

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA PENAL

SENTENCIA PENAL No. 037 – 2017

Radicado: 05001-60-00-000-2013-00398 – 2ª Instancia

PROCESADO: CARLOS MARIO OBANDO, MAURICIO MARULANDA RESTREPO
DELITO: CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO Y OTROS
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
ORIGEN: JUZGADO PRIMERO ESPECIALIZADO MEDELLÍN
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

(Aprobado Acta N° 067)

(Sesión del veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecisiete (2017))

Medellín, cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Fecha de lectura. Hora: 08:00 a.m.

Surtido el trámite establecido en el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, siendo la hora y fecha previamente fijadas, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín profiere el fallo de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por los defensores de los acusados CARLOS MARÍO OBANDO VÉLEZ y MAURICIO MARULANDA RESTREPO, contra la sentencia proferida el 22 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, al encontrarlos responsables del delito de concierto para delinquir agravado; adicionalmente, para el primero también el punible de cohecho por dar u ofrecer y para el segundo el de prevaricato por omisión.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Se originó en la información suministrada por un agente de policía de la estación de Envigado, Antioquia, sobre actos de corrupción al interior de esa comandancia, lo cual llevó a la investigación iniciada el 27 de julio de 2012, que reveló que varios de los uniformados pertenecían a una organización delincuenciaal dedicada al

microtráfico de sustancias estupefacientes en diferentes barrios de la localidad, en los cuales funcionaban plazas de vicio por ellos controladas; se realizaron entonces labores investigativas a través de seguimiento mediante agentes encubiertos, videos, interceptación de líneas telefónicas, entre otras, las cuales develaron la estructura interna de la organización delincriminal, propietarios de las plazas de vicio, sus administradores, expendedores y distribuidores de los estupefacientes, modo de operación e integrantes; entre estos últimos se encontraban agentes del orden adscritos a esa estación policial, los que hacían parte de la nómina de la estructura delictiva, así como un concejal del municipio, quien desde su posición prestaba apoyo a la red delincriminal, recibiendo dinero por sus asesorías como abogado.

Con los resultados obtenidos procedieron las autoridades a procesar al concejal del municipio de Envigado, CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, quien era administrador de plazas de vicio que operaban en esa localidad y recibía dinero por concepto de los servicios como abogado prestados a miembros de la organización delictiva, brindando además apoyo a la estructura desde su posición de edil, contactando a los policiales para que pasaran a integrar la nómina y así permitieran desarrollar las actividades ilegales a miembros de la empresa criminal. Igual al patrullero MAURICIO MARULANDA RESTREPO al hacer parte de la organización y recibir dinero de la misma, permitiendo la actividad ilegal de distribución, tráfico, venta y abastecimiento de sustancias estupefacientes.

II. RECUENTO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

Materializadas las órdenes de captura, se llevaron a cabo audiencias preliminares concentradas para su legalización, así como de los procedimientos de allanamiento y registro, como también de los resultados obtenidos en la actuación; igual se formuló imputación y se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención en establecimiento carcelario a los capturados, entre ellos a CARLOS MARIO OBANDO y MAURICIO MARULANDA RESTREPO, además del control previo para la obtención de muestras de voz.

El conocimiento del proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, el cual citó a audiencia de acusación para el 10 de diciembre del 2013, vista pública aplazada por solicitud de algunos defensores, reprogramándose para el 3 de febrero del año 2014. Posteriormente, mediante decisión interlocutoria Nro. 056 del 23 de abril de 2014, la Sala presidida por el suscrito no accedió a decretar la nulidad solicitada por la defensa y relacionada con la delimitación del acontecer fáctico y la competencia del Juzgado Especializado para conocer del presente asunto. Para el 23 de mayo siguiente se programó audiencia de acusación, en la que sólo algunos de los procesados aceptaron cargos, en tanto la defensa de los restantes justiciables solicitó el aplazamiento de la vista pública con el objeto de adelantar negociaciones tendientes a perfeccionar algunos preacuerdos con el ente acusador.

