

Proceso n° 29674

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado: Acta No 16

Bogotá. D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil diez (2010).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de casación interpuesto por los defensores de GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ, MARTÍN ELÍAS HUMANEZ SILVA y JHON FREDY CÁRDENAS TREJOS contra el fallo dictado el 21 de agosto de 2007 por el Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia proferida el 30 de marzo del mismo año por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, mediante la cual condenó a los procesados como coautores de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, concierto para delinquir y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

HECHOS

Así resumió el Tribunal la cuestión fáctica:

Con base en un informe rendido por el CTI, a su vez apoyado en informes rendidos por

personal de inteligencia militar del Ejército Nacional y en los que se daba cuenta de la probable existencia de una organización dedicada al tráfico de armas, la Fiscalía, el 16 de abril de 2004 abrió investigación preliminar y en el curso de ella ordenaron (sic) interceptaciones de comunicaciones telefónicas y luego varios allanamientos en residencias localizadas en las ciudades de Bogotá y Villavicencio. En el curso de éstos, se encontraron armas de fuego, municiones y partes de armas y fueron capturados JOSÉ RAMIRO MARTÍNEZ, JOSÉ GERMÁN SALINAS GARZÓN, JHON FREDY CARDENAS TREJOS, GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ y MARTÍN ELÍAS HUMANEZ SILVA.

## ACTUACIÓN PROCESAL

1. Adelantada la investigación, el 3 de junio de 2005 la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializados formuló resolución de acusación por los delitos de concierto para delinquir, tráfico de armas y municiones de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas.
2. El 30 de marzo de 2007, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá condena los acusados, por las mismas conductas punibles, a la pena de setenta y ocho (78) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
3. El Tribunal Superior de Bogotá, al conocer de la apelación interpuesta por el defensor de GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ y por los procesados MARTÍN ELÍAS HUMANEZ SILVA y JHON FREDY CÁRDENAS TREJOS, confirmó la decisión del A quo.

## LAS DEMANDAS

En consideración a la identidad temática de los libelos presentados por los apoderados judiciales de los procesados, la Sala procederá a resumirlos y a examinarlos como si se tratara de uno solo, tal como lo hizo la Procuraduría en su concepto.

## PRIMER CARGO

Afirman los libelistas que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad, toda vez que se afectaron las garantías fundamentales de sus representados tras el reconocimiento de cargos y el acogimiento de sentencia anticipada de dos de los implicados dentro del proceso.

Expresan que el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado que profirió la sentencia condenatoria debió apartarse de la tramitación del juicio porque suscribió acta de acuerdo con los co-procesados José Ramiro Martínez y José Germán Salinas Garzón, quienes se acogieron a sentencia anticipada, aceptando la responsabilidad penal por los delitos de concierto y tráfico de armas.

Dicho juzgador fue el mismo que conoció del asunto en relación con los demás implicados que no se acogieron a la figura incurriendo en prejuzgamiento y, por ende, en violación al debido proceso pues las amplias informaciones recogidas en contra de los dos sentenciados en forma anticipada le permitieron tener una opinión preconcebida sobre el fondo de proceso, con lo cual se afectó el principio de imparcialidad.

Cuando un grupo de procesados se acogen a la figura consagrada en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, el juez que profiere la respectiva sentencia condenatoria debe apartarse del juzgamiento de los demás implicados, para que no se vea comprometida su independencia y su imparcialidad.

Si bien es cierto que para emitir sentencia es necesario atender a los postulados de la sana crítica, es claro que para el juzgamiento de los otros procesados no sometidos a sentencia anticipada ya tenía la convicción previa de su responsabilidad penal, dado el vínculo que los une con la conducta punible.

En suma, la incompatibilidad surge porque el juez de conocimiento tuvo acceso a

información amplia del tema sobre el cual gira la controversia, y como garante de la imparcialidad, objetividad e independencia debió apartarse del juzgamiento de los sentenciados que no se sometieron al trámite abreviado, pues el acceso a información relevante le permitió adoptar una postura ideológica respecto de la responsabilidad de los demás copartícipes.

## SEGUNDO CARGO

Argumentan los demandantes que el sentenciador desconoció las reglas de producción y apreciación de las pruebas que fundamentan el fallo, “por falso juicio existencia al dar por probado un hecho que no lo está”.

Lo anterior es así porque al momento de dictar sentencia le dieron plena validez a las llamadas telefónicas, cuando éstas constituyen solamente indicios y no se les puede tener como prueba para proferir una condena, y además no existe otro elemento de juicio que demuestre plenamente que los procesados hayan estado vinculados a una organización dedicada a la comercialización ilegal de armas.

