizada en la sentencia, y no desde la acreditación de que aquéllas fueran el resultado de un error probatorio ya sea (i) de hecho, es decir, de aquéllos que recaen sobre la existencia, la identidad o el raciocinio, o (ii) de derecho, como son los que se dirigen a la legalidad o la convicción de los medios de prueba. Por sustracción de materia, menos aún se ocupó la demanda de mostrar que tales yerros eran manifiestos o fácilmente perceptibles, ni cómo podían aniquilar los fundamentos de la responsabilidad de RODOLFO MEDINA ALEMÁN.

Después, en el mismo reproche a la prueba indiciaria y sin establecer ningún orden de prevalencia, pareciera cuestionar las deducciones realizadas a partir de los hechos indicadores que antes se relacionaron, con lo cual incurre en una contradicción porque si el error se ubica en el proceso inferencial, se admite la corrección de los datos indicadores o conocidos. Ahora, si se omitiera esa inconsistencia, la propuesta es inadmisible también porque, en todo caso, esa operación mental del juzgador no se descalifica desde la infracción a una específica regla de la sana crítica, sino a partir de lo que para el recurrente es un criterio «lógico», o de una mera afirmación, carente de fundamento, que pretende hacer pasar como regla de la experiencia: *«cualquiera puede interceptar comunicaciones»*.

En últimas, lo cierto es que el ataque a la prueba indiciaria se formula con base en la propuesta de valoración probatoria que hace el defensor. Según ésta, serían premisas fácticas demostradas: que el G3 obtenía la información de funcionarios y dependencias distintas a la dirigida por RODOLFO MEDINA ALEMÁN, que en el DAS no existía una cadena de mando de estricta sujeción, que la interceptación de comunicaciones no requería de la orden ni del concurso de ese acusado y, finalmente, que *«no realizó labores de inteligencia técnica ni labores de contrainteligencia derivadas de los memorandos que le envió Ovalle Olaz»*. Como se observa, el baremo con el cual se pretende evaluar la corrección de los fundamentos probatorios de la sentencia, no es más que una teoría del caso de la defensa.

Así las cosas, ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente, bajo el ropaje de un falso raciocinio, constituye la sustentación de un error que pueda examinarse -de fondo- en la sede extraordinaria de la casación. Por ende, el cargo se inadmite.

**5.2.6 Conclusión.**

Se inadmitirán las demandas instauradas por el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO y por los defensores de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, EDUARDO AYA CASTRO, RODOLFO MEDINA ALEMÁN y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA, tal y como lo solicitó el delegado de la Fiscalía, porque no sustentaron adecuadamente algún reparo atendible en el ámbito del recurso extraordinario. Tampoco, demostraron la necesidad de un fallo en esta sede para lograr uno de los fines del control constitucional, la cual tampoco es advertida por la Corte.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**,

**6. RESUELVE**

**Inadmitir** las demandas de casación presentadas por el acusado IGNACIO MORENO TAMAYO y por los defensores de GIAN CARLO AUQUE DE SILVESTRI, EDUARDO AYA CASTRO, RODOLFO MEDINA ALEMÁN y MARIO ORLANDO ORTIZ MENA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**

**Magistrado**

**RAÚL CADENA LOZANO**

**Conjuez**

**FRANCISCO FARFÁN MOLINA**

**Conjuez**

**WHANDA FERNÁNDEZ LEÓN**

**Conjuez**

**MAURICIO PAVA LUGO**

**Conjuez**

**JUAN DAVID RIVEROS BARRAGÁN**

**Conjuez**

**CAMILO ALFONSO SAMPEDRO ARRUBLA**

**Conjuez**

**FRANCISCO JOSÉ SINTURA VARELA**

**Conjuez**

**FLOR ALBA TORRES RODRÍGUEZ**

**Conjuez**

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1. Folios 125-135 del Cuaderno de Parte Civil, en el que aparece como demandante José del Carmen Cuesta Novoa. [↑](#footnote-ref-1)
2. Página 113 de la sentencia de segunda instancia (folio 170 del Cuaderno del Tribunal). [↑](#footnote-ref-2)
3. Páginas 242 y 243 de la sentencia de primera instancia (Cuaderno Original No 51). [↑](#footnote-ref-3)
4. Páginas 243-245 ibídem. [↑](#footnote-ref-4)
5. Páginas 250-251 ibídem. [↑](#footnote-ref-5)
6. Página 84 de la sentencia de segunda instancia (folio 141 del cuaderno original del Tribunal). [↑](#footnote-ref-6)
7. Páginas 3 y 123 de la sentencia de primera instancia, y 66 de la de segunda. [↑](#footnote-ref-7)
8. Páginas 122 de la sentencia de primera instancia, y 66 de la de segunda. [↑](#footnote-ref-8)
9. Páginas 130 de la sentencia de primera instancia, y 66 de la de segunda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 265 de la sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 157-158, Cuaderno Original del Tribunal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 148, ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 152 ibídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 154-155, ibídem. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 256-257, Cuaderno de la sentencia del Juzgado. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 166, Cuaderno Original del Tribunal. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ AP3032-2017, rad. 47599; CASJ AP6379-2016, rad. 48879; CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 42356; CSJ AP, 1 de oct. 2012, rad. 33714; CSJ AP, 24 ene. 2012, rad. 38090. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 9, ibídem. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 7-8, ibídem. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 125, Cuaderno de sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 108-109, Cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-21)
22. Página 102, ibídem. [↑](#footnote-ref-22)
23. Página 103, ibídem. [↑](#footnote-ref-23)
24. Páginas 105-106, ibídem. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ AP3160-2016, rad. 43478; CSJ AP3160-2016, rad. 43478; CSJ AP8267-2016, rad. 49015; CSJ AP5724-2016, rad. 48689; CSJ AP4811-2016, rad. 48200; CSJ AP4060-2016, rad. 47883, entre otras. [↑](#footnote-ref-25)
26. Folio 159, Cuaderno del Tribunal. [↑](#footnote-ref-26)
27. Folio 162, ibídem. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Cfr.* CSJ, SP, feb. 7/07, rad. 23331. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ, SP, 4 sep. 2003, rad. 17257, reiterada en SP 7 feb. 2007, rad. 23331. [↑](#footnote-ref-29)
30. Folios 84 y ss. sentencia de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 248 sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-31)
32. Folios 82, 83, 92 y ss. sentencia de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-32)
33. Folios 85 a 91 sentencia de segunda instancia. [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 248 sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-34)