Luego de varios aplazamientos, negociaciones y el perfeccionamiento de algunos preacuerdos, el 17 de julio de 2014 se continuó con la audiencia de acusación. De otra parte, la audiencia preparatoria del juicio oral inició el 28 de octubre de 2014, desarrollándose en sesiones del 13 de marzo del año 2015; 2, 3 y 18 de febrero de 2016, en esta última fecha las partes realizaron peticiones probatorias y apelaron su decreto, por lo cual esta misma Sala mediante decisión interlocutoria Nro. 079 del 30 de marzo confirmó parcialmente la decisión del *a quo*.

El Juicio oral se surtió en sesiones interrumpidas entre el 16 de mayo de 2016 y 16 de febrero de 2017, para el pasado 22 de marzo proferirse sentencia condenatoria, la cual fue recurrida, por ello conoce la Sala.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para el Juzgado de primera instancia se probó la materialización y responsabilidad penal de CARLOS MARIO OBANDO PÉREZ en los delitos de concierto para delinquir agravado en concurso heterogéneo con cohecho por dar u ofrecer; y, MAURICIO MARULANDA RESTREPO, por los punibles de concierto para delinquir agravado con circunstancias de agravación por ser miembro de la fuerza pública en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión; al haberse obtenido conocimiento más allá de duda razonable, tal como se postula en el artículo 381 del C.P.P. No sucedió

lo mismo respecto de los tipos de fabricación o porte de estupefacientes, financiación de grupos de delincuencia organizada, delitos por los cuales fue también acusado OBANDO VÉLEZ, mientras a MARULANDA RESTREPO se le había endilgado el de concusión, frente a los cuales se profirió absolución. Las razones plasmadas en la sentencia respecto de los punibles por los cuales se profirió condena son las siguientes:

3.1. En cuanto a la solicitud de exclusiones probatorias realizada por los apoderados de los acusados, señala la juez falladora que las mismas no eran procedentes, pues en su sentir no pueden confundirse las declaraciones obtenidas durante la investigación, que no son prueba las cuales sólo sirven para refrescar memoria o impugnar credibilidad y excepcionalmente como prueba de referencia, pero realmente la prueba debe valorarse atendiendo a lo que se dijo en el juicio por los testigos Bueno Caita y Díaz Buitrago, quienes comparecieron a dar su versión de los hechos. En cuanto a lo que aconteció con Patiño Henao y su retractación, así como López y Bareño, deben ser valorados con las demás pruebas en conjunto tal como lo señala el artículo 404 del C.P.P.

Así mismo, aunque Jesús Jovanny Díaz Buitrago realizaba funciones de agente encubierto sin ser nombrado por la Fiscalía, aclara la juez que éste fue presentado en sede de juicio como testigo de cargo, por ser la fuente humana que denunció los hechos que ocurrían en la estación de Policía de Envigado y en este evento es donde se vislumbra con más claridad la inaplicación de la excepción a la cláusula de exclusión por descubrimiento inevitable, toda vez que si bien este agente desplegó actividades anteriores a su nombramiento, no menos cierto resulta que de una u otra forma se hubiese obtenido dicho medio probatorio cuando desarrollo las funciones como agente encubierto, con la orden judicial emitida por la Fiscalía 27 Especializada para dismantelar una organización criminal y dar con sus integrantes, lo cual efectivamente se hizo, aplicando igual para Christian Camilo Bueno Caita; en todo caso, los policiales aparte de ser servidores de la fuerza pública, también son ciudadanos y están obligados constitucional y legalmente a denunciar hechos delictivos de los que tenga conocimiento.