Se debe tener en cuenta que la investigación se inició por una información anónima referida a que un personal uniformado pertenecía a un grupo de personas dedicadas al tráfico de armas lo cual no fue verificado por cuanto no hubo vigilancias, seguimientos o interceptaciones, sino que tiempo después se buscó un soporte para presentar esa información como prueba. Es aquí donde se advierte la violación al debido proceso porque se trata de una prueba falsa y sin sustento, que fue acomodada según la conveniencia de los investigadores.

Sus representados fueron acusados de infringir los artículos 365 y 366 del Código Penal, pero en el expediente no consta que se les hayan incautado los elementos que se mencionan en esas preceptivas. El juzgador asimiló tales elementos, haciéndolos parecer como violatorios de la ley penal, y es en este momento en el que se produce una falsa

apreciación de la prueba, “ ya que le da una valoración” que no contempla el Código Penal ni el Decreto 2535 de 1993 que reglamenta todo lo concerniente a armas y municiones a nivel nacional.

Los elementos incautados no son armas ni accesorios de uso privativo de la fuerza pública, pero al momento de valorarlos se les dio una connotación equivocada, violando así la sana crítica.

### TERCER CARGO

La sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial por cuanto se le otorgó validez a una prueba ilegalmente obtenida.

Señalan los recurrentes que la presente investigación se originó por informes de inteligencia realizados por el Ejército Nacional que fueron convalidados por el Cuerpo Técnico de Investigación y posteriormente se ordenaron interceptaciones, allanamientos y capturas en flagrancia, cuando el Ejército Nacional no tiene funciones de policía judicial, por tanto se trata de pruebas ilegales.

Así los allanamientos e interceptaciones telefónicas se hubiesen ordenado por un funcionario facultado para ello, es claro que la investigación partió de pruebas ilegalmente obtenidas que no se pueden convalidar con posterioridad, pues el sistema penal colombiano no permite hacer valer pruebas ilegales ni los juzgadores pueden utilizarlas para emitir sentencias condenatorias.

Como bien se sabe, la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y de las formalidades legales esenciales debe ser excluida del proceso y, en el presente caso, no se atendieron a las reglas que se le imponen a los funcionarios con facultades de policía judicial, por cuanto los miembros de inteligencia militar tuvieron conocimiento de la posible existencia de una red dedicada al tráfico de armas de fuego,

logrando la identificación del centro de operaciones. No obstante esa evidencia no fue puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación para que adelantara la investigación. Por el contrario, inteligencia del ejército motu proprio, optó por realizar seguimientos de personas, levantar registros fotográficos y realizar interceptaciones de comunicaciones telefónicas con la finalidad de obtener información orientada a la judicialización de dichas personas. Prácticas que no están permitidas, por no tener el ejército funciones de policía judicial.

De esa manera sus defendidos fueron juzgados y sentenciados en un juicio lleno de vicios, como el aporte al proceso de pruebas ilegales que fueron valoradas tanto por la fiscalía como los juzgadores, haciendo caso omiso de las irregularidades señaladas.

Con fundamento en lo anterior solicitan se decrete la nulidad del proceso a partir de la sentencia primera instancia o, en su defecto, se case la sentencia y se dicte el fallo reemplazo que debe ser absolutorio.

## CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

En opinión del señor Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, el primer cargo debe prosperar.

Señala que le asiste razón a los libelistas al solicitar la anulación parcial de la actuación por violación al debido proceso, consistente en que al dictar sentencia de primera instancia la Juez Quinta Penal del Circuito Especializado de Bogotá lo hizo con violación del principio de imparcialidad, toda vez que por los mismos hechos previamente había dictado sentencia anticipada respecto de dos partícipes que se acogieron a dicho mecanismo procesal.

Conforme a la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación proferida el 21 de marzo de 2007, radicado 25407, el conocimiento obtenido por el funcionario judicial

que profirió la decisión anticipada, constituye un serio riesgo para el principio de imparcialidad que debe guiar el criterio del administrador de justicia, en el evento en que al mismo funcionario se le confíe el conocimiento y resolución de la situación jurídica de los restantes miembros de la organización delictiva que no se hubieren acogido al instituto de la terminación anticipada del proceso. Materialmente, resulta imposible concebir que el fallador a quien de manera sucesiva le corresponda decidir de fondo sobre la conducta de los demás implicados en los mismos hechos, pueda hacerlo con total independencia respecto de la información ya conocida por él anteriormente.

Enfatiza el señor Procurador Delegado que si bien el artículo 89 de la Ley 600 de 2000 establece el principio de unidad de proceso y a su turno el artículo 92 numeral 4º de la misma normativa consagra una de las excepciones a dicho principio, el párrafo de este precepto, en su opinión, debe interpretarse bajo el entendido que con ello no se afecten las garantías constitucionales, básicamente el debido proceso.

