

Medellín, XXX de XX

<p><i>Radicado</i> : XXXXX <i>Acusado</i> : XXXX <i>Asunto</i> : demanda de casación.</p>

H. Magistrados,

Corte Suprema de Justicia

Sala de casación penal

Bogotá D.C.

E. _____ S. _____ D. _____

XXXX, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Medellín, abogado con T.P. No. XXX del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como defensor del Señor XXXXX, respetuosamente me dirijo a esa Corporación con el fin de presentar la demanda de casación que formulo a continuación:

1.- IDENTIFICACIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES Y DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

1.1. En el proceso que nos ocupa, son sujetos procesales:

1.1.1. Como sindicados:

- 1.1.1.1.** XXX, identificado con la cédula de ciudadanía número XXXX
- 1.1.1.2.** XXXX, identificado con la cédula de ciudadanía número XXXX
- 1.1.1.3.** XXXX, identificada con la cédula de ciudadanía número XXXX
- 1.1.1.4.** XXXX, identificado con la cédula de ciudadanía número XXXX
- 1.1.1.5.** XXXX, identificado con la cédula de ciudadanía número XXXX

1.1.2. Fiscalía General de la Nación. Actuó en su representación la Fiscalía XXX. De la Dirección Nacional XXX, Dra. XXX

1.1.3. Ministerio público. Estuvo representado por la Procuraduría XXX Judicial II., Dra. XXXX.

1.1.4. Defensores. Actuaron como tales:

1.1.4.1. Dr. XXX, en representación de los Sres. XXXX

1.1.4.2. Dr. XXXX, en representación de los Sres. XXX

1.1.4.3. Dr. XXXX en representación de la Sra. XXXX

1.2. La sentencia impugnada es la proferida dentro del proceso N° XXXX por la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, calendada el **XX de febrero de XXX**, y leída en audiencia pública el XX de febrero de XXX, por medio de la cual se revocó el fallo de primera instancia, dictado por el Juzgado XXXX Penal del Circuito Especializado de la ciudad de XXX, mediante la cual se condenó a los Sres. XXXX a la pena de ciento ocho (108) meses de prisión y multa por valor de 4.174.82 salarios mínimos legales mensuales, como autores responsables del delito de “ Lavado de activos”.

2.- SÍNTESIS DE LOS HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO Y DE LA ACTUACIÓN PROCESAL.

2.1. HECHOS MATERIA DE JUZGAMIENTO

Fueron sintetizados por la primera instancia, así:

“ La investigación se inicia por unos hechos ocurridos en diciembre de XXX, en razón de unos dineros que fueron incautados en el conjunto residencial XXX, ubicado en la XXX, apartamento XXX de la ciudad de XXX de propiedad del señor XXXX (Fallecido). cuya administración y custodia estaba a cargo del señor XXX, dineros que ascienden aproximadamente a la suma de XXXX (sic), y además se incautaron dos vehículos, uno de marca XXXX, de placa XXX y otro XXX de placas XXX, (y de acuerdo con los alegatos de conclusión de la Fiscalía se señalan las placas del vehículo XXX) presuntamente producto de actividades delictivas referidas al tráfico de estupefacientes.

Con miras a reclamar ese dinero los XXX, concretamente XXX y XXX, presentaron declaraciones de renta, las cuales al parecer fueron manipuladas, para justificar ingresos a partir de los cuales poder solventar una capacidad económica con la que no contaban, todo ello bajo la asesoría y colaboración de la señora XXX, Revisora Fiscal de XXX, contadora y asesora de la familia XXXX.

Ese dinero fue aplicado en las empresas de la Familia XXXX, como el XXXX y otras empresas de su propiedad, utilizadas para ocultar y encubrir la fuente espuria del mismo, tales como, la Sociedad XXX y XXXX, entre otras, a partir de cuyos estudios económicos pudieron verificarse inconsistencias en el plano financiero y contable, e incluso en algunas de ellas el no cumplimiento de la actividad económica que decían desarrollar o por lo menos no en las condiciones que pretendían demostrarlo.

Algunos de los acusados presentaron incrementos patrimoniales por justificar en desarrollo de operaciones comerciales y transacciones que no guardaron correspondencia con la actividad económica que desarrollaban, ni con los presuntos ingresos que poseían, lo que en sentir de la Fiscalía, evidenció ingresos de procedencia ilícita para efectuar inyecciones de capital en empresas, e incluso cuentas bancarias de ellos mismos sin soporte o respaldo en alguna labor comercial regular.

La señora XXXX, esposa de XXX, se dice por el ente acusador, se prestó para hacer transacciones que no guardan correspondencia con su labor económica, ni con los ingresos que ostentaba y terminó administrando sumas que no le correspondían, y como titular de operaciones que no le pertenecían con ocasión de las cuales ocultaba el origen de dichas sumas”.

2.2. ACTUACION PROCESAL.

2.2.1. Una vez recopilados distintos elementos materiales probatorios, que probablemente vinculaban a los procesados con el delito de “Lavado de activos”, la Fiscalía solicitó orden de captura en su contra, la misma que se hizo efectiva el día XX de septiembre de XXX.

2.2.2. El XX de septiembre de XXX, se realizaron las audiencias concentradas de Legalización de captura, registro y allanamiento e incautación de elementos materiales probatorios, así como imputación por el delito de “Lavado de Activos” e imposición de medida de aseguramiento. Estas diligencias se realizaron ante el Juzgado XXX Penal Municipal con función de Control de Garantías de la ciudad de XXX.

2.2.3. El Juzgado de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario en contra de los Sres. XXX, XXX, XXX y contra las Sres. XXX, XXXX, XXXX, XXX, XXXX y XXXX fue sustituida por la detención domiciliaria.

2.2.4. Luego de que se radicara escrito de acusación a instancias de la Fiscalía Delegada – XX de octubre de XXXX -, se celebró la audiencia de acusación ante el Juzgado XXXX Penal del Circuito Especializado de XXXX el XX de enero del año XXX.

2.2.5. El XX de enero de XXX, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación a favor de los Sres. XXX y XXX, al estimar que sobre ellos existían serias dudas probatorias sobre su eventual participación en el delito de “Lavado de activos”. La solicitud fue acogida por el Juzgado XXX Penal del Circuito Especializado de XXX y la decisión recurrida por el Ministerio Público. La segunda instancia la desató la misma sala de decisión del H. Tribunal Superior de XXX que ahora dicta el fallo condenatorio, y procedió a revocar la referida preclusión de la investigación.

2.2.6. Posteriormente ante el deceso de la Sra. XXX se precluyó la investigación a su favor.

2.2.7. La Audiencia preparatoria se inició el XX de febrero de XXXX y se agotó, luego de varias sesiones fallidas, el XX de abril de XXX. Ante la negativa de

rechazo de algunas pruebas, la defensa interpuso recurso de apelación, el mismo que fue desatado de manera desfavorable el día XX de junio de XXXX.

2.2.8. Luego de varias solicitudes de libertad por vencimiento de términos, el día XX de abril de XXX, el Juzgado XXX Penal del Circuito dispuso la libertad de los procesados que se hallaban privados de la libertad.

2.2.9. La audiencia de juicio se prolongó desde el XX de enero del año XXX hasta el XX de febrero de XXX – anuncio del sentido del fallo absolutorio – teniendo en cuenta la abundante prueba que fue llevada a la audiencia de debate público.

2.2.10. La sentencia de primera instancia se leyó el XXX de junio de XXX, decisión que absolvió a todos los procesados, tanto ante la incertidumbre sobre la existencia del delito subyacente al “Lavado de activos”, como sobre la responsabilidad de los procesados. La sentencia fue impugnada por la Fiscalía y en decisión fechada el XX de febrero de XXX y leída el XX de febrero del mismo año, se dispuso revocar la absolución para todos los procesados, excepto, frente a las Sras. XXXX y XXX. A la primera se le favoreció con la prescripción de la acción penal y la segunda; absuelta por la ausencia de prueba que la vinculara con la supuesta comisión del delito de “Lavado de activos”.

3. PRIMERA CENSURA.

(...)

SEGUNDA CENSURA A MODO SUBSIDIARIO.

En caso de que la H. Corte Suprema de Justicia, decida no nulitar lo actuado a partir de la audiencia de lectura de la sentencia de segundo grado, solicitamos de la H. Corte, se estudie la presente censura.

3.1. Mención de la causal.

Violación indirecta de la ley sustancial.

“ **Art. 181.- Procedencia.** El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, que afectan derechos o garantías fundamentales por:

(...)

3. El manifiesto desconocimiento de las **reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia.**

Acuso la sentencia de segundo grado, de incurrir en ostensibles **errores de derecho por falsos juicios de legalidad y errores de hecho por falsos juicio de raciocinio en la apreciación de varias pruebas**, que condujo a violar de forma mediata normas sustanciales; por **falta de aplicación del artículo 7º. y 381 del C. de P. P. (Ley 906 de 2004)** que contempla la duda probatoria como regla de juicio y la presunción de inocencia, e **indebida aplicación de los artículos 323 del C. Penal (Modif. Art. 8º. Ley 747 de 2002 y art. 17 Ley 1121/06 – Lavado de activos -**.

" Art. 7º. Presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda." (subrayas nuestras).

Art. 381º. – Conocimiento para condenar. Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

La sentencia condenatoria no podrá fundarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Art. 323º. Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre **bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico** de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, **estupefacientes o sustancias sicotrópicas**, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales vigentes.

(...).

3.2.Desarrollo de los cargos.

La censura en esta oportunidad, se dirige a la formación judicial de los hechos y su correlativa apreciación en torno al tópico de la demostración del **delito base o subyacente** como elemento normativo del tipo previsto en el artículo 323º. Del C. Penal. Se debatirá la responsabilidad del acusado en el delito de “ Lavado de Activos”, al exigir la comprobación, **más allá de toda duda**, de dicho elemento – Cfr. Art. 381 del C.

de P. P. -; “ *El que adquiera, resguarde, invierta, transporte... **bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de ...estupefacientes...** ”.*

El *Ad-quem*, da por probada la existencia del delito base de narcotráfico apoyado en las interceptaciones telefónicas trasladadas de tres procesos diferentes, a saber; el proceso radicado XXX adelantado por la Fiscalía XX de UNAIM; el proceso XXX adelantado por la Fiscalía XX de XXX y el proceso XXX de Extinción de Dominio adelantado por la Fiscalía XX°. De XXX. Igualmente, funda su convicción respecto a la demostración del delito de tráfico de estupefacientes como originario del dinero ilícitamente obtenido y a la postre, según la interpretación del Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXXX, vinculado a las actividades comerciales de las sociedades de la Familia XXXX, en una pieza documental, denominada “ DATOS CLAVES” – prueba Nro. 9°.- . De otro lado, se erigió por parte del Tribunal, a título de indicio del delito subyacente, las gestiones adelantadas por parte de la familia XXX para la reclamación del dinero incautado en el edificio XXX.