3.2. Frente a la existencia de la organización criminal, la falladora advierte que,

con los testigos de cargo se estableció la existencia de la plaza de vicio "La Virgencita" y "Queens", de propiedad de Carlos Mario Velásquez Duque alias "El Dólar" y Lina María Álzate Beltrán, conocida en las diligencias simplemente como Lina. Los administradores de la primera eran John Ebert Molina Osorio alias "Judas", Juan Carlos Tobón Mejía alias "el Cabezón" y Rigoberto Ramírez Marín alias "Gelatino"; de la segunda, Ricardo Arbeláez Restrepo alias "El Tío"; entre los expendedores se encuentran Brian Soto alias "Piraña", Alejandro Vega Ossa, Jonathan Arroyave, Juan Camilo Ramírez Marín y Luis Felipe Bolívar.

También existen las plazas de vicio llamadas "La calle del diablo" y "La oficina de San Mateo", la primera administrada por John Jairo Cano Echavarría alias "Jairito"; la segunda de propiedad de John Jairo Bustamante Carmona alias "Media Luna", sus administradores eran Jeison Camilo Muñoz Zapata conocido como Camilo, Alexander García alias "Míster", Carlos Andrés Uribe Ramírez alias "el Gringo"; Igualmente, se estableció la existencia de la plaza "El Polaco", cuyo dueño era Rubén Darío Aranda Restrepo alias "Chichis", sus administradores Juan Camilo Henao Monsalve alias "Polaco" y Mateo González Miranda alias "la Vaca". En cuanto a la plaza de vicio "El Burro", su administrador era Carlos Andrés Giraldo García alias "el Zarco".

El objeto criminal de esos expendios era la venta de estupefacientes y para operar en Envigado, varios policiales de la Estación de Policía de allí colaboraban con la organización omitiendo el cumplimiento de sus funciones, entre los cuales se encontraba MARULANDA RESPTREPO y otros que aceptaron cargos y fueron condenados por estos mismos hechos. También se hizo referencia a otro funcionario público, el cual era concejal de Envigado, conocido como el concejal o el diputado, que colaboraba con la organización criminal, mediando entre la policía y los expendios de estupefacientes para que operaran con poco control, además de realizar pagos a los gendarmes.

3.3. Concierto para delinquir agravado y participación de MAURICIO MARULANDA RESPTREPO. En la organización criminal era conocido como "Rata", "Ratón", "Care Rata" o "Splinter", probada su participación con la declaración de varios testigos, entre ellos el patrullero Jesús Jovanny Díaz Buitrago, quien narró en el juicio como

lo observó recibiendo en una oportunidad dinero de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y en otra de Rafael Abad, incluso el mismo MARULANDA le comentó que OBANDO VÉLEZ recibía dineros de las plazas de vicio.

También se contó con los testimonios de Carlos Enrique López, Manuel Mauricio Bareño Carrillo, Christian Camilo Bueno Caita y Jesús Jovanny Díaz Buitrago, que manifestaron en sede de juicio que hubo una reunión de policiales, entre los cuales estaba MAURICIO MARULANDA RESTREPO, quien le presentó a Díaz Buitrago al acusado OBANDO VÉLEZ y vio cuando éste le entregó la suma de 400 mil pesos a aquél, diciéndole que eso era un cariñito para los policías nuevos que llegaban a la estación, parte de ese dinero le fue entregado al día siguiente.

Jesús Jovanny Díaz Buitrago señaló que en una ocasión se incautó una sustancia estupefaciente y que después de una llamada realizada por alias "Jhon" para que abandonaran el operativo, MARULANDA RESTREPO le dijo que la plata que había recibido de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ era para que omitiera esas funciones.

Christian Camilo Bueno Caita, en su testimonio indicó que a alias "el Míster" en una ocasión le dijo que había un policía que le decían "la Rata" que hostigaba la plaza de vicio y tocó cuadrarlo; así mismo Julián Sánchez le contó que "la Rata" o "Splinter" recibía dinero de la plaza de vicio.

Juan Camilo Usma Borja informó que directamente le tocó presenciar cuando MARULANDA RESTREPO intervino para que no se judicializara a un expendedor de la plaza "El Burro", propuesta que no fue admitida, además porque el acusado no tenía jurisdicción en el operativo, incluso no se supo que si allí estaba.