Por tanto, al haber conocido de la aceptación de cargos por parte del jefe de la organización delictiva José Ramiro Martínez, alias Lucas, y de José Germán Salinas Garzón, y proferido consecuentemente la correspondiente sentencia anticipada, la Juez Quinta Penal del Circuito Especializada ha debido apartarse del conocimiento del juicio adelantado contra los demás procesados, al configurarse un motivo de incompatibilidad material para el ejercicio de la función sentenciadora. Al no hacerlo, vulneró de manera grave e insalvable el principio de imparcialidad, componente del debido proceso, por lo cual solicita a la Corte decretar la nulidad parcial de lo actuado desde el auto mediante el cual la citada funcionaria avocó el conocimiento del juicio, para que sea otro despacho de la misma naturaleza y jerarquía el que tramite y falle de fondo el presente juicio.

Frente a las restantes censuras, estima que no pueden prosperar por las siguientes razones:

Constata el señor Procurador, frente al segundo cargo, que los demandantes en su propuesta desconocen los lineamientos señalados por la jurisprudencia de la Sala, pues no solo se quejan de la valoración realizada en la sentencia impugnada, sino que omiten debatir puntualmente los fundamentos lógicos sobre los cuales se edifica el análisis probatorio realizado por el Tribunal. Así, el contenido de la información recopilada a través de la interceptación de las llamadas, pone de presente el manejo de una terminología estrechamente ligada con la actividad delictiva relacionada con el tráfico de armas.

La valoración judicial de las señaladas conversaciones no admite reproche alguno, pues su contenido no responde a diálogos meramente circunstanciales sino a la expresión de actividades propias de una verdadera organización criminal de la que hacían parte los procesados JHON FREDY CÁRDENAS TREJOS, GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ y MARTÍN ELÍAS HUMANEZ SILVA, suboficiales del Ejército Nacional.

Esa actividad delictiva concuerda plenamente con los elementos incautados en los allanamientos decretados y practicados válidamente en dos inmuebles ubicados en las ciudades de Bogotá y Villavicencio.

El argumento, según el cual, los elementos incautados en sí mismos no constituyen armas de fuego sino apenas repuestos para las mismas, desconoce la naturaleza misma de tales objetos, cual es la de ser parte integral de armas de fuego de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas armadas, cuya fabricación y tráfico es objeto de monopolio por parte del Estado. Es obvio, entonces, que el ámbito de prohibición de los tipos penales cobije no solo las conductas relacionadas con armas y municiones, sino también las referidas a sus partes integrales o repuestos a través de los cuales se pueden habilitar o reparar armas o hacerlas funcionales para fines ilícitos.

En relación con el tercer cargo advierte que en sede de casación no resulta

admisible la reiteración de controversias en las que se ignoren los argumentos con los cuales el juez de segundo grado ya las resolvió, como ocurre en este caso, donde los libelistas omiten aludir a la respuesta de fondo esgrimida por el Tribunal, que a continuación extracta, para despachar desfavorablemente la censura que igualmente formularan en el recurso de apelación impetrado contra la sentencia de primera instancia.

No observa, el representante del Ministerio Público, error en la resolución del presente caso, concretamente en la aplicación de la llamada teoría de los frutos del árbol envenenado. Así mismo, que le asiste razón al Juez de segundo grado al señalar que el tiempo transcurrido, así como la intervención de los distintos fiscales tornó débil o tenue el vínculo existente entre la evidencia irregularmente recopilada por los miembros del área de inteligencia militar del Ejército Nacional – a la cual se le reconoce la condición de mera noticia criminal – y las pruebas ordenadas en desarrollo de la indagación preliminar (intercepciones telefónicas y allanamientos) las cuales permitieron establecer la existencia de la organización dedicada al tráfico ilegal de armas de fuego de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas, así como la captura de los procesados ahora recurrentes en casación.

## CONSIDERACIONES

Cargo primero.

Manifiestan los libelistas que la sentencia recurrida se dictó en un juicio viciado de nulidad, en atención a que el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado que dictó sentencia condenatoria contra sus representados debió apartarse de la tramitación del juicio, porque con antelación había suscrito acta de acuerdo con los co-procesados José Ramiro Martínez y José Germán Salinas Garzón, quienes se acogieron a sentencia anticipada, aceptando la responsabilidad penal por los delitos de concierto y tráfico de armas.

Constata la Sala que, en efecto, cuando se dispuso el cierre de la investigación<sup>1</sup> los procesados José Ramiro Martínez y José Germán Salinas Garzón manifestaron su intención de acogerse a lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal del año 2000<sup>2</sup>, por lo cual la fiscalía realizó las correspondientes diligencias de formulación de cargos los días 25 de abril y 3 de junio de 2005<sup>3</sup>.