“ La prueba del delito subyacente de narcotráfico es desestimada por la juzgadora de primera instancia, pues no le reconoce valor a los audios de las conversaciones telefónicas interceptadas por la Fiscalía, primordialmente por no haberse practicado conforme a las reglas del Sistema Penal Acusatorio, pues no fueron sometidos al control previo o posterior ante los jueces de control de garantías, ni tampoco se efectuó la pericia de fonología sobre las voces de modo que se pudiera establecer que fueron realizadas por los procesados.

Argumentos que resultan desacertados, debiéndose aclarar, de una vez, que no todos los audios fueron producidos bajo las reglas de la Ley 600 de 2000, como sí lo fueron los tomados de la investigación previa con Radicado XXX, que adelantaba la Fiscalía XXX de XXX en Bogotá, los que en efecto no fueron sometidos al control de legalidad previsto por la Ley 906 de 2004. Sin embargo los audios de las conversaciones telefónicas interceptadas tomados del proceso XXXX que adelantaba la Fiscalía XXX de XXX, sí fueron sometidos al control de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías, según lo manifestó así el investigador XXXX, sin que en ello fuera desmentido por la Defensa, y a pesar de ello la funcionario A quo se negó a considerarlos aduciendo, además, que no se realizó cotejo de voces que permitiera la identificación de los hablantes.

(...)

Lo primero que debe decirse es que las mencionadas interceptaciones telefónicas no pueden ser desechadas porque supuestamente no se cumplió con su sometimiento ante el Juez de Control de Garantías, pues, como se precisó en la oportunidad procesal pertinente, algunas de las mismas fueron recolectadas de una investigación previa que se adelantaba por los ritos de la Ley 600 de 2000, por lo que estas cumplieron con las previsiones de dicha regulación no siendo necesario que fueran sometidas a un nuevo control judicial previo.

(...)

Ahora bien, aunque es cierto que los audios de las conversaciones interceptadas no fue posible someterlos a una evaluación pericial, como podría ser por parte de un fonólogo o un examen espectrográfico para que se pudiera determinar técnicamente que las voces de los hablantes corresponden a quienes se señala les pertenecen, tampoco es menos cierto que las voces de los interlocutores se pueden identificar por otros medios probatorios, atendido el principio de libertad probatoria, como quiera que la identificación de los hablantes en las interceptaciones efectuadas se puede lograr por otros medios, como lo sostiene la Fiscalía, además que para ello no se demandan conocimientos especializados, ya que los mismos pueden ser accesibles a una

persona de aptitudes medias, como lo son los investigadores de la Fiscalía XXXX, quien además contaba con experiencia en control telemático, y XXX, que es analista de comunicaciones.

Aunque es cierto que los investigadores que presentaron las interceptaciones telefónicas en el juicio oral no fueron los mismos que participaron en el registro inicial de estas, ello en modo alguno las convierte en prueba de referencia, pues no se requiere que el testigo que las trajo al juicio haya tenido la oportunidad de escucharlas en tiempo real...

(...)

En esta oportunidad la Fiscalía, con prueba de distinto orden, dio cuenta que el señor XXXX antes que se produjera su fallecimiento, ocurrido el XX de enero de XXX, se encontraba dedicado a actividades relacionadas con el narcotráfico. Así lo deduce de una de las llamadas interceptadas en las que la analista de comunicaciones XXX, refirió audios del abonado telefónico XXX, utilizado por la señora XXX, contadora de XXXX, propiedad de la familia XXX, en la que sostiene una conversación con una persona conocida como alias XXX, en la que aquel le da cuenta que XXXX tenía como patrón al narcotraficante XXXX, quien se entregó a la justicia norteamericana y le encargó organizar los negocios que tenía en África, acreditándose mediante los respectivos registros migratorios que XXXX viajó a dicho continente, concretamente a XXXX, donde tuvo la empresa XXXX, de la cual la Fiscalía aportó una tarjeta de presentación a su nombre (Prueba 11). Incluso se allegaron más comunicaciones en las que el señor XXXX daba instrucciones a sus subalternos para abandonar XXXX por las difíciles condiciones que se estaban presentando allí, según varios audios escuchados en el juicio oral.

La defensa, al unísono, la ha emprendido contra cualquier posibilidad de que el denominado documento “ Datos Claves” pueda ser valorado por su carácter anónimo, pues estiman que al tenor de lo dispuesto por el Art. 430 del C. de P. Penal no puede admitirse como medio probatorio.

(...)

Si bien es cierto que no podrá valorarse el mencionado documento ‘ Datos claves’ como prueba documental autónoma por su carácter de anónimo, al que la jurisprudencia le ha negado tal posibilidad, sin embargo el mismo sí se deberá apreciar como elemento material probatorio o evidencia física, el que confrontado con otros medios de prueba permite la construcción de un indicio de responsabilidad de los acusados en la comisión del delito por el que se les acusa.

Aunque se desconoce quién fue el autor material del referido documento ‘ Datos claves’, sin embargo el mismo fue admitido como elemento material probatorio, como quiera que se tiene clara la forma en la que este fue obtenido por el investigador judicial XXXX, en la diligencia de allanamiento practicada a la residencia del señor XXXX, situada en la Urbanización XXXX.

(...)

Adicionalmente, los esfuerzos desplegados por la algunos miembros de la familia XXXX, mediante la alteración y modificación de sus declaraciones de renta con miras a solicitar ante la Fiscalía XXXX en Bogotá la reclamación de la gruesa suma de dinero incautado, se vuelve en su contra como un indicio más de responsabilidad, pues con ello admiten que la referida suma de dinero pertenecía a su hermano XXXX, sin que de paso alcancen a justificar el origen lícito de la misma. – Cfr. Sentencia de segunda instancia -.

Reflexiones previas en torno al delito subyacente.

Se ha dicho que el delito previo que contiene el tipo penal del lavado de activos es un elemento de carácter normativo, así como lo destaca el doctrinante Isidoro Blanco Cordero; “ se comparten los argumentos de la gran mayoría de los tratadistas que



imputan el carácter de elemento normativo del tipo al requisito del hecho previo”¹, éstos ven que “ la exigencia del delito previo constituye un auténtico elemento del tipo (echtest Tatbestandmerkmal). Según estos autores, es un elemento que ha de probarse ante el tribunal competente para juzgar el encubrimiento”.

Es por ello que estos ingredientes normativos, sirven para cualificar el delito, pues de lo contrario se llegaría a confundir el lavado de activos con alguna clase de encubrimiento.

En este sentido cuando de realizar el proceso de tipicidad en el delito de lavado de activos se trata, debe demostrarse el ingrediente normativo, o sea, en el caso *subexamine*, que los dineros incautados y los que supuestamente se inyectaron a las empresas de la familia XXXX, tienen origen en el delito de narcotráfico. El Estado debe ser además quien pruebe la existencia de ese origen, no a la inversa², incluso una explicación no convincente de parte de los procesados, no permite presumir dicho origen³.

1º. Falso juicio de legalidad frente al indicio derivado de las escuchas telefónicas.

Ciertamente los distintos audios incorporados al proceso, no pueden calificarse como prueba directa ni de la materialidad del delito, incluido allí el origen mediato o inmediato de los bienes con actividades del narcotráfico, ni de la responsabilidad de los justiciables. Los audios realmente son prueba circunstancial o indirecta, que tienen la función de probar el hecho indicante, del que se infiere la existencia de otro desconocido, para nuestro caso, ora la tipicidad del delito de lavado de activos, particularmente el elemento normativo del origen ilegal de los recursos, ora la vinculación de los procesados en el hecho criminal.

Ahora bien, la prueba del indicio debe cumplir con las exigencias propias de la actividad probatoria, sujetándose a unos parámetros a efectos de reconocer en

¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Edit. Aranzadi. Pamplona. 1997. Pág. 222.

² Tribunal Superior de Bogotá. Sala de Decisión penal. **Sentencia del 27 de abril de 2007**. M.P. David Humberto Pastrana Alarcón. Rad. 2004-00061-00.

³ “ *Es pues, un hecho irrefutable, que compete al Estado Jurisdiccional el deber de demostrar que el incremento patrimonial no justificado tiene en su origen mediato o inmediato un nexo o conexión con actividades delictivas. El proceso penal debe contar con aquellos elementos de convicción suficientes orientados a dicha comprobación, sin que pueda ser admisible asumir – como termina haciéndose en la propuesta de la demandante -, una presunción de ilicitud de los bienes si los imputados no explican convincentemente la fuente de los mismos, lo que configuraría una intolerable inversión de la carga de la prueba que corresponde al Estado... Toda vez que no basta, en modo alguno y como lo postula la demanda, con que los implicados no hayan suministrado respuestas creíbles o verificables para – en una evidente inversión de la carga de la prueba -, asumir que el origen de los mismos es ilícito”.* Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. Sentencia del 09 de marzo de 2006. Exp. 22.179. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

ésta validez para destruir la presunción de inocencia. Así, han de tratarse de pruebas obtenidas en observancia de los derechos fundamentales y garantías procesales, practicadas durante el desarrollo del juicio oral (salvo aquellas excepciones admitidas) y apreciadas de acuerdo al principio de libre valoración. Lo cual significa, conforme a las reglas de la sana crítica, a partir de las cuales alcance el juez el convencimiento, sin margen alguno de duda razonable, acerca de la constatación del indicio.

En efecto, de fundarse la acreditación del indicio en prueba prohibida o en actuaciones que legalmente no pueden considerarse como pruebas, o de revelarse irracional su constatación, se entenderá que aquél no se encuentra debidamente probado. Y si esto ocurre, deviene imposible inferir conclusión alguna a partir de él, pues de hacerlo se entendería vulnerado el derecho a la presunción de inocencia

De modo entonces, que en la construcción del indicio, así como se exige que el hecho indicante deba estar plenamente probado, éste no puede estar afecto de algún tipo de ilicitud, es decir, que los medios de prueba con los cuales se pretende acreditar el hecho indicante posean algún vicio de ilicitud o de ilegalidad, entendiéndose como un hecho indicador pasible de ilicitud, cuando el medio de convicción que lo acredita se hizo con desconocimiento de algún derecho fundamental, como la libertad, la dignidad humana, la autodeterminación informativa, el derecho a la no autoincriminación, etc.. Por otra lado, el hecho indicante se torna en ilegal, cuando el medio de prueba que sirve a su demostración se recopiló o practicó con desconocimiento de las formalidades legales o la ritualidad establecida.

Así las cosas, el vicio denunciado en el medio probatorio que sirve de base al hecho indicante, apareja la exclusión del hecho indicador, luego, al desaparecer la premisa menor del raciocinio, desaparece la inferencia y por supuesto, inevitablemente, la conclusión.