Mateo González Miranda alias "La Vaca", condenado por estos mismos hechos, manifestó que MARULANDA RESTREPO recibía dinero de la plaza de vicio del "Polaco" y hacía presión sobre las plazas.

Para la *a quo* se probó plenamente que MARULANDA RESTREPO tenía como función facilitar la venta, distribución y comercialización de las sustancias estupefacientes de los expendios ilícitos existentes en los barrios San Mateo, La

Magnolia y La Sebastiana del municipio de Envigado.

3.3.1. En cuanto al delito de prevaricato por omisión imputado a MARULANDA RESTREPO, se aportó la hoja de vida donde reposa el acta de nombramiento, estableciéndose que para la fecha de los hechos se desempeñaba como agente de policía en la estación de Envigado. También obra prueba que demuestra que recibía dineros de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y de varias plazas de vicio, incluso instigó a su compañero Díaz Buitrago para que recibiera dinero de origen ilícito.

4.4. Concierto para delinquir agravado y participación de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ. La juez señaló que se probó que esta persona apoyaba a la organización criminal con la defensa jurídica de sus miembros cuando se les encontraban sustancias estupefacientes o se les detenía por cualquier otro hecho, además del apoyo que les ofrecía a los policías que participaban en el ilícito, igual les hacía pagos para que no presionaran las plazas de vicio.

En sede de juicio el patrullero Jesús Jovanny Díaz Buitrago dijo ser testigo directo de la entrega de 400 mil pesos de parte de OBANDO VÉLEZ a MARULANDA RESTREPO como un cariñito para los policías recién llegados y luego su compañero se lo confirmó al indicarle que era para dejar trabajar las plazas de vicio.

Christian Camilo Bueno Caita, compañero de Julián Sánchez, quien fuera otro de los policías condenados por estos hechos. Manifestó que le iban a presentar a una persona que manejaba la vuelta, que le decían el diputado o el concejal, que este intervenía por los policías y que los defendía en el concejo. Para la juez las manifestaciones realizadas por el testigo fueron probadas con el hecho ocurrido el 7 de marzo de 2013, reunión que fue grabada y donde se establece el encuentro entre la patrulla de la policía con alias "Media Luna" administrador de la plaza de vicio "La Calle del Diablo" y CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, concejal de Envigado, momento en que inicia Bueno Caita en la organización y en el cual se trató temas como la entrega de sustancias alucinógenas para dar positivos, así como la entrega de 40 mil pesos para las gaseosas de los gendarmes y "Media Luna" "*les dice que cualquier cosa con el concejal*". También informó el testigo que

Jonatan Peláez, agente corrupto, le dio 4 o 5 veces dinero diciéndole que era de parte del concejal o del abogado y de las plazas de vicio.

Jesús Jovanny Díaz Buitrago en su testimonio indicó que conoció a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ porque MAURICIO MARULANDA RESTREPO se lo presentó, diciéndole que él hace llegar el dinero a los policiales y le da los cariñitos para que colaboraban con la plaza de vicio. Advierte el testigo que incluso una de las tres veces que vio a OBANDO VÉLEZ, el 31 de diciembre en las inmediaciones de la plaza de vicio "La Virgencita", éste departía con "Dólar", "Media Luna", "Chichis" y varios expendedores de la plaza de vicio. Agrega que en las reuniones de los parqueaderos se les entregó por OBANDO VÉLEZ de parte de la plaza "La Virgencita" la suma de 150 mil pesos.

Juan Camilo Usma Borja dijo que una vez que patrullaba por la plaza de vicio "La Virgencita" encontró a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ conocido como "el Diputado", en compañía de "Gelatino", "Judas" y "el Cabezón", reconocidos miembros de los expendios de estupefacientes y que allí le pidió que colaborara con la situación, refiriéndose a la presión que ejercía como policía, a lo cual le contestó que él no le colaboraba a nadie.