Acto seguido, por auto del 3 de junio de 2005, la instructora decretó la ruptura de la unidad procesal y dispuso remitir la actuación correspondiente a los Jueces Especializados, al tiempo que profirió resolución acusatoria contra GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ, JHON FREDY CÁRDENAS TREJOS y MARTÍN ELÍAS HUMANES SILVA<sup>4</sup>.

El Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Bogotá avocó el conocimiento de las diligencias el 7 de diciembre de 2005, haciendo constar que “el presente proceso le correspondió directamente a este despacho, en razón de haber conocido con anterioridad de los mismos hechos, bajo rupturas de la unidad procesal (Radicados 2005-002 y 2005-048)<sup>5</sup>, y surtidas las audiencias preparatoria<sup>6</sup> y pública<sup>7</sup>, dictó la sentencia correspondiente el 30 de marzo de 2007<sup>8</sup>, por cuyo medio condenó a los procesados como coautores responsables de los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, concierto para delinquir y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Tal como lo afirman los libelistas, la titular del despacho en cuestión juzgó y condenó a los procesados aquí recurrentes y, como la misma funcionaria lo advirtió en su momento, este proceso le correspondió por haber conocido con anterioridad de los mismos hechos, con ocasión de la ruptura de la unidad procesal acaecida por el acogimiento a sentencia anticipada de otros procesados.

Esta situación, contrario a la opinión de los casacionistas y del representante del Ministerio Público, no genera nulidad en el trámite de los procesos regulados por la Ley

600 de 2000, porque la normativa en comento tiene establecido el instituto de los impedimentos y las recusaciones como mecanismos eficaces para obtener que el funcionario judicial se aparte del conocimiento del asunto y, por esa vía, se garantice la imparcialidad en la labor de administrar justicia.

De tiempo atrás se ha reiterado por la jurisprudencia de la Sala<sup>9</sup> que si el funcionario judicial no se declara impedido, teniendo el deber de hacerlo, esa situación no vicia de nulidad la actuación sino que, eventualmente, constituye una irregularidad de carácter disciplinario o penal, según el caso. Y si en su momento los sujetos procesales no recusaron al funcionario, es claro que con su silencio convalidaron la irregularidad.

Así las cosas, como los profesionales encargados de la defensa de los procesados en ningún momento exteriorizaron su desacuerdo en punto de la posible falta de objetividad e imparcialidad de la funcionaria que los juzgó y condenó, por haber sido la misma que dictó sentencia anticipada por estos mismos hechos, resulta inconsecuente que ahora se venga a reprochar aquella actuación, cuando en su momento no hicieron uso de la herramienta procesal idónea para provocar la separación de la juez del conocimiento del proceso.

La solución a este asunto consulta el criterio jurisprudencial aludido e incluso se identifica con una situación de similares connotaciones que la Sala examinó en pasada oportunidad<sup>10</sup>, en los siguientes términos:

Si en materia de nulidades rige el principio de convalidación (artículo 308 del Código de Procedimiento Penal), resulta inconsistente que el actor pretenda censurar una actuación que se registró con la anuencia de la defensa, sin que en aquella oportunidad se procediera, por ejemplo, a recusar a los funcionarios con los argumentos que ahora han sido planteados en su demanda. Como es evidente que la defensa –ejercida en aquella época por otro profesional– estuvo de acuerdo con la actuación censurada, a ello debe

atenerse y por tanto no le es posible de manera tardía reprochar lo que en su momento no reprobó. Motivo adicional para desestimar el cargo, aparte de que lo relacionado con un impedimento no declarado no repercute como motivo anulatorio por cuanto la propia ley establece las consecuencias de la omisión, tal como se observa en el artículo 114 del C. de P. P., que prevé como sanción una multa, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal. Es claro, así, que si hubiera concurrido en el asunto concreto causal de impedimento, el no hacerlo no acarrearía anulación sino los resultados acabados de mencionar.

Frente a ese marco argumentativo no procede la invalidación del proceso, porque si bien la juez de conocimiento no se declaró impedida, los sujetos procesales tampoco la recusaron, sino que mostraron su acuerdo para que se agotara la actuación, aprobando de esa manera la situación que ahora califican como vulneradora de sus garantías fundamentales y que, como tal, carece de incidencia en la actuación procesal.

Distinto es el planteamiento del señor Procurador Delegado, quien se apoya en la sentencia proferida por esta Corporación el 21 de marzo de 2007, radicado 25407, momento en que se examinó una actuación surtida bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, normativa que contempla unas características estructurales distintas a la consagradas en la Ley 600 de 2000 y que asigna una especial preponderancia a la etapa del juzgamiento, tal como se dejó señalado en el aludido pronunciamiento:

En síntesis, para salvaguarda de la garantía de la imparcialidad en el juzgamiento, vista en los contornos doctrinales del sistema de enjuiciamiento presidido por la ley 906 de 2004, lo que quiso el Legislador fue proveer al procesado un juez libre “al máximo” del conocimiento respecto de la responsabilidad del copartícipe; desde esa perspectiva, la Sala asume que no puede fungir como sentenciador de los demás coimputados, el funcionario que declaró la legalidad de un acuerdo de responsabilidad con uno o algunos partícipes en las mismas conductas punibles.