Para el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, el delito subyacente o base, sobre el cual se edifica el delito de “Lavado de activos”, tiene su origen en actividades de narcotráfico del Sr. XXX. Este hecho se infiere de las distintas escuchas telefónicas interceptadas en tres procesos diferentes, particularmente, el audio en el cual, alias “XXX”, conversa con una persona, que a juicio de los investigadores, se trata de XXXX, contadora. Aquél sujeto le informa que el patrón de XXX, era el Sr. XXX, reconocido narcotraficante que había negociado con las autoridades norteamericanas.

Medios probatorios de los cuales se predica la ilegalidad.

- Audios recolectados del proceso XXX adelantado por la Fiscalía XX. De la Unidad Nacional de XXXX. (Proceso en el cual se extrae el famoso diálogo con alias “XXX”).

- Audios recolectados del proceso XXX adelantado por la Fiscalía XX°. De la Unidad XXXX.

Como se estableció en el juicio, los audios tomados del proceso XXXX, fueron copiados en un proceso adelantado bajo la égida de la Ley 600 de 2000 y los correspondientes al proceso XXX bajo las directrices de la Ley 793 de 2002, porque corresponde a un trámite de extinción de dominio.

La implementación del acto legislativo que dio origen al sistema acusatorio, y consecuentemente la expedición de la Ley 906 de 2004, significó desde cierta perspectiva, una aproximación del proceso penal a estándares internacionales de investigación penal; especialmente en cuanto a la separación de funciones, en particular frente a la afectación de derechos fundamentales – función jurisdiccional por antonomasia - en sede sumarial, y por ende, la creación del Juez de Control de Garantías, como el visor de la legalidad en cuanto a restricción de derechos y libertades fundamentales.

Y es que de acuerdo con la interpretación autorizada del Juez Constitucional, el Juez de Control de Garantías responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, debido a que muchas de las medidas de injerencia que se adoptan en el curso de la investigación penal, entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos que solo pueden ser afectados en sede jurisdiccional. De modo entonces, que cualquier afectación de derechos fundamentales que suscite controversia, debe ser solucionada por el Juez de Control de Garantías, y una de ellas, es precisamente la afectación a la “ Libertad de palabra hablada”, “ La intimidad”, “ la autodeterminación informativa”, que son garantías afectadas mediante el empleo de interceptaciones telefónicas.

Así las cosas, una investigación de esta naturaleza, resulta así vinculada al respeto de los derechos fundamentales, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-1092 de 2003, con ponencia del Dr. Alvaro Tafur Galvis:

“El constituyente, retomando la experiencia de la estructura del proceso penal en el derecho penal comparado, **previó que la Fiscalía, en aquellos casos en que ejerce facultades restrictivas de derechos fundamentales, esté sometida al control judicial o control de garantías – según la denominación de la propia norma-**, decisión que denota el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Estado constitucional de derecho”.

Y en sentencia C-979/05, expresó:

“ **Con la estructura de un proceso penal de tendencia acusatoria, como el que configura la Ley 906 de 2004, exige que las discusiones relacionadas con la afectación de los derechos fundamentales del imputado, se resuelvan en el ámbito jurisdiccional.** La salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado es función prioritaria adscrita al juez de control de garantías. Así, **toda**

actuación que involucre afectación de derechos fundamentales demanda para su legalización o convalidación el sometimiento a una valoración judicial, con miras a garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la eficacia y funcionalidad de la administración de justicia penal y los derechos fundamentales del investigado y de la víctima.

Como se advierte de la postura del H. Tribunal Superior de XXXX, pareciera que se privilegió la eficacia por encima del respeto por los derechos fundamentales, al mal claro estilo de un modelo procesal “decisionista”⁴. Pese a que los procesados fueron juzgados bajo un modelo procesal, como el definido por la ley 906 de 2004, que contempla precisamente controles a la actividad investigativa de la Fiscalía; que los actos de investigación con vocación de prueba se hicieron valer en una sistemática acusatoria; que fueron condenados bajo dicho enjuiciamiento, no se entiende, por qué razón se aplica a medias las garantías dispensadas para dicho modelo. Una de esas garantías excepcionales es que quien sea procesado bajo la ley 906 de 2004, los actos de investigación con injerencia en derechos fundamentales, deban ser controlados por un Juez, por la autoridad jurisdiccional.

Y decimos que se aplica a medias o realmente no se aplicaron las prerrogativas que le asistían a los procesados de que las interceptaciones telefónicas tuvieran un control jurisdiccional, en tanto, el Tribunal Superior dio por descontado que los controles se ejercieron bajo la sistemática de la ley 600 de 2000 y la ley 793 de 2002. Ignoró el Tribunal, que ello sería válido, si dichos actos de investigación se hubieran adelantado y enjuiciado bajo los viejos modelos procesales, pero resulta que aquí, los acusados fueron enjuiciados bajo una sistemática que contempla garantías en dicha materia a favor del ciudadano.

Como lo ha dicho la la Corte Constitucional, quien vela por el necesario equilibrio entre la eficacia y la funcionalidad de la administración de justicia y los derechos fundamentales es el Juez de Control de Garantías. No puede suplir esa función el sujeto pasivo del control (Fiscalía General de la Nación), quien adelanta la actuación que merece fiscalización, en tanto, sería un mismo órgano quien ejecuta y se controla así mismo, lo que rompe toda independencia, imparcialidad y objetividad.

Y es que cuando se reconoce a la Jurisdicción como garantía, encarnada en los Jueces de Control de Garantías, quienes tienen la tarea de revisar la legalidad de una interceptación telefónica, se realiza el principio acusatorio en la etapa de investigación.

El debido proceso como categoría fundamental del Estado de Derecho, no se puede circunscribir a una temática de simple forma en la recolección probatoria, sino que el contenido de las injerencias pueden afectar núcleos intangibles de

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Edit. Trotta. Madrid. 1995. Pág. 33 y ss.

los derechos fundamentales, y por ello, que el Juez de Control de Garantías ejerza un control material, entre otros; frente a los elementos recogidos en registros, allanamientos, interceptaciones telefónicas ordenadas por la Fiscalía General de la Nación; la práctica de prueba anticipada; las órdenes de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos; las solicitudes de medidas de aseguramiento; el control judicial de legalidad sobre el principio de oportunidad; las solicitudes de libertad; autorizaciones previas para intervenciones corporales; ordenes de vigilancia y seguimiento, etc.

Así las cosas, el artículo 237º. Del C. de P. P., contempla un requisito perentorio de control formal y material, posterior, de las interceptaciones telefónicas, y ese control es el que se echa de menos en la presente investigación. Así entonces, se lesionó gravemente la garantía jurisdiccional de una tutela judicial efectiva que le asiste a los procesados; en términos de que aquéllos actos de investigación que afectaron sus derechos fundamentales nunca fueron sometidos a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Que las interceptaciones realizadas en los procesos XXX y XXX se hicieron bajo los cauces de la legislación que los regulaba, planteamiento del Tribunal, serían admisibles, si y solo sí, dichos actos de investigación, se limitaran a servir de prueba en los procesos en los cuales fueron recopilados, pero no en otros procesos, que gozan de distintas garantías a favor del ciudadano-acusado, porque en tal sentido, se crearía una mixtura de procedimientos, a todas luces inadmisibles.

De otro lado, con la aducción de los audios recogidos de las investigaciones XXX y XXX, se está finalmente aplicando la figura de la “ prueba trasladada”, que la ley 906 de 2004 no contempla, como si lo hacía el art. 239 de la ley 600 de 2000.

Y es que debemos insistir, el debido proceso, significa que no es posible validar la forma de aducción de una prueba bajo un tipo de procedimiento, para otro procedimiento, que si bien es valido para la ley 600 de 2000, no lo es para la ley 906 de 2004. Porque en ese orden de ideas, bastaría simplemente con llevar el proceso de ley 600 al juicio, incorporarlo con un testigo de acreditación, y ya, y es lo que finalmente hizo la Fiscalía, cuando mediante la declaración de XXXX, se trasladaron actos de investigación con incidencia en derechos fundamentales, de un proceso inquisitivo a un modelo acusatorio.⁵

Y es que bajo el argumento sostenido por el Tribunal Superior de XXXX, inspecciones corporales, toma de muestras, registros y allanamientos, búsqueda

⁵ Esta práctica fue rechazada desde el año 1989 por la Fiscalía General del Estado en España, instrucción No. 1º. De 1989.

selectiva de datos, seguimientos pasivos, etc, tendrían pleno valor bajo la ley 906 de 2004, al afirmar, que en el proceso previsto por la ley 600 de 2000 y otros modelos ajenos a la sistemática acusatoria, se recogieron conforme los parámetros de éstos. *Mutatis mutandi*, igual ocurriría con el testimonio, se llevaría el acta, afirmando que en el proceso de ley 600/00 se recogió con todos los requisitos de ley, fue recibido por un juez o fiscal, se le tomó juramento, estuvo presente incluso la defensa, etc., pero finalmente es una prueba de referencia.

Es que incorporar una prueba recopilada bajo el viejo modelo inquisitivo en un proceso esencialmente adversarial, trasladada a modo de prueba de referencia resulta ilegal. Esta postura la defiende la doctrina continental Europea, en cabeza de Michelle Tarufo, cuando se ha expresado que también el campo de aplicación de la “*hearsay rule*” **“ incluye también conductas no verbales y documentos escritos”**⁶.

Por lo demás, admitir como prueba las escuchas telefónicas recopiladas en procesos cuya naturaleza es diametralmente distinta al modelo procesal previsto en la ley 906 de 2004, es aplicar de manera ultractiva unas disposiciones, que ya carecen de vigencia temporal para hechos ocurridos con posterioridad al año 2004. La ley procesal es de aplicación inmediata, de modo, que la ley 906 de 2004, se tiene que aplicar de modo inmediato, pero más en este caso, que uno pudiera válidamente afirmar, que es una norma procesal de contenido sustancial. Recuérdese que se trata de una norma procesal que contiene garantías a favor del ciudadano acusado, porque la ley 906 de 2004, contempla un incremento cualitativo y cuantitativo en la protección de la autodeterminación informativa, la libertad de palabra hablada, la intimidad, al prever los controles judiciales propios del visor de la legalidad, que es el juez de control de garantías, y el aumento de la legalidad material (motivos razonados, principio de proporcionalidad, etc.). El tema de la coexistencia de sistemas jurídicos ha sido ampliamente debatido no solo por la Corte suprema, sino por la Corte Constitucional, y aquí no es posible sostener coexistencia de modelos en punto a la forma de producción de una prueba, desconociendo de tajo, que para que ello sea viable; **(i)** la figura debe estar regulada en ambas legislaciones (efectivamente, ambos procedimientos contemplan aquél acto de investigación de la interceptación de comunicaciones) **(ii)**, que se plantee un asunto de favorabilidad, en el *sublite*, lo que se hizo por el *Ad-quem*, fue aplicar la desfavorabilidad al procesado, al privarlo de los controles materiales y formales del acto de investigación que contempla la ley 906 de 2004 y por dicha vía, hacer valer en su contra, medios de prueba de carácter incriminativo; **(iii)** que para hacer efectiva la garantía no se desvertebre o resquebraje el sistema llamado a gobernar la respectiva actuación, **“vale decir que, entre otras cosas, no se omite algún paso del esquema procesal”**⁷, y aquí se omitió

⁶ Al respecto, ver; TAPER, Colin, **Sobre la evidencia**. 11°. Edición. Editorial de la Universidad de Oxford. 2007. Pág. 634; FENNER, Michel, **Hearsay Rule**. Editorial Academia Carolina. 2009. Pág. 234.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 09 de febrero de 2006**. Exp. 23700, posición reiterada en **auto del 18 de marzo de 2009**. Exp. 27339.M.P. Dra. María del Rosario González Lemos

no cualquier paso o condición, el más importante; la valoración imparcial y objetiva a instancias de un juez de control de garantías, de esos actos de investigación que comportaron afectación a derechos fundamentales (interceptaciones).