La declaración de Jeison Restrepo alias "el Chori", de 7 de marzo de 2013, fue introducida como prueba de referencia debido a la imposibilidad de traer a este testigo a juicio y de la misma se extrajo que un concejal del municipio de Envigado colaboraba con las plazas de vicio, su función era la de prestar sus servicios cuando un Jíbaro era capturado por un policía de los que no recibían dinero ilícito, persona conocida con el alias de "el Diputado" y responde al nombre de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y lo vio con todos los jefes de la plaza de vicio.

Jonathan Andrés Patiño, condenado por los mismos hechos, fue tratado como testigo hostil, por lo que se le exhibe declaración anterior, donde da cuenta que hubo un encuentro con el concejal, cuando se encontraba de civil, allí se habla de un pago por las plazas de vicio de 150 mil pesos mensuales, y que estuvo en varios procedimientos donde se atendían las exigencias de "el Concejal" de que se dejará todo quieto, omitiendo sus funciones como policía y evitando capturas e

incautaciones de droga. Al final del contrainterrogatorio que realizará la defensa, este testigo manifestó que todo lo narrado era una mentira planeada en virtud de un principio de oportunidad que le estaba ofreciendo la Fiscalía y que nunca se concretó; no obstante, el representante del ente acusador informa que nunca hubo un ofrecimiento de principio de oportunidad para este testigo.

Entre la evidencia recolectada, dice la juez, obra un libro incautado en el taller de confecciones de Lina, esposa de alias "Dólar", ambos condenados por estos hechos, donde aparece notas de mesadas a "Diputado", "Dptdo" o "Diput" y a "Rafa" el cual le pagaba a MARULANDA, lo cual prueba que OBANDO VÉLEZ estaba en la nómina de la plaza de vicio "Queens".

Para la falladora, del material probatorio se pudo evidenciar que CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ se reunió con administradores de las plazas de vicio y policías, tratando temas del tráfico de estupefacientes, cuotas remuneratorias de los gendarmes, entrega de alucinógenos para los falsos positivos, entre otros.

4.4.2. En cuanto a la responsabilidad de OBANDO VÉLEZ en el punible de cohecho por dar u ofrecer, para la juez de primera instancia, el testigo Jesús Jovanny Díaz Buitrago informó en juicio como su compañero de patrulla recibió en dos oportunidades dinero, una de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y otra de Rafael Abad, incluso el mismo MARULANDA RESTREPO le comentó que "el Concejal" recibía dineros de las plazas de vicio.

En la actuación se estableció que MAURICIO MARULANDA RESTREPO le presentó a Jesús Jovanny Díaz Buitrago a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y que éste le entregó la suma de 400 mil pesos a aquél diciéndole que eso era un cariñito para los policías nuevos que llegaban a la estación, que parte de este dinero le fue entregado al día siguiente.

El testigo Juan Camilo Usma Borja declaró que una vez que patrullaba por la plaza de vicio "La Virgencita" se encontró con CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ conocido como "el Diputado", el cual se encontraba con "Gelatino", "Judas" y "el Cabezón", reconocidos miembros de los expendios de alucinógenos, allí esa persona le pidió

que colaborara con la situación refiriéndose a la presión que ejercía sobre las plazas de vicio y le contestó que él no le colaboraba a nadie.

Para la juez, CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ es penalmente responsable del delito de cohecho por dar u ofrecer, pues ofreció y entregó dineros a los policiales con el fin de que no se ejerciera presión sobre las plazas de vicio.

IV. ARGUMENTOS DE LOS APELANTES

4.1. Defensor de **MAURICIO MARULANDA RESTREPO**. Apela la decisión por considerar que en este caso primó la aparente eficiencia de un resultado judicial, sacrificándose la existencia de normas procesales que desarrollan la validez y eficacia de la actuación judicial, pues la prueba recolectada e ingresada en juicio en su mayoría es ilícita, y la que no, está contaminada atendiendo a la teoría jurídica del árbol ponzoñoso.