En ese contexto consensual de aceptación de responsabilidad de los coimputados, la Sala participa del pensamiento del casacionista en el sentido de que el juez que aprobó el acuerdo adquirió un conocimiento que supera lo puramente fáctico y que se adentra en los linderos de la responsabilidad penal del copartícipe que no suscribió la diligencia de preacuerdo o de negociación sobre los términos de la imputación. Por ello, la incompatibilidad entre las dos funciones de juzgamiento sucesivas en cabeza del mismo funcionario tiene su núcleo en la apreciación de las pruebas que comprometen la responsabilidad penal tanto de los aceptantes, como de quien optó por someterse al trámite ordinario del proceso.

Así, el nuevo sistema ha concebido la fase del juzgamiento como el eje principal de la actuación penal para que en el marco de un juicio oral, público y con todas las garantías, se agote el debate probatorio con aplicación de los principios de inmediación, concentración y contradicción y el juzgador valore las pruebas practicadas en su presencia y sobre ellas profiera la sentencia correspondiente.

El reproche, en consecuencia, no puede prosperar.

## Segundo Cargo

La censura a la sentencia recurrida por presunto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas carece de fundamento serio, como bien lo advierte el representante del Ministerio Público. Los casacionistas optaron por ignorar las consideraciones probatorias de los falladores, para insistir en que las llamadas telefónicas interceptadas solo alcanzan a constituir indicios y que en contra de sus representados no existe alguna otra prueba que demuestre su vinculación a una organización dedicada a la comercialización ilegal de armas.

Sin duda, se trata de una postura defensiva que se intentó hacer valer en las instancias, y que fue razonablemente desechada por cuanto está orientada a restarle

importancia a los diálogos sostenidos por sus representados, en total contraposición a lo evidenciado por los juzgadores, quienes al examinar sus contenidos constataron que a través de un lenguaje cifrado sostenían conversaciones relacionadas con la comercialización de armas de fuego, municiones, partes de armas y equipo de mantenimiento, siendo muy reveladoras el contenido de las comunicaciones hechas los días 17, 20 y 22 de junio de 2004 donde se ofrecen armas y equipos y se habla de precios, entre otros aspectos.

Aún cuando el desacuerdo con la valoración probatoria no es argumento suficiente para cuestionar la legalidad de la sentencia recurrida, necesario se hace precisar que el análisis efectuado por los juzgadores se muestra por completo razonable y suficiente para desechar las réplicas de los recurrentes quienes sólo se apoyan en su propio criterio, el que no se puede anteponer al judicial que se presume acertado y legal mientras técnica y jurídicamente no se demuestre lo contrario

El Tribunal, al respecto, plasmó las siguientes reflexiones:

Para empezar, en muchas de las comunicaciones telefónicas interceptadas, es evidente que se dialoga siguiendo un lenguaje cifrado orientado a evitar ser detectados por terceras personas. Con todo, no obstante la terminología utilizada, es claro que los interlocutores se veían forzados a utilizar palabras que identificaran los elementos materiales en torno a los que giraba la conversación: Armas, municiones, piezas de armamento y equipo para reparación y mantenimiento de armas. Es más, incluso en algunas de las conversaciones sostenidas entre los acusados y JOSÉ RAMIRO MARTÍNEZ se llega al punto de prescindir de lenguaje cifrado alguno y de identificar lo que era objeto de conversación y que se esperaba luego lo fuera de comercialización.

En este punto, los cuestionamientos son obvios: ¿Si las conversaciones giraban en torno a transacciones de mercancías u objetos ilícitos, qué necesidad existía de acudir a un

lenguaje que, hacia terceros, mantuviera ocultos tales mercancías u objetos? Además, ¿Por qué resultaba necesario utilizar terminología que, para un oyente especializado, constituía una clara alusión a armas, municiones, partes de armas y equipo de mantenimiento? Finalmente, ¿si las conversaciones giraban en torno a objetos ilícitos, cómo explicar la referencia a armas de fuego y municiones?

Las respuestas a estos cuestionamientos resultan inconcebibles desde las posturas asumidas por los procesados y sus defensores, pero completamente lógicas si se sigue lo que el proceso demuestra: Esas conversaciones tenían que ver con la comercialización de armas de fuego, municiones, partes de armas y equipo de mantenimiento<sup>11</sup>.