En conclusión, las escuchas telefónicas estimadas por el H. Tribunal Superior de XXX, como que con ellas daba por probado el delito subyacente, son pruebas ilegales, porque en su producción y aducción al proceso regido por la ley 906 de 2004, se incumplieron requisitos legales esenciales, caso en el cual, debe ser excluida del caudal probatorio por virtud del mismo artículo 29 de la C. Pol.⁸

Art. 276 “ La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, **se haya observado lo prescrito** en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia **y en las leyes**”

Cuando la anterior disposición alude al hecho de que la evidencia se haya recogido conforme lo prescrito en las leyes, ha de entenderse, que es la ley que aplicable al caso, no otra ley, como lo hizo el *Ad-quem*, al aplicar disposiciones de la ley 600 de 2000 y 793 de 2002 a un procedimiento ajeno en todo a esa naturaleza y ámbito de validez.

Art. 360.- Prueba ilegal. El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este Código”.

Y es que los requisitos esenciales pretermitidos, con la aducción de la prueba practicada bajo los procesos XXX y XXX, ajenos al modelo acusatorio, consistente en el control posterior por parte del Juez de Control de Garantías, no son de poca importancia, todo lo contrario, lo que hace el control judicial; es revisar tanto la legalidad formal como la legalidad material, cuestión que no hacía realmente la ley 600 de 2000, de allí, que el Juez se ocupe en el control posterior de :

Control : Motivos razonablemente fundados = Relación entre investigado y hallazgos.

Interceptaciones telefónicas : Afectación a terceros (carácter indiscriminado).

Derecho Internacional :

Límites a la injerencia.

- a). Categorías de personas bajo escuchas.
(defensor) – recuérdese que aquí se interceptó a la contadora, a quien se

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 24 de agosto de 2009.** Exp. 31900 M.P. Jose Leonidas Bustos Ramírez.

- supone la amparaba el sigilo profesional -
- b). Naturaleza de la infracción
- c). Fijación límite temporal.
- d). Condiciones de autenticidad. (procedimiento para documentar la comunicación interceptada)

No vigilancias exploratorias. (Desvinculadas de la investigación de un hecho delictivo grave).

Control material y no solo formal.

- a). Motivos fundados.
- b). Legalidad medios cognoscitivos que dan lugar a la interceptación.
- c). Término de 24 horas.
- d). Expedición material orden.
- e). Ejecución material orden.
- f). Principio de proporcionalidad (presunción de hallazgo y prohibición de exceso o de intervención mínima).
- g). Tiempo no indefinido.
- h). Respeto de los privilegios (comunicaciones de la contadora, no autoincriminación)

El control material no se hace bajo ley 600 de 2000 en su artículo 301, porque dicha disposición solo fija unos plazos, se obliga al respeto del privilegio de confidencialidad que tiene el acusado con su defensor, pero no se exige una exposición y control de los motivos fundados, el principio de proporcionalidad, etc.

En el tema del debido proceso probatorio, una cosa es el debido proceso para una sistemática y otro el debido proceso para otra sistemática; de orígenes, principios y estructura completamente disímil. El Tribunal Superior de XXX, creo un tercer sistema, al permitir la prueba trasladada de un expediente de extinción de dominio y otro del procedimiento penal antiguo a la nueva sistemática.

Tampoco puede afirmarse, que el principio de “ Libertad probatoria” autorizaba incorporar los audios de otras investigaciones a ésta, porque una cosa es la libertad de medios de convicción, y otra es la libertad de las formas en que estos pueden válidamente

incorporarse a la actuación procesal. Ciertamente pueden existir medios atípicos, y desde que ellos no afecten garantías fundamentales son admisibles, pero cuestión diversa, es que el operador jurídico se invente un procedimiento para su aducción en el proceso, cuando es el legislador, por principio de reserva de ley, quien ha definido las formas y presupuestos bajo los cuales resulta admisible un medio de prueba. En el subjúdice, se inventaron un procedimiento para la incorporación de los audios, acogiendo requisitos de la ley 600/00 y suplantándolos en el procedimiento de la ley 906 de 2004.

- **Audios de la Fiscalía XXX. Exp.**

XXXXX.

Para el H. Tribunal Superior de XXX, sobre estos audios no se puede predicar ilegalidad, en la medida que se tramitó bajo la ley 906 de 2004, sin embargo, con la incorporación de dichas escuchas, finalmente se trataría de trasladar prueba de un proceso a otro, mediante un instituto que no está regulado en la ley 906/04.

Por lo demás, las bases fácticas que dan lugar a una interceptación en un proceso pueden diferir sustancialmente de otro expediente, para nuestro caso, no se sabe cuáles fueron los motivos razonablemente fundados para ordenar la interceptación en el expediente XXX, ¿serían los mismos del XXXX?, nunca se sabrá, en la medida, que nunca un Juez hizo control de dichos motivos de cara a las circunstancias fácticas del proceso que dispone la condena de los acusados.

Además debemos recordar, que el inciso tercero del artículo 15°. de la C. Pol. señala que todas las formas de comunicación privadas son inviolables, y que únicamente pueden ser interceptadas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades legales. Ahora, ¿por qué no es suficiente con la legalidad de las interceptaciones realizadas al interior de la investigación XXXX?; por la sencilla razón, que los filtros del proceso XXXX, eran diferentes, en el presente, se debía verificar; (i) cuáles eran los indicios que permitían inferir que se estaba investigando un verdadero hecho delictivo, de allí la necesidad que el Fiscal justificara la injerencia al secreto de las comunicaciones en este proceso; (ii) era obligación determinar, para este caso concreto, la adecuación entre la exigencia de intervención y el delito investigado; (iii) establecer las categorías de personas que pueden ser expuestas a la injerencia, porque terceros ajenos a la investigación no pueden soportar este tipo de intervenciones, nada de ello se verificó en el presente; (iv) el Juez debió verificar para este proceso en particular, si la Fiscalía no hizo vigilancias “explotatorias”, (v) el control sobre la duración y los hallazgos, nada de esto se hizo, de cara a lo que constituía el objeto de la presente investigación. Por estas razones no puede afirmarse, que resulte legal trasplantar los controles realizados en un proceso a otro, y a partir de allí admitir que es válido; porque los supuestos fácticos de ambas investigaciones pueden diferir diametralmente, los sujetos afectados, las razones o motivos, etc.

Incidencia del falso juicio de legalidad en el sentido del fallo.

A manera de conclusión, si se reconoce que ninguno de los audios incorporados en juicio, tienen aptitud legal para ser admitidos como prueba, el hecho indicante sobre el cual se edificó el fallo de segunda instancia para demostrar la supuesta existencia del origen ilícito de los dineros, cuya fuente era el narcotráfico (relación de XXX con XXX), termina por generar una profunda incertidumbre sobre la existencia del referido elemento normativo del tipo de lavado de activo. no dejando de significar, que el estándar probatorio para dar por probado el delito base o subyacente sigue siendo el de “ más allá de toda duda”.

2º. Falso juicio de raciocinio frente a las interceptaciones recaudadas en el proceso.

Este cargo se presenta de manera subsidiaria, bajo el entendido, que el falso juicio de legalidad atrás propuesto no prospere.

a). Demostración del error.

Para el fallador de segundo grado, las interceptaciones telefónicas, no solo se erigieron en el medio de prueba por antonomasia para demostrar la existencia del delito subyacente de narcotráfico como elemento normativo del tipo de “ Lavado de activos”, sino la responsabilidad de los procesados, atendiendo el contenido de dichos diálogos. Pese a que la primera instancia consideró imprescindible contar con la prueba técnica de fonoespectografía, mediante la cual se determinara la autenticidad de los diálogos, esto es, que efectivamente si correspondían a los procesados, la segunda instancia, estimó por el contrario, que la prueba técnica no era necesaria. Esta innecesariedad la justificó el Tribunal en el principio de libertad probatoria, ese preciso *thema probandum*, pudiera ser demostrado con los investigadores con experiencia en control telemático, a saber, los Sres. XXX y XXX:

“ Ahora bien, aunque es cierto que los audios de las conversaciones interceptadas no fue posible someterlos a una evaluación pericial, como podría ser por parte de un fenoaudiólogo o un examen espectrográfico para que se pudiera determinar técnicamente que las voces de los hablantes corresponden a quienes se señala les pertenecen, tampoco es menos cierto que las voces de los interlocutores se pueden identificar por otros medios probatorios, atendido el principio de libertad probatoria, como quiera que la identificación de los hablantes en las interceptaciones efectuadas se puede lograr por otros medios, como lo sostiene la Fiscalía, **además que para ello no se demandan conocimientos especializados, ya que los mismos pueden ser accesibles a una personas de aptitudes medias, como lo son los investigadores de la Fiscalía XXXX, quien además contaba con experiencia en control telemático, y XXXXX, que es analista de comunicaciones**” – Cfr. Pág. 43. Sentencia de segunda instancia -.

- **Leyes científicas desconocidas.**

La espectrografía de la voz, consiste en cotejar los patrones acústicos, de dos conversaciones o más, teniendo una como indubitada, en atención a las características de tiempo, intensidad y frecuencia. Los patrones acústicos llamados impresiones de voz, permiten una comparación visual de los sonidos expresados, teniendo en cuenta, que cada voz es suficientemente distinta y se puede identificar con la misma exactitud que las huellas digitales (aunque esta afirmación no deja de ser controvertida en el medio científico), porque las características morfológicas permiten identificar al responsable de una voz; el modo natural de articular y modular las palabras; forma y dinámica en la pronunciación de las mismas; intensidad y acento con que se pronuncia una y otra frase, así como las cualidades de los grupos fónicos y sonidos aplicados a cada palabra; modismos y regionalismos empleados durante la conversación⁹.