En criterio del recurrente, el tema central es la operación encubierta, que en la sentencia se pasó de largo, sin reconocerse el grave error en que incurrió la Fiscalía en la fase de la investigación, ante la falta de orden judicial del fiscal de conocimiento, previa autorización del Director Nacional o Seccional, como requisito *sine qua non* para hacer procedente la infiltración, amén de los controles previos y posteriores ante el juez de garantías.

Advierte el inconforme que no se le podía dar validez a la prueba ilícita, amparado en una figura importada como es el "*descubrimiento inevitable*", frente a la cual la Fiscalía tenía la carga de probar "*de manera elocuente que esa misma prueba habría sido de todos modos obtenida por un medio lícito, así la prueba primaria original si deba ser excluida*"; sin embargo el ente acusador nunca reconoció un obrar ilícito de sus investigadores, por el contrario, defendió la legalidad de todas sus pruebas, lo cual viola el derecho de defensa, al no haberse operado la indispensable confrontación sobre ese concreto punto. Respecto de lo anterior, el defensor enumera sus alegatos centrales en los siguientes cuatro puntos:

4.1.1. Los testimonios de los agentes Giovanni Díaz Buitrago y Jonathan Patiño debían ser excluidos por ilicitud derivada de la falsedad, la cual hace consistir en lo siguiente: a) En desarrollo del interrogatorio de la Fiscalía a su testigo Díaz Buitrago se vio en la necesidad de refrescarle memoria, donde previamente debe sentar las bases probatorias y correr traslado a la contraparte para que haga el respectivo cotejo, siendo allí cuando la defensa advirtió que el ente acusador tenía en su poder una declaración rendida por éste y con mayor contenido a la descubierta en la oportunidad procesal pertinente, además no sólo existía disparidad en su contenido, sino en la firma de la señora fiscal, doctora Claudia Carrasquilla. b) En el testimonio rendido por Jonathan Patiño, la defensa se enteró que en ninguna de las declaraciones estuvo presente la fiscal, el primero por llevarse a cabo en un lugar desconocido y el segundo por encontrarse al interior de la cárcel el Pedregal a donde la funcionaria no acudió.

Considera el abogado que si bien en principio una entrevista recibida durante la investigación no tiene el valor de prueba, en cambio sí la producida al interior del juicio, por cumplir con los principios de confrontación, inmediación, publicidad, concentración y oralidad, las mismas no pueden ser tenidas como autónomas por provenir ambas del mismo órgano, menos cuando al ser usadas como medios de impugnación o para refrescar memorial, pues entra como una sola pieza probatoria, tal es el caso de los testimonios de Díaz y Patiño.

Advierte que es errada la apreciación de la juez en cuanto a que considera que lo obtenido durante la investigación no es prueba y en cambio si lo es lo reproducido al interior del juicio oral; sin embargo, en el caso de Jonathan Patiño, declarado testigo hostil por la Fiscalía, se echó mano de la declaración que rindió durante la investigación para confrontarlo en el juicio; y, en el caso Díaz Buitrago, para refrescarle memoria, siendo una y otra finalmente integradas al juicio oral.

Ahora bien, la regla de exclusión de una prueba por ser ilegal o ilícita es la misma, independiente del momento procesal, es decir si es en desarrollo de la audiencia preparatorio (escenario natural) o al momento de proferir el fallo definitivo (excepcional). El efecto de la exclusión es la imposibilidad de poder ser valorada.

La tesis sentada por la *a quo* es que la irregularidad se presentó durante la investigación y no en el juicio oral, luego lo que se debe excluir es lo producido previo al juicio y no lo aducido al interior de la vista pública, lo que para el recurrente es errado y contrario al espíritu de la ley.

4.1.2. La ilicitud de la prueba de la Fiscalía por haber sido recolectada por los agentes Díaz Buitrago Giovanni y Bueno Caita Christian, quienes sin regirse por los parámetros del artículo 242 de la Ley 906 de 2004 y resolución Nro. 0-6351 del 9 de octubre de 2008, usurparon las funciones propias de un agente encubierto.