Las providencias cuestionadas dan cuenta de las evidencias que soportan la decisión condenatoria y que, contrario a las afirmaciones de los recurrentes, no se contraen únicamente a las interceptaciones telefónicas, pues a partir de estas se obtuvieron datos valiosos que condujeron a la práctica de allanamientos. En forma metódica, sucinta y clara, el Tribunal refirió frente a cada procesado, la prueba indicativa de su responsabilidad penal por los delitos objeto de condena.

Para evidenciar la cadena de sucesos incriminatorios, el juez colegiado recordó previamente que, en principio, los procesados se empeñaron en negar todo contacto con José Germán Salinas Garzón y José Ramiro Martínez – condenados anticipadamente-y que en el apartamento que aquel le arrendó a éste, localizado en el barrio Roma de Bogotá, fue hallada una cantidad importante de partes para el ensamblaje de armas de fuego.

No obstante, las conversaciones telefónicas interceptadas revelan la estrecha y permanente comunicación entre aquellos sujetos y GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ y la actividad criminal a la que se dedicaban, pues además de las numerosas llamadas

que se detectaron, se evidenció un patrón revelador de su contacto con otras personas instaladas en distintas ciudades, quienes hacían parte de una organización dedicada al tráfico de armas de fuego, municiones y equipo.

Además se apoyó el sentenciador en la llamada que MORENO MARTÍNEZ le hizo a José Ramiro Martínez el 1º de agosto de 2004, cuando le reveló que fue descubierto como consecuencia de la investigación adelantada y contactado por el Ejército Nacional, del pago que debió hacer para evitar su delación, de la interceptación de su teléfono, del peligro que corrió de ser desvinculado del Ejército Nacional, del despojo de un “cañón” por parte del personal de la institución, de la inconveniencia que lo vieran junto a Martínez y la conveniencia de quedarse quieto por un tiempo y de que aquél sacara los implementos de su casa de habitación, entre otros.

Todo ello, unido a la relación comercial por la compra de un vehículo con la que pretendió justificar su contacto con Martínez, y que resultó fallida, condujo a pregonar sin ambages su responsabilidad penal.

La posición privilegiada que, respecto de los otros, advirtió el sentenciador del procesado JHON FREDY CÁRDENAS TREJOS, para vincularse a una organización dedicada al tráfico de armas de fuego, derivó de su condición de armero del Ejército Nacional y almacenista en el depósito de armamento de la Base Militar de Apiay, en Villavicencio, por cuanto podía acceder a armas, municiones y partes de armas.

Además de encontrarse procesalmente demostrado que este justiciable mantenía permanente comunicación con José Ramiro Martínez, José Germán Salinas Garzón y GUSTAVO MORENO MARTÍNEZ, integrantes de una organización dedicada al tráfico de armas, la inferencia de su vinculación se afianzó con el hallazgo en su poder de una pistola, un proveedor, 7 proyectiles, un revólver calibre 32, dos revólveres calibre 38, una escopeta, 5 bases para mira de galil y tres accesorios para un arma de estas

características.

En relación con MARTÍN ELÍAS HUMANEZ SILVA, destacó el sentenciador que su intervención no había sido tan protagónica como la de los anteriores procesados, pero sí activa por su condición de armero y sus conocimientos especializados, por lo cual recibió ventajas económicas.

Este procesado, quien se identificaba como “Monqui” o “Monchi” mantenía permanente comunicación telefónica con José Ramiro Martínez y José Germán Salinas Garzón y con ocasión de su traslado a Yopal, el primero le colaboró para que una persona le facilitara un lugar de residencia. Así, el cruce de llamadas entre HUMANEZ y Martínez, llevó a concluir que este procesado no solo tenía una formación de utilidad para la organización, sino una estrecha comunicación con sus protagonistas y una actuación importante en las actividades ilícitas que el mismo refiere y que Martínez valora positivamente frente a terceros.

Consecuente con lo anterior, la crítica de los libelistas a la valoración probatoria de los elementos incautados quienes, para insistir en la hipótesis de la atipicidad, aseguran que no son armas ni accesorios de uso privativo de la fuerza pública, es el resultado de una fraccionada lectura de la sentencia recurrida porque, es evidente que la materialidad de la conducta punible no derivó únicamente de ese hallazgo, sino de otros elementos probatorios, tal como se advierte de los siguientes apartes del fallo de primer grado:

Al respecto se tienen las interceptaciones realizadas a varios abonados telefónicos con las cuales se establece que sus interlocutores se dedican a suministrar, traficar y reparar de manera ilegal armas de fuego, pues basta ver la terminología utilizada, para concluir sin lugar a equívocos de la existencia de un grupo de personas que se dedicaba a esta actividad; véase las frases o palabras más relevantes utilizadas por los interlocutores; balineras, tortillería 2500 para carrocería de esa de cuarenta y siete (munición calibre

47), líquido de fosfato (utilizado para pavonar las armas), los diez cositos o tubitos de cincuenta y seis (fusiles 5.56), necesitan un promedio de seis exhostos, tapas, necesitan dos exhostos de M-69 para el patrón, bandejas de alimentación, un juego de patitas para muletas de la señora de sesenta años (M-60), talla cuarenta y siete (calibre 47), cuatro uno bueno y tres que hay que medio arreglarlos, uñas, tapas.