- **Apreciación correcta de la prueba de cara a las leyes científicas.**

Para el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, bastaba que unos investigadores afirmaran que los diálogos pertenecían a los procesados, para dar por sentada la autenticidad de los mismos, cuando para el caso del investigador XXX, ni siquiera escuchó los audios, sino que fue únicamente la persona que realizó las inspecciones judiciales a los procesos de los cuales se extrajo el material dubitado. Y XXXX, si participó en la interceptación de los diálogos de la Fiscalía XXX Especializada, éstos no fueron los audios pilares de la decisión de condena.

Se sabe que la autenticidad refiere a la autoría del documento, para nuestro caso, la autoría de los diálogos o grabación magnetofónica¹⁰ como de los Hermanos XXXX y XXXXX. Esta autenticidad se prueba con la prueba fonoespectrográfica, luego, suplantar dicha prueba por lo que crean los investigadores, y luego, aceptar esa creencia como verdad, es desconocer cómo la ciencia es la que autorizaría legítimamente determinar el autor de la conversación.

Este planteamiento lo había expuesto ya de antaño la Corte Suprema de Justicia en sentencia adiada el 27 de Marzo del año 2003, en la cual se deja en claro, que la prueba fruto de grabaciones magnetofónicas es de **naturaleza compleja**, habida consideración de que se requiere a mas del diálogo la prueba de fonología que permita determinar la autenticidad de la voz, y negó que esta se pudiera demostrar a partir de elementos indiciarios.

⁹ GALVIS GALVIS, Venancio. La voz como prueba judicial. Plaza & Janes. Editores Colombia Ltda. 1988.

¹⁰ “ Por ello, las grabaciones magnetofónicas que constituyen una clase de documento privado, resulta apto como medio de prueba al tenor de lo preceptuado por los artículos 262 del Código de Procedimiento Penal anterior y 258 del actualmente vigente, cuyo valor depende de su autenticidad, aducción, publicidad y controversia procesal”. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 16 de Marzo de 1988.** M.P. Dr. Lisandro Martínez Zuñiga.



“ Bajo tales premisas, entonces, como dentro de los criterios de valoración forzoso es tener en cuenta su autenticidad, publicidad y controversia procesal, debe precisarse que para este evento específico, al disponer el inciso tercero del artículo 351 del Decreto 2700 de 1991 — y el cuarto del 301 de la Ley 600 de 2000 en idénticos términos — que el ‘funcionario judicial dispondrá la práctica de pruebas necesarias para identificar a las personas entre quienes se hubiere realizado la comunicación telefónica’, **está supeditando la validez de la prueba a la demostración de su autenticidad**, no solo porque en estos casos su producción se lleva a cabo sin el consentimiento ni el conocimiento de la persona o personas en cuya intimidad se entromete el Estado pero con un fin legítimo...

(...) En realidad se trata de una prueba de producción compleja, pues no se limita a la captación magnetofónica de las voces, labor que implica una actividad operativa simplemente mecánica, como es adaptar los dispositivos del caso para su grabación, por supuesto, previa autorización judicial, **para su perfeccionamiento requiere del funcionario judicial la identificación de los autores de las mismas, salvo que aquellos contra quien se opongan no desconozcan antes de la finalización de la audiencia pública...**

En estas condiciones, no puede afirmarse como lo hace el Procurador que por el hecho de haber respondido en la indagatoria que conocía a R.V., o que lo transportó varias veces al aeropuerto esté reconociendo tácitamente el contenido de las grabaciones telefónicas, pues no solo no acepta haber sostenido ninguna conversación de esa naturaleza con él...”¹¹

La fijación judicial de los hechos debe recurrir necesariamente a los esquemas propios de la epistemología general y esta para nuestros tiempos debe obedecer a una actividad racional, de allí que no podamos movernos en un territorio dominado por la mera emotividad o la intuición. Así entonces un modo racional de abordar la prueba, comporta necesariamente evaluar los procedimientos utilizados para establecer su aceptabilidad en el proceso y su correlativo juicio crítico.

En el derecho Romano imperial la prueba apuntaba al juramento, en el Medioevo era la confesión la prueba de toque de la verdad adornada de toda un pensamiento mágico — ordalías, juicios de Dios —, en el momento actual son los avances de la ciencia los que iluminan el camino del funcionario, quienes en ejercicio del método de la sana crítica y auxiliado por el perito tiene la función de buscar la verdad objetiva, como criterio de verdad que subsiste en el derecho y que se traduce en ese grado gnoseológico llamado CERTEZA O MÁS ALLA DE TODA DUDA – Cfr. Art. 7º. del C. de P. P. -.

La pregunta elemental, comprensiva de toda discusión, se reduce a la siguiente proposición, juicio o enunciado : ¿Cuál era el medio idóneo, desde el punto de la ciencia, para demostrar que las referidas conversaciones son de autoría de los acusados?

Nuestra tesis es que sólo la prueba técnica era el medio probatorio apto e idóneo para demostrar ese preciso objeto de prueba, jamás la prueba testimonial; y la prueba técnica venía dada por el medio fonoespectrográfico, en tanto, es a través de este método, que

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. **Sentencia del 27 de Marzo de 2003**. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Exp. 17247.

se puede identificar con certeza si una voz, que tiene carácter único, presenta signos diferenciadores que la hagan distinta a las demás.

¿Porque sostenemos y defendemos esta tesis?

Creencias, convicciones, comprensiones son estados de la mente humana que lo cree o lo comprende, su valor científico depende solamente del apoyo objetivo que prestan los hechos a sus conjeturas, y el hecho lo configura el mismo método científico para indagar sobre un dato que requiere conocimientos especiales.

Es un elemental planteamiento propio de la teoría del conocimiento, que el objeto del conocimiento en particular para el proceso, jamás lo modifica el sujeto cognoscente: Yo como funcionario, a partir de mis creencias o aspiraciones mentales, no puedo tornar en ilícito lo lícito, ello lo dice la prueba técnica, sólo la prueba científica fonoespectrográfica puede determinar con exactitud científica si las grabaciones son de los acusados.

Debemos recordar, que en el moderno proceso penal resalta el papel cada vez mas relevante de los peritos en la realización de pruebas cuya práctica exige determinados conocimientos científicos que sólo están al alcance de especialistas o profesionales versados en ellos, como dice el profesor Muñoz Conde; “ *Esta es una consecuencia inmediata de la racionalidad del derecho de prueba que liga la práctica y valoración de la prueba pericial a una metodología científica empírica característica de la cultura de nuestro tiempo...La trayectoria de una bala o el nivel de alcohol en sangre son cuestiones que sólo pueden resolverse aplicando una determinada metodología empírica universalmente admitida y con un alto grado de fiabilidad*”¹²

Independiente de la sapiencia del operador jurídico en un tema, todos sabemos por virtud de la socialización del conocimiento¹³ al interior del proceso, que la prueba técnica resulta imprescindible entratándose de conocimientos científicos o especializados (Art. 405 C. De P. P.); **“ La prueba pericial es procedente cuando sea**

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 3º. Ed. Hammurabi. 2007. Pág. 101

¹³ Cuando, pues, se nos pregunta que tipo de control puede desarrollar el juez sobre el correcto empleo de las nociones técnico-científicas por parte del perito, la respuesta no puede ser mas que una : el mismo control que puede ejercer la colectividad de la cual el juez es exponente e intérprete. Se explica así por qué no se puede exigir al juez que posea una ciencia superior a la del perito, y en consecuencia rehacer por cuenta propia las valoraciones llevadas a cabo por el mismo, pero se le debe exigir que controle el grado de aceptabilidad, en el plano del conocimiento común ,de los nuevos métodos científicos, o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito. **Tres son, en verdad, los modos de control que posee la opinión pública frente a la obra de un experto : a) La Valoración de la autoridad científica; b) la incorporación al patrimonio científico comúnmente aceptado de los métodos de investigación por él seguidos c) la coherencia lógica de su argumentación...** DENTI, Vitorio. **Estudios de Derecho Probatorio**. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1974. Pág. 303 y ss

necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados”, por ello, resulta desafortunada la glosa del H. Tribunal, al afirmar que personas sin conocimientos especializados en fonología, puedan determinar la uniprocedencia de una voz, porque según el Tribunal ese es un conocimiento ¡“ **accesible a una persona de aptitud media**”!. Nada más ajeno a la ciencia, cuando estamos realmente frente a una parcela del conocimiento especializado, y que lo gobierna la fonología, y por eso todo operador jurídico debe ceñirse a dicha prueba, y a las reglas científicas por las que ella se gobierna en la valoración de la prueba.

Además, a partir del preciso *thema probandum*, que no es más que el carácter auténtico de una grabación magnetofónica, se debe atender a la naturaleza de las cosas para su establecimiento¹⁴ y acogiendo elementales estructuras lógico objetivas, se impone una especial tarifa legal científica¹⁵, en el entendido que sólo la prueba técnica sería el medio de convicción apto, técnicamente, para establecer la autoría o adscripción de un diálogo a una persona específica.

Si fuera válido, suplantar al perito por el testigo lego, desconociendo así, que existe una ciencia como la espectrografía de la voz, que tienen la misión de determinar la autenticidad de un diálogo, guiados por todo un cuerpo científico decantado por años, no habría la menor duda de que se impuso un modelo procesal decisionista y no cognoscitivista como el que inspira un Estado Social y Democrático de Derecho y que se traduce en el principio de necesidad de la prueba¹⁶. Bajo esa égida de pensamiento, el ciudadano jamás podría controvertir algo que no es empíricamente verificable y contrastable, porque finalmente el fundamento de la decisión reside en las creencias del funcionario, cimentadas en subjetividades del testigo, lo cual resulta prácticamente imposible confrontar razonablemente.

Y es que el Tribunal quiso resolver, tal como lo hizo la Fiscalía, la autenticidad de los diálogos de un modo no científico, ignorando los rudimentos del perito

¹⁴ STRATENWERTH, Gunther. " El problema de la naturaleza de las cosas " **En Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid**. Vol VIII. No. 19. 1964. WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema del Derecho Penal**. Barcelona. Ed. Ariel. 1964.; ZONG UK TJONG. " Origen y fundamento filosófico de la teoría de las estructuras lógico-objetivas en el derecho Penal ". En **Doctrina Jurídica**. Ed. Universidad Católica de la Plata. 1972

¹⁵ No se entienda que cuando aludimos a una tarifa legal científica, desviemos el sentido del ataque al error de derecho como falso juicio de convicción, sólo que se emplea dicha terminología para reseñar la importancia de que el funcionario judicial esté sujeto al yugo de la ciencia en la estimativa probatoria.