Refiere que, en el caso de Díaz Buitrago, se puso al descubierto que por orden del General Yesid Vásquez cumplió funciones de agente encubierto en forma ilícita, cuando sólo lo puede hacer el fiscal de conocimiento, previa autorización del Director Nacional o Seccional de la Fiscalía. Durante un mes se infiltró sin tener autorización legal para ello, nutriéndose de información del agente Peláez, indiciado, luego capturado y condenado, quien sin saber reveló información que, de haberlo sabido, nunca lo hubiese hecho.

Advierte que Díaz Buitrago durante el contrainterrogatorio aceptó que en toda la labor probatoria que adelantó como agente encubierto estuvo asesorado, instruido y orientado por los investigadores líderes López y Bareño, a quienes les rendía cuentas e información en forma permanente y continua de todo lo que recolectaba, por lo cual afecta igualmente la labor de estos, quienes se nutrieron de lo recogido ilícitamente. En todo caso, durante el tiempo que Díaz Buitrago figuró como agente encubierto con orden del fiscal de conocimiento, no aportó nada en contra de su defendido MARULANDA RESTREPO.

Refiere el recurrente que igual a Díaz Buitrago se encuentra el agente Christian Bueno Caita, pues trabajó como agente encubierto sin orden y, en la información obtenida con posterioridad a su emisión, no involucra a MARULANDA RESTREPO.

Afirma que la intervención de Díaz Buitrago es ilícita; de un lado, por la falsedad referida en el primer punto y, de otro, por haber operado como agente encubierto sin tener la autorización y orden legal para ello; en consecuencia, considera que la

ilicitud es más que manifiesta y la suerte que debe correr no puede ser otra que la exclusión; sin embargo, para la juez, la intervención de Díaz Buitrago y Bueno Caita son cimientos o base de la investigación, apoyando en ellos la condena en contra de MAURICIO MARULANDA RESTREPO, acudiendo además a la figura del descubrimiento inevitable para legitimar ese actuar, cuando dicha figura se refiere no a la prueba contaminada o viciada de ilegalidad o ilicitud, sino a una autónoma.

Para el defensor no se dice por ningún lado en la sentencia impugnada cuál es la prueba que hizo parte o que puede ser cobijada por la figura de descubrimiento inevitable, solo existe el enunciado, lo cual implica que la condena es con algo inexistente, que no se probó o no fue objeto de controversia dentro del juicio, pues era obligación de la fiscal demostrarla y crear el escenario de confrontación.

4.1.3. En cuanto a las objeciones y testimonio de referencia, en sentir del recurrente, ninguna mención se hace en la sentencia impugnada, generando violación al derecho de defensa. Interrogar y contrainterrogar no es un derecho absoluto, tiene límites y se ejerce mediante las objeciones, no se puede preguntar todo ni de cualquier forma, porque se afectan los derechos del otro, o las reglas que rigen el desarrollo del juicio oral.

Considera que el único que dijo constarle comportamiento concreto de MAURICIO MARULANDA RESTREPO fue Díaz Buitrago, todos los otros declarantes ante las preguntas de la defensa manifestaron no saber de ningún proceder con características de delito desplegado por este señor, sólo haberlo escuchado de otras fuentes, como lo sostuvieron López, Bareño, Usma, Patiño, Bueno Caita, Mateo González; sin embargo al fiscal se le permitió hacer preguntas tendientes a ingresar información de referencia, lo cual contradice el artículo 402 de la Ley 906 de 2004.

La juzgadora estaba confundida, pues una cosa es la prueba de referencia, como mecanismo excepcional al verificarse algunas de las situaciones fácticas, pero otra cosa distinta es el testigo de referencia, inviable a la luz del precepto jurídico previsto en el artículo 402 C.P.P.