Hablan de 1000 que tenían enterradas pero se dañaron (munición), que les dan un coso o dos de eso en un 98% bueno, que no es promasa amarilla, (permuta de armas por estupefacientes), melcocha (estupefaciente) la varillita del calibre 16 (clara palabra de armamento), una P-38, una nueve (armas), unas Beretas nuevas, P-38, una nueve (armas), unas Beretas nuevas, P-9 alemana, (dos términos claros de armas, Pietro Beretas y pistola 9 mm), bulto de frijoles para la niña de nueve, de ocho, de siete, para todas las clases, pero a ciento veinte (comercialización de munición de diferentes calibres), necesitan una china de dieciséis años, para una Glock, que (sic) las cuales hay hartas a setenta, que si tiene celular tres dos, tres dos (revolver 32) pero que tiene unas muñecas traídas de los Estados Unidos, tres ochenta (revolver 38), que tienen tubitos de cinco, que si ya llegó la de treinta y ocho, que hay calzado para 38, 39, 37 y calzado para niño de 16 (munición de diferente calibre), que hay unos M-14 americanos y nacionales, que tiene semillitas, que tienen unos modelo 40 de los que pintaron, un tubo pequeño de los que trae manija, mil ochocientos y el cree que a mil y que son quinientos cincuenta y seis (cartuchos calibre 5.56 para fusil).

Igualmente hablan de tres cositos largos de tambor surafricanos y que son a treinta (lanzagranadas MGL), la compra de 20 Pietro Beretas, que las dejan a siete cincuenta, están vendiendo 180 pistolas Pietro Beretas, nuevas en caja, de las grandes, con dos proveedores y las dejan dos doscientos, cuarenta y dos pepitas para el coso grande (granadas para MGL), cañón.

El dialecto resaltado anteriormente se refleja en las diferentes conversaciones

registradas en los abonados interceptados, donde la premisa inicial refiere de la existencia de un grupo de personas que se dedica a comercializar elementos de los cuales el Estado Colombiano ejerce monopolio, como es el tráfico de armas, municiones, piezas o partes para su elaboración o mantenimiento, razón por la cual, al existir elementos de juicio sobre la probabilidad de encontrar evidencias físicas de la conducta punible infringida, el Fiscal de turno ordenó varios allanamientos en la ciudad de Bogotá y Villavicencio<sup>12</sup>.

Estos razonamientos permiten predicar que el comportamiento delictivo atribuido a los procesados no derivó simplemente de los elementos incautados, sino también de las comunicaciones telefónicas interceptadas cuyos diálogos daban cuenta de la actividad ilegal descrita en los artículos 365 y 366 del Código Penal.

Lo anterior no impide reconocer que de acuerdo a la reciente jurisprudencia de la Sala<sup>13</sup>, la responsabilidad penal frente al delito de fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, no puede derivarse del simple hallazgo de partes, piezas o accesorios de un arma, porque “la prohibición penal quedó delimitada por mandato del legislador a las armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, sin que se hubiese hecho referencia a las partes, piezas o accesorias de un arma”.

Sin embargo, como se ha dejado visto, el hallazgo en este caso de los elementos incautados no fue la única prueba valorada por los juzgadores para determinar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad de los acusados, por lo cual la sentencia permanece incólume.

### Tercer cargo

No es cierto, como lo afirman los recurrentes, que los sentenciadores otorgaron validez a una prueba ilegalmente obtenida. En ese sentido, el Tribunal advirtió la necesidad de

asegurar que la decisión a tomar se apoye en evidencia lícita y por ello avaló que el juzgado de conocimiento hubiese excluido, de la valoración probatoria, las diligencias adelantadas por el Ejército Nacional, que motu proprio optó por realizar seguimientos de personas, levantar registros fotográficos e interceptaciones de comunicaciones telefónicas:

Tampoco aciertan cuando afirman que las pruebas ilegalmente obtenidas se hubiesen convalidado con posterioridad. Por ello, para responder a una solicitud de la defensa fincada en la exclusión de todas las pruebas a partir de la investigación preliminar dispuesta por la fiscalía y la nulidad del proceso por provenir esas pruebas de aquellas que fueron excluidas, la Colegiatura hizo las siguientes precisiones que resultan del todo ilustrativas para aclarar cualquier duda que surge de la descontextualizada queja de los recurrentes:

Para ello se parte de una consideración: La Fiscalía tomó los informes rendidos por el Ejército Nacional y luego replicados por el CTI como una noticia criminal con base en la cual abrió una investigación preliminar y ordenó varias diligencias, algunas de ellas lesivas de derechos de terceros, como ocurrió con las interceptaciones telefónicas y los allanamientos. Es claro que desde ese momento la Fiscalía debió prescindir, material y jurídicamente, de toda la evidencia recaudada de manera ilícita por personal de la fuerza pública. Con todo, también es cierto que las decisiones que tomó a partir de la apertura de investigación previa implicaron, entre otras cosas, la realización de interceptaciones telefónicas y que a través de éstas se obtuvo información que luego permitió ordenar diligencias de allanamiento y fue en el curso de estas últimas diligencias donde se hicieron efectivas las capturas primero de CÁRDENAS TREJOS y, tres días más tarde, de MORENO MARTÍNEZ y HUMANEZ SILVA.

7. De este modo, nótese cómo desde las labores de inteligencia militar invasivas de derechos y cumplidas sin orden judicial por personal del Ejército Nacional, hasta la

privación de la libertad de los aquí acusados, se presentaron varios momentos de valoración y decisión judicial –como la apertura de investigación preliminar, por ejemplo-; que ellos tomaron un tiempo considerable –el transcurrido entre el 16 de abril de 2004 y el 2 y 5 de agosto de ese año-; que esas decisiones implicaron la intervención de distintos fiscales e investigadores –primero un fiscal adscrito al CTI y luego un fiscal adscrito a una URI-; que algunas de esas decisiones ordenaron medidas restrictivas de derechos como los de intimidad y libertad –como interceptaciones de comunicaciones telefónicas y allanamientos- y que, en últimas, fueron los resultados de tales medidas, los que condujeron a las capturas de los acusados.

El Tribunal hace énfasis en esta situación porque ella permite advertir que el vínculo existente entre esas iniciales labores de inteligencia militar y las posteriores afectaciones de derechos de los acusados, resulta difuso o atenuado. Es decir, el vínculo existente entre las evidencias ilícitamente recaudadas por personal de la fuerza pública y la afectación de los derechos de los acusados no es, en manera alguna, inmediato y directo, sino, apenas, mediato e indirecto. Y este es, precisamente, uno de los criterios que, en la doctrina y jurisprudencia comparadas, de tiempo atrás, y en la legislación nacional, en este momento, permiten la aducción y valoración de pruebas derivadas de otras ilícitas.

En estas condiciones, concurren razones legales para no prescindir de la prueba recaudada a partir del 16 de abril de 2004, momento en el cual la Fiscalía ordenó investigación preliminar, pues el nexo existente entre las pruebas así obtenidas y aquellas ilícitamente recaudadas es de carácter difuso o atenuado<sup>14</sup>.

En ese orden, es claro que el sentenciador en forma expresa superó la eventualidad que se califica de irregular, tras advertir que los informes rendidos por el Ejército Nacional y luego avalados por el CTI no podían formar parte del conjunto de elementos a valorar, situación que no podía predicarse de la prueba recopilada con posterioridad, pues en ese interregno transcurrió un tiempo considerable e intervinieron varios fiscales, cuyas

decisiones condujeron a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y allanamientos y la captura de los procesados se produjo como resultados de estas actuaciones.

Ante la evidente falta de razón de los libelista, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Sala de casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Comuníquese y Cúmplase

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ  
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO  
J. IBAÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

JORGE LUIS QUINTERO MILANES  
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

Permiso

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA  
JAVIER ZAPATA ORTÍZ

TERESA RUIZ NUÑEZ

Secretaria

1 Fl 35 C.7.

2 Fls 36 y 63 íd.

3 Fls 78 y 216 íd.

4 Fls 226 y 227 ss íd.

5 Fls 27 y 28 C.9.

6 Fls 126 y ss.

7 Fl 69 C.10.

8 Fls 216 y ss íd.

9 Cfr sentencias de casación 20769 del 19 de enero de 2006, 26066 del 27 de marzo de 2007, 28482 del 1º de noviembre de 2007, 25610 del 26 de marzo de 2008 y 29328 del 6 de mayo de 2009, entre otras.

10 Cfr sentencia de casación 14078 del 8 de noviembre del 2000.

11 Cfr fls 15 y 16 sentencia de segunda instancia.

12 Cfr fls 26 y 27 sentencia de primera instancia.

13 Cfr auto de segunda instancia 28908 del 8 de febrero de 2008.

14 Cfr fls 12 y 13 Sentencia de segunda instancia.