¹⁶Bajo la égida de un Estado social y democrático de derecho, es consustancial al mismo, adoptar una epistemología garantista en cuanto al proceso penal y ello se concreta para el tema que nos ocupa, en el cognoscitivismo procesal ello significa que todo pronunciamiento de orden judicial debe reunir dos condiciones; la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permiten tanto la verificación como la refutación. Ello a lo que apunta, es que el proceso no puede estar ausente de referencias fácticas exactamente determinadas, porque el juicio resulta basado en valoraciones o sospechas subjetivas deviniendo en un proceso " sin verdad ". FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. 2a. ed. Edit. Trotta. Madrid - España. 1995 .

en la materia, y por ende, sustituyendo al perito fonoaudiólogo por una persona que dice haber escuchado miles de diálogos, y con base en esa escucha, puede afirmar categóricamente que esa es la voz de la persona que dice él que es. Este modo de pensar infringe gravemente las reglas de la ciencia, y el juicio se convierte en un juicio de apreciaciones subjetivas, sustituyendo así la objetividad por la intuición, que es lo que precisamente quiso desterrar la Señora Juez en la sentencia de primer grado.

Es que dar por demostrada la autenticidad de los diálogos a partir de la declaración del Sr. XXXX, porque éste dice que esas son de una persona y no de otra, es una **falacia argumentativa por petición de principio**, porque el sustento para dar credibilidad a las afirmaciones del Sr. XXX, son las propias afirmaciones del testigo. Es decir, el argumento del *Ad-quem*, se gesta en la declaración de XXXX y considera que esas afirmaciones son ciertas, porque coinciden con lo que él mismo afirma, esto es, que son verdad, no porque existan elementos objetivos externos y distintos de los propios dichos del testigo, específicamente la prueba pericial que es la que se echa de menos, sino porque así lo afirma el deponente.

Este modo de pensamiento, encierra la típica **falacia de argumentación circular**,¹⁷ por cuanto para demostrar lo afirmado en la premisa mayor, se construyen una serie de premisas que retornan, o regresan circularmente a la premisa mayor¹⁸, lo que invalida el método deductivo como forma válida de conocimiento, siendo el razonamiento deductivo componente estructural de las reglas de la lógica y éstas una expresión de la sana crítica¹⁹. Esta falacia en que incurre el Tribunal revela aún más el falso juicio de raciocinio en el que incurrió la segunda instancia al conceder mérito a los testimonios de los investigadores en punto a la autenticidad de los diálogos.

Adicional, los investigadores indudablemente tienen un sesgo cognitivo en la apreciación de los hechos, situación que los torna en dudosos y poco confiables, en tanto, bajo su lectura “ abductiva” de la realidad, no están buscando la inocencia, sino la responsabilidad, esa es la orientación de su pensamiento.

Y es que la discusión que aquí planteamos, ha sido ya debatida en otras latitudes, hace ya varias décadas; donde han sido singularmente celosos con la forma y procedimiento de interceptación y en especial, la autenticidad, en aras de evitar lagunas llamadas a generar conclusiones equívocas acerca de la real autoría del interlocutor, y por

¹⁷ No en vano, la primera instancia le dio a esta prueba un carácter de prueba de referencia, porque en últimas.

¹⁸ BALMES, Jaime. Curso de filosofía elemental. Edit. Garnier Hermanos. Paris. Pág. 77.

¹⁹ “ Enseguida y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que no es nada distinto en la explicación de su nominación y en busca de sus contenidos y fines, que el sometimiento de las pruebas a las leyes o reglas que regulan el razonamiento deductivo, los fenómenos materiales y las conductas frente a la sociedad, de acuerdo a lo admitido por ella misma para hacer viable su existencia y verificación de sus comunes objetivos... ” Corte Suprema de Justicia. **Sentencia del 06 de marzo de 2008. Rad. 28788.** M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

ende, procurar la seguridad jurídica y la certeza del derecho. Bueno es citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ y el Tribunal Constitucional²¹.

En adición a lo anterior, no sabemos nada de los diálogos no interceptados, que bien pudieran dar luces interpretativas a los diálogos interceptados, porque la misma policía judicial hace un filtro, aportando sólo las interceptaciones que en su sentir considera pertinentes y con ello, se crea un sesgo en la investigación. Aquí no se aportó a plenitud toda una secuencia de diálogos, sino aquéllos que los mismos investigadores consideraron relevantes para la investigación y más que para la investigación, para la teoría del caso de la Fiscalía. Lo anterior sin contar, que la transcripción queda a cargo de la autoridad policiva.

Bien señala el profesor Hassemer; **“La racionalidad del derecho de prueba implica que cada prueba tiene su particularidad, su especificidad que condiciona su valoración, así por ejemplo, la valoración de una prueba pericial sobre balística o de análisis de sangre, viene condicionada por unas reglas empíricas absolutamente vinculantes para el Juez, que no pueden sustituirlas por sus creencias particulares o por la revelación dividida”**²². Esta postura en cierta modo, fue la postulada por el propio Tribunal a través de un salvamento de voto muy ilustrativo, y que revela otro hecho no menos paradójico, y es que el *A-quo*, cuando al inicio del juicio, dispuso escuchar al testigo XXXX y éste pretendió incorporar los audios, negó dicha posibilidad, por carecer de las capacidad de autenticarlos, auto que no fue recurrido en apelación. Luego se abrió de nuevo el debate, para ser llevado en una apelación abiertamente irregular, porque el tema ya había sido zanjado y resuelto por la instancia judicial, es decir, tenía el efecto de cosa juzgada. Pese a lo anterior, el Tribunal Superior de XXXX en decisión del XX de febrero de XXX, revive el debate, y de manera poco ortodoxa, autoriza a la Fiscalía que se “autentiquen” los audios a través de los investigadores. Pero resaltemos el salvamento de voto:

“(…)

La autenticidad o autenticación de la evidencia física no es un problema que tenga que ver con la legalidad de la evidencia, como lo sostiene la Corte en la providencia citada por la mayoría, pero, a diferencia de lo que ésta asevera, tampoco es un asunto de simple valoración de la prueba presentada en juicio. Es ante todo una cuestión que tiene que ver con la admisibilidad de la prueba.

(…)

Según se ha entendido ordinariamente, un documento es auténtico cuando se tiene certeza de la persona que lo ha elaborado o suscrito y ese es el sentido de autenticidad que se extracta de los artículo 425, 426 y 430 de la Ley 906 de 2004. Eso significa que un documento es auténtico cuando se tiene certeza sobre su origen o creación. En ese caso, su autenticidad se establece probando de modo suficiente de dónde

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del 30 de Julio de 1998. caso Valenzuela Contreras.

²¹ Tribunal Constitucional. Sentencia del 05 de abril de 1999. Tomada de: MONTAÑÉS PARDO. Miguel Angel. La intervención de las comunicaciones. Edit. Aranzadi. 1999. Pág. 278.

²² HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. 1984. Barcelona.



proviene, quién y cómo lo creó y como se obtuvo y su relación con los hechos debatidos en el juicio – pertinencia -. Esa regla se aplica también a la evidencia física.

(...)

No se puede autenticar un documento o una evidencia a través de un tercero que no participó en su creación, ni en su recolección y obtención originaria, pues éste no puede identificar de manera confiable la evidencia, ni puede dar fe de que se conserva original o sin alteraciones, ni de la veracidad de su contenido. Si un tercero pudiera dar fe de esos hechos, la veracidad del documento – y hasta su identidad y originalidad – se convertirían en un mero acto de fe y se privaría a la otra parte de la posibilidad real de controvertir la evidencia.

(...)

En este caso, en la audiencia preparatoria la Fiscal solicitó la admisión de unas grabaciones sobre la base de que éstas correspondían a la interceptación de las líneas telefónicas de los acusados y las conversaciones sostenidas por éstos con el fin de acreditar su participación en el delito que les atribuye y el juez las aceptó sobre esa base. Pero, la Fiscal debe autenticar esa evidencia antes de su incorporación en el juicio oral, conforme a las reglas sentadas atrás. En otros términos, debe establecer que las grabaciones corresponden a las líneas telefónicas y a las conversaciones sostenidas por los acusados, pues, mientras no lo haga, no habrá establecido su pertinencia – o su relación con este juicio – y su autenticidad y confiabilidad. En efecto, si no se establece suficientemente que las líneas y las conversaciones corresponden a los acusados nada tienen que hacer en este juicio y deben excluirse de él y eso debe hacerse antes de su incorporación como condición de admisibilidad.

No le corresponde al Juez decirle o insinuarle al Fiscal como debe hacerlo. Pero, es evidente que quien simplemente extrajo de otro proceso esa evidencia no puede autenticarla porque no puede dar fe de cuando, cómo y donde se grabaron las conversaciones y a que líneas corresponden, ni puede establecer que las voces que se escuchan son las de uno o varios de los procesados, pues no participó en su creación y sólo las tomó o extrajo de otro proceso, pero no puede dar fe de esos hechos”.²³

Es evidente, que el Tribunal XXXX, suplantó la prueba pericial, por su propia subjetividad, y concluyó que los diálogos llevados a juicio, eran de los acusados, en especial, de XXXX, sin determinarlo científicamente, y bajo esta petición de principio, llegaron a la inevitable conclusión de responsabilidad penal.

- **Trascendencia del yerro en el fallo.**

En caso de que la sentencia condenatoria, hubiese seguido los lineamientos de la ciencia forense propios de la espectrografía de voces, habrían concluido que no existía prueba de cargo en contra de XXXX, que lo comprometiera en el delito de lavado de activos; ora porque con dichos audios, no se podía probar el delito subyacente, ora porque de los mismos no se desprendía su responsabilidad en el delito de “ Lavado de activos”.

3º. Falso juicio de legalidad frente al indicio derivado del hallazgo del documento “ Datos claves” en la residencia del Sr. XXXX.

²³ Salvamento de voto. A Auto del 17 de febrero de 2011. M. P. Ruben Darío Pinilla Cogollo.

Al juicio se incorporó un elemento, denominado como “ Datos claves”, rotulado como prueba número 9°. De la Fiscalía, y con él, se da por probado por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX, la existencia del delito subyacente de narcotráfico, porque con él, “ *se logra percibir que el dinero incautado en el Edificio XXXX en Bogotá provenía del narcotráfico, pues en el mismo se menciona que los documentos que vinculaban el dinero incautado con el narcotráfico fueron eliminados.*” – Cfr. Sentencia de segunda instancia. Pág. 50 -.

El reproche de ilegalidad que se hace respecto a dicha evidencia, reside en el hecho de que dicha pieza no fue oportunamente descubierta con el escrito de acusación y mucho menos en la audiencia de acusación.

Como se sabe, desde la sentencia C-1194 del 22 de noviembre del año 2005²⁴, la Corte Constitucional destacó la importancia del oportuno descubrimiento probatorio, como propio de un modelo adversarial, y de tiempo atrás, fue la propia Corte Suprema de Justicia, quien se encargó de ahondar en la importancia del descubrimiento probatorio, incluso, definiendo las excepciones al descubrimiento tardío;

“tal eventualidad se presenta, por ejemplo, en los siguientes casos:
i) Cuando se acredita que la falta de descubrimiento obedeció a causas no imputables a la parte que quiere hacer valer la prueba (artículo 346 ibídem). ii) En el evento en que una persona o entidad diferente a la Fiscalía es la que tiene físicamente o dispone de la evidencia o elemento probatorio; tal el caso de los organismos que cumplen funciones de policía judicial (entre ellos: Procuraduría General de la Nación, Superintendencias y Contraloría General de la República); el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y oficinas de peritos. iii) Si ocurriere que durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física “muy significativo que debiera ser descubierto”, tiene el deber de ponerlo en conocimiento del Juez, quien “oídas las partes y considerando el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba” (inciso final del artículo 344 ibídem)”.

“ (...) tiénese, entonces, que el correcto y completo descubrimiento probatorio condiciona la admisibilidad de la prueba, pues, como lo dispone el artículo 346 de la Ley 906 de 2004, el juez tiene la obligación de rechazar todas aquellas evidencias o elementos probatorios sobre los cuales se haya incumplido el deber de revelar información durante dicho procedimiento. Por tanto, las evidencias, medios y elementos no descubiertos, o descubiertos parcialmente, no podrán aducirse al proceso ni convertirse en prueba dentro del mismo, ni practicarse durante el juicio oral.

La anterior sanción tiene una salvedad, contemplada en el artículo 346 Ib., que podría operar cuando se acredite que el descubrimiento fue omitido por causas no imputables a la parte afectada.”²⁵

²⁴ En esta Sentencia, la Corte Constitucional hace un estudio completo del descubrimiento probatorio, como garantía del principio de igualdad de armas, con énfasis en el derecho comparado.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. **Sentencia del 22 de julio de 2009**. M. P. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Exp. 31614.

Y en sentencia del 25 de junio de 2014, con ponencia del Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, en la radicación Nro. 43.303, expresó que la falta de descubrimiento de un elemento material probatorio, aparejaba su exclusión:

“Cabe resaltar que el incumplimiento al deber de descubrimiento probatorio comporta, a manera de sanción, el rechazo de aquellos elementos de persuasión que debieron ser objeto de aquel, luego «no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio», según lo establece el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal.

Surge patente, entonces, que el trámite de descubrimiento es de la esencia del sistema penal acusatorio y hace parte del debido proceso probatorio, así mismo tiene notable incidencia en el derecho de defensa, en la medida en que la admisibilidad de la prueba está condicionada a su cabal cumplimiento.

Igualmente, la Audiencia de acusación tiene por objeto el saneamiento del proceso.

“ El descubrimiento de las pruebas, con las que pretende la Fiscalía persuadir al juez sobre la existencia y trascendencia de los hechos jurídicamente relevantes; de manera que la defensa conozca previamente todo el arsenal probatorio con el que el acusador se presentará a la contienda, precisamente para prepararse para el enfrentamiento con igualdad de armas.”²⁶

Ahora bien, pese al gran número de pruebas que se debatió en el juicio, desde la celebración de la audiencia de acusación la defensa puso de presente el desequilibrio procesal al cual la enfrentó la actuación de la propia Fiscal. Porque con el escrito de acusación como en la propia audiencia de acusación, simplemente se limitó a enunciar de modo genérico la prueba, cuando de suyo, y así consta en la carpeta, la Fiscalía había recopilado más de 30.000 elementos materiales probatorios, circunstancia que dio lugar a distintos aplazamientos de las audiencias.

En la audiencia de acusación, la Fiscalía anunció la prueba *grosso modo*, de la siguiente manera:

- 1°. Testimonio del XXXX. Con él se introducirá todo lo relacionado con la incautación de los seis mil quinientos millones de pesos, así como las actuaciones realizadas frente a la autenticidad del dinero, la propiedad en cabeza de la Señora XXXX (vehículo incautado).
- 2°. XXXX. Subintendente.
- 3°. XXXX
- 4°. Testimonio XXXX. Con el que se introducirá la siguiente evidencia.

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Auto del 15 de julio de 2008**. Rad. 29994. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.



Informes del XX de marzo de XXX, XXX de marzo, XX de mayo, XX de junio, XXX de agosto, XX de septiembre, XX de septiembre, XXX de septiembre, XX de octubre, XX de octubre de XXX. Actividades tendientes a verificar la identidad de los propietarios del inmueble donde se incautó el dinero, entrevista a XXX, XXX, XXXX, XXXX, XXX, inspección a los libros de minutas del conjunto residencial XXX, búsqueda selectiva de datos en la Oficina de Instrumentos Públicos Zona Norte de Bogotá (titularidad del inmueble), inspección a las compañías de los vehículos incautados, recibir toda la evidencia vinculada a la indagación, (cinta de embalaje, videos, recogidos por la Policía Nacional), identidad de los propietarios del inmueble, origen de los dineros, inspección al rad. XXX de la Fiscalía XX de Unidad de Lavado de activos, documentos que serán incorporados con el investigador, carpetas de los vehículos incautados, inspección a la Cámara de Comercio de la firma XXXX, análisis de los 25 CD de la fiscalía XXX, inspección al XXX Fiscalía XXX, inspección y copia de los audios de interceptación de comunicaciones de la Fiscalía XX de la XXXX, búsqueda selectiva de datos y análisis de información de los elementos materiales recaudados (42:50).

5°. XXXXXXXX. Investigador criminalística. Interceptación de comunicaciones en esta investigación.

6°. Prueba técnica el informe de las peritos contables de XXX y XXXX, investigadores criminalísticas, estudio contable de cada uno de los acusados.

7°. XXXX. Incorporará los resultados de informe del perito informático del estudio de los elementos materiales probatorios incautados.”

Como se observa, en momento alguno, anunció el documento “ Datos claves”, por su parte, la defensa desde el minuto 9:20 registro 001-9 (sesión del XX de marzo de XXX – Audiencia preparatoria, se afirmó que el descubrimiento había sido completo), se anunciaron cada uno de los documentos que la defensa de los Señores XXXX y XXXX, haría hacer valer, y se le hizo entrega de los mismos en la misma audiencia, (actos comerciales de la familia XXX, historia comercial de la familia). Más pormenorizado fue el descubrimiento de la defensa de los Sres. XXX y XXXX, porque allí en la audiencia se le hizo entrega, excepción hecha con los documentos suministrados por el Dr. XXX, que fueron entregados en la oficina de éste. Por su parte, la defensa de la Sra. XXX, entregó los documentos que haría valer, y los que no tenía en su poder, ya los tenía la Fiscalía en la caja Nro. 2 evidencia 30.

Desde aquél momento quedó en claro qué iba a hacer valer la defensa, cuestión que no fue así con la Fiscalía, porque la Fiscalía con el escrito de acusación (primer momento del descubrimiento) sólo hizo referencia a una serie de informes de policía judicial; luego en la audiencia de acusación del XX de enero de XXX, al bulto, señaló que se incorporarían elementos materiales de prueba, consistentes en los resultados a inspecciones judiciales a varios procesos penales, “ **así como de los elementos probatorios que resultaran relevantes para los fines de esta indagación**”.

Puede verse que el anuncio se hace en términos genéricos, y ello no sería inconveniente, sino fuera porque los documentos que fueron trasladados superaron los treinta mil folios, entonces, ¿ cuáles eran los elementos relevantes para la indagación?; ¿ cómo podía hacerse una adecuada defensa frente esa práctica poco ortodoxa del Discovery?.

Posteriormente, en la segunda sesión de audiencia preparatoria (abril XX de XXX), ya la Fiscalía anuncia y solicita un poco más concreto, pero sin identificar, una serie de documentos que hará valer, pero de modo aún genérico, por ejemplo; ya relaciona efectivamente las interceptaciones telefónicas con números específicos realizadas en la investigación XXX de la Fiscalía XXXX (ley 600), y las realizadas en la investigación XXXX por la Fiscalía XXX°, detalla cada número, cuestión que nunca hizo en las anteriores oportunidades, y en el minuto 8:54, registro 001-12, sesión del XX de abril de XXX: “ **documentos e información técnica obtenidos en la diligencia de allanamiento y registro obtenidos en la residencia del Señor XXXX...**”.

Así sigue la Fiscalía, relacionando, documentos e información técnica obtenidos en la diligencia de allanamiento de la empresa XXX, XXXX, XXX, XXX. Todo fue de modo genérico, pero se pregunta la defensa, ¿ cuáles de esos documentos son los que se irán a hacer valer, porque de ello depende el ejercicio de la defensa?, en tanto, nadie se puede defender indiscriminadamente frente a treinta mil documentos?, ¿cuáles de esos treinta mil documentos van a ser objeto de oposición?; ¿ frente a cuáles se deben compilar documentos que los refuten, ante qué piezas se deben acompañar testigos que los desvirtúen o peritos que los controviertan?.

En esa revelación genérica y abstracta de la prueba de la Fiscalía, reside la opugnación del descubrimiento parcial, más cuando se trata de un proceso denominado conceptualmente como procesos “ de prueba compleja”. En éstos precisamente existe un principio de carga dinámica de la prueba, que termina en la mayoría de las veces, convirtiéndose en una verdadera inversión de la carga de la prueba en desfavor del acusado y en contravía de la presunción de inocencia.

Luego la Fiscalía en el minuto 45:17, destaca cuáles son los testigos de acreditación con los cuales se incorporaran aquella que ella llama “ documentos e información técnica”. Pero finalmente, el punto nodal, es que ni en el escrito de acusación, como tampoco en la audiencia de acusación se mencionó expresamente el documento “ Datos claves”, y así, en el juicio, fue sorprendida la defensa cuando el mismo se incorporó por el investigador Sr. XXXX.

El anterior medio de convicción, al ser extemporáneo, porque no existió un real descubrimiento de él, en tanto solo se vino a descubrir realmente en juicio, es ilegal, y la sanción no podía ser distinta a la prevista por el artículo 346 del C. de P. P. Se insiste en el concepto de ilegalidad, bajo el entendido que se irrespetó el debido proceso formal, específicamente el principio de preclusividad, que obligaba a la Fiscalía desde la audiencia de acusación explicitar que ese documento iba a ser utilizado en juicio, como igual ocurrió con una serie de documentos, pero que bajo este cargo no se están atacando.

El descubrimiento probatorio consiste; “ *en que la Fiscalía y la defensa suministren, exhiban o pongan a disposición de la contraparte las evidencias y elementos probatorios de que disponga, y anuncien todas las pruebas cuya práctica solicitarán para ser llevadas a cabo en el juicio oral, para respaldar su teoría del caso*” (Sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. 31614. Dr. Sigifredo Espinosa Pérez). Se infiere de esta sentencia, que debe preceder al decreto de la prueba y al cabal descubrimiento, cuáles serán las pruebas que aducirán en el juicio. La hermenéutica más garantista propugna porque la prueba tenga que ser individualizada, y no como en este caso, “ **documentos e información técnica obtenida en las diligencias de allanamiento y registro...**”.

Fue el anuncio abstracto y genérico de la prueba, el que llevó a la defensa a oponer se en la audiencia preparatoria a un descubrimiento genérico. Siempre se alegó; ¿ cuáles escrituras, cuál información, qué contratos, qué declaraciones de renta, que certificados de existencia, qué operaciones mercantiles, etc., frente a qué documentos se iba a ejercer la defensa?, información que por cierto, la conocía con suficiente antelación la Fiscalía, y por lo mismo, el ineludible deber que desde aquéllos albores individualizara dichos elementos materiales probatorios con vocación de prueba, y la pregunta es, ¿ por qué razón nunca mencionó el documento “ Datos claves”?; no lo describió en su escrito de acusación.

De modo, que ni siquiera puede decirse que hay un descubrimiento tardío, porque frente a esta eventualidad se examina si la omisión lo fue por causas imputables a la parte (Art. 346)

Trascendencia de la prueba en el fallo de condena.

Pese a que el H. Tribunal sostiene que el documento “ Datos claves” es anónimo, y por lo mismo no debería concederle eficacia probatoria, lo cierto es que finalmente le otorga pleno valor probático, al punto que presenta la siguiente conclusión de responsabilidad:

“ permite conectar el decomiso de los aproximadamente \$ 6.500.000.000 con el narotráfico y el señor XXX, quien fungía como propietario de los mismos, según se desprende así de las llamadas telefónicas interceptadas” – Cfr. Pág. 50

-.

El anterior documento, termina por edificar el hecho indicante que señala la actividad ilícita de narco tráfico como prueba del hecho subyacente al delito de “ Lavado de activos”, luego, si excluimos dicha pieza documental, por su inocultable ilegalidad, ante la falta de un oportuno descubrimiento del mismo previo al juicio, desaparece el indicio sobre el cual el fallo edificó el delito de “ lavado de activos”.



4º. Falso juicio de convicción frente al indicio derivado de la valoración del documento denominado “ datos claves”.

De manera subsidiaria al cargo anterior, se propone a título de error de derecho como falso juicio de convicción, la apreciación que hizo el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de XXX respecto al documento hallado supuestamente en la casa de habitación del Sr. XXXX, denominado “ Datos claves”. Pieza que sirvió para dar por probado el hecho indicante que señalaba la existencia de la actividad delictiva de narcotráfico como hecho subyacente al delito de “ Lavado de activos”.

El artículo 425º. Del C. de P. P. señala que un documento es auténtico cuando “ se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, macanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento...”, y por su parte, el artículo 430º. De la misma codificación, prevé una tarifa legal negativa frente a los documentos anónimos, es decir, no les otorga valor probatorio; “ *Documentos anónimos. Los documentos, cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los procedimientos previstos en este capítulo, se considerarán anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio*”.

Al respecto ha sido clara la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, en negar todo valor probatorio a los documentos anónimos, porque se carece del conocimiento de cuál es la fuente de la información:

2.4. Eficacia probatoria de los anónimos.

La legislación nacional ha sido persistente en negar a los anónimos la condición de medio de prueba y en sólo reconocerles el carácter de criterio orientador de las labores de indagación cuando suministran datos específicos sobre hechos o situaciones que interesan al derecho penal y son susceptibles de verificación.

Así se desprende del contenido de los artículos 27.1 de la Ley 24 de 1992 (Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo), 38 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), 29 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal anterior), 69 inciso cuarto de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal actual) y 81 de la Ley 962 de 2005 (Ley Antitrámites).

Estas normas prohíben de manera general la admisión de quejas anónimas como fundamento de la acción penal y de otra clase de acciones, y solo autorizan reconocerle el carácter de criterio orientador de indagaciones oficiosas cuando aportan evidencias o suministran datos concretos que permitan adelantar gestiones específicas con el fin de verificar su contenido.

Esta prohibición se desprende también del contenido del artículo 430 de la Ley 906 de 2004, que define el documento anónimo y regula su eficacia probatoria, donde expresamente se proscribe su admisión y utilización con pretensiones probatorias, es decir, como medio de prueba, en atención a su condición de fuente de información de origen desconocido. Dice la norma:

«Documentos anónimos. Los documentos, cuya autenticación o identificación no sea posible establecer por alguno de los procedimientos previstos en este capítulo, se consideran anónimos y no podrán admitirse como medio probatorio».²⁷

Aunque el precepto solo se refiere a los documentos, es evidente que la prohibición aplica para todos los medios o fuentes de información que tengan la condición de anónimos, en aplicación del principio lógico jurídico que enseña que donde existe el mismo supuesto fáctico debe existir la misma consecuencia jurídica; o donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, pues no tendría sentido que siendo la razón de ser la misma (el origen desconocido de la fuente informativa), la prohibición solo operara para los documentos.

Este ha sido por lo demás el entendimiento que la jurisprudencia de la Sala viene haciendo del contenido de los artículos 69 inciso cuarto y 430 citados, como se desprende, entre otras decisiones, del auto AP3479-2014, de 25 de junio de 2014, dictado dentro del radicado 43865, donde se dijo,

«La inteligencia de las disposiciones es clara: el anónimo no puede valorarse como prueba, pero debe utilizarse como criterio orientador por la fiscalía para sus labores de averiguación y solamente se impone su archivo cuando no suministra datos concretos que permitan encauzar la investigación».

2.5. Inadmisibilidad de los anónimos como prueba de referencia.

En el apartado 2.2 se dijo que la prueba de referencia debe superar los juicios de legalidad, conducencia, pertinencia, conveniencia y utilidad exigidos para la generalidad de los medios de prueba, además de cumplir los requerimientos específicos previstos en el artículo 438 de la Ley 906 de 2004 (modificado por el artículo 3° de la Ley 1652 de 2013), para su admisión excepcional. Y en el 2.4 se precisó que la normatividad legal prohíbe la utilización de los anónimos como medio de prueba.

De estas premisas se sigue que la declaración anterior al juicio oral debe provenir de una fuente conocida, para que pueda ser utilizada como prueba de referencia, y que si esta condición no se cumple, como acontece con las declaraciones anónimas, no será jurídicamente posible su admisión como medio de prueba.

La exigencia de que la declaración anterior provenga de una fuente humana determinada, como condición para que pueda ser admitida y tenida en cuenta como prueba de referencia, es compartida por la doctrina comparada, y acogida por la jurisprudencia de la Sala, como se desprende de su decisión CSJ, SP, 6 de marzo de 2008, radicado 27477, donde precisó,

«La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.

«También conviene en precisar que la declaración que informa de los hechos cuya verdad se pretende probar, debe provenir de una persona determinada, entendida por tal, la que se halla debidamente identificada, o cuando menos individualizada, con el fin de evitar que a través de la prueba de referencia se introduzcan al proceso rumores callejeros o manifestaciones anónimas, sin fuente conocida».²⁸

En el juicio quedó absolutamente claro, que el documento denominado “Datos claves”, era anónimo, porque hasta el día de hoy, se ignora su autor; se ignora quien lo produjo o lo elaboró, luego, no podía asignársele valor probatorio y mucho menos vincularlo con la familia XXX, porque terminarían, como efectivamente ocurrió, asignándole la autoría del mismo a los procesados, cuando de suyo, la misma nunca podía establecerse,

²⁷ Negrillas fuera de texto.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal. **Sentencia del 04 de mayo de 2016**. Exp. 41.667. M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

se insiste, porque era anónimo. En tal sentido, de aquél documento no pudiera servir para probar el hecho indicador o indicante de la existencia del delito subyacente, ni siquiera para alimentar tangencialmente el indicio, y mucho menos para construirlo, como equívocamente lo hizo el Tribunal.

Transcendencia del falso juicio de convicción en el sentido del fallo.

De no concedérsele valor probatorio al documento denominado “datos claves”, no pudiera construirse el indicio de las presuntas actividades delictivas de narcotráfico como fuente del dinero presuntamente ilícito que se inyectó a las empresas de la familia XXXX y en consecuencia, el fallo condenatorio carecería de la demostración de la tipicidad del delito imputado.

Valoración conjunta de la prueba.

Si efectivamente se excluyen de toda valoración probatoria los audios traídos de tres procesos diferentes al que nos ocupa, o por lo menos se les desconoce su eficacia a raíz de la falta de autenticidad de los diálogos allí contenidos; a más de que se pretermita la valoración del documento anónimo llamado “Datos claves”; al igual, que se deje sin efecto probatorio el indicio derivado de la relación de XXX con los dineros incautados en el apartamento XXX, no se presentarían las condiciones probatorias para emitir un fallo de condena. No se alcanzaría el estándar probatorio del “del más allá de toda duda”, respecto a la tipicidad como la responsabilidad del Sr. XXX en el delito de “Lavado de activos”.

4. Necesidad de intervención de la Corte Suprema de Justicia en sede casacional.

Resulta de suma importancia que la H. Corte Suprema de Justicia se pronuncie en torno

Igualmente, el fin que se propone al solicitar a la Corte remediar la injusticia dictada con el fallo recurrido extraordinariamente, es el respeto por una garantía como lo es la **presunción de inocencia**, que se erige como una garantía epistemológica; como un instrumento para asegurar una mayor aproximación a la verdad empírica por medio del proceso. Como lo dice el profesor Ferrajoli, la presunción de inocencia es una “**garantía contra la aceptación como verdaderas de hipótesis acusatorias inciertas**”, incertidumbre que se advierte, cuando los falladores incurrieron en graves errores de hecho y de derecho en la apreciación y producción de la prueba, que a su vez, atentan contra el principio del “In dubio pro reo”.

Finalmente las instancias terminaron por imponer en la estimativa probatoria un estándar de prueba propio de la **probabilidad prevalente**, en especial, frente a la demostración del delito subyacente, modelo aplicable a un proceso civil, pero no al proceso penal, que exige un

conocimiento más allá de toda duda, que no puede presentarse a la mente de un fallador, si evalúa con el mayor criterio de corrección las múltiples circunstancias fácticas estimadas como indiciarias de responsabilidad penal del Sr. XXX y reconociendo como no puede ser de otro modo, aunque no por ello restemos valor al indicio como prueba, que la ilación entre los elementos probatorios (del presente) y los hechos probados (del pasado) se presenta como una inferencia inductiva, en la que al igual que en todas las inferencias inductivas, la conclusión solo tiene el valor de una **hipótesis probabilística**, aunado al hecho, de que los indicios se edificaron sobre prueba ilegal.

PETICIONES.

Segunda subsidiaria : Solicito la casación del fallo condenatorio, bajo el entendido que se violó indirectamente la ley por los errores de hecho por falsos juicios de legalidad y raciocinio, en que incurrió el H. Tribunal, y en consecuencia se imponga la absolución del Señor XXXX, en la medida, en que no se probó ni el delito subyacente de narcotráfico, ni la responsabilidad del procesado en el delito de “ Lavado de activos.”

Firma.