Igual preguntas y respuestas inviadas, originadas en preguntas capciosas que, si bien no generan nulidad del acto judicial, el funcionario debe excluirlas para el momento de su respectiva valoración. En el caso concreto, cada que se hacía una pregunta de referencia, se objetó y como la juez no accedía a impedirlo, se propuso una regla que fue aceptada por todos para poder avanzar, consistente en que se daba por entendido que cada vez que se formulaba una pregunta así, se entendería que se objetaba.

La única prueba de referencia que ingresó al juicio fue la vertida por Jeison Alejandro Restrepo Sepúlveda alias "Chori", quien no mencionó a MAURICIO MARULANDA RESTREPO.

Considera que a su defendido se le condenó sólo con el dicho de Díaz Buitrago, los demás son testigos de referencia, pero todos sostuvieron no ser testigos directos de nada de lo afirmado.

4.1.4. En la sentencia se llegó a la conclusión sobre la existencia de prueba para el delito de concierto para delinquir y prevaricato por omisión, pero sin dársele respuesta a los planteamientos de la defensa, como si no hubiese sido esbozado como petición subsidiaria la atipicidad, aún a pesar de que la principal fue la ilicitud de la prueba que dejaba a la Fiscalía sin capital probatorio. Para él no se tipifica el concierto para delinquir, delito de acción, pues su defendido supuestamente incurrió en omisiones, además si tenía que constreñir para que le dieran dinero, lo que prueba es que no era socio o miembro de la organización, por lo cual, a lo sumo, estaría en un concierto simple o, en su defecto, en un favorecimiento.

En conclusión, por todas las razones consignadas solicita revocar la condena y reemplazarla por una sentencia absolutoria a favor de MAURICIO MARULANDA RESTREPO.

4.2. Por su parte el defensor de **CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ** indica que al retomar lo expresado por el testigo de cargo Díaz Buitrago en el conainterrogatorio, aduce con claridad que jamás su defendido le entregó

dinero de manera directa, que fue MARULANDA RESTREPO quien días después en un procedimiento lo presionó con otros patrulleros para no actuar legítimamente como era su deber, lo cual no se puede desconocer y endilgar responsabilidad penal por cohecho por dar u ofrecer.

La juez dice que se demuestra la participación de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ por el hecho ocurrido el día 7 de marzo de 2013, donde se evidencia un encuentro filmado por Bueno Gaita, en el cual estaba su defendido; frente a esa afirmación a folios 111 del texto del fallo se establece que su prohijado se encontraba conversando con alias "Media Luna", pero nunca ese testigo dijo que lo vio realizando conducta delictiva alguna en ese encuentro, porque de haberlo visto lo hubiera judicializado. El solo hecho de estar reunido departiendo con alias "Media Luna", por sí sólo no es indicio del acuerdo de voluntades para la comisión de conductas punibles, ni tampoco el decirle "Apá" a una persona es reconocimiento de jerarquías de organización criminal alguna.

Por otro lado, advierte que en la referida reunión dice la juez que se habló de la entrega de estupefacientes para positivos, pero desconoce, a sabiendas de que vio el video, que los que estaban hablando de ese asunto eran Bueno Gaita y "Media Luna", pues su representado se encontraba retirado de ellos, dialogando con otras personas.

Frente a lo dicho en la sentencia de que en el video se observa que CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ hace entrega de 40.000 pesos para la gaseosa a los policías, se desconoce lo dicho en la práctica del contrainterrogatorio, cuando ante la afirmación del testigo Díaz Buitrago de que ese hecho se veía en la filmina, la misma juez dejó constancia que esto no se observa.

También es falso que el testigo Jesús Giovanni Díaz Buitrago hubiese dicho que recibió 150.000 pesos de manos de su defendido en las reuniones de los parqueaderos y de parte de la plaza "La Virgencita".

Respecto a la declaración de alias "Chori", incorporada como prueba de referencia con Mauricio Bareño, se afirma que su representado se pone al frente como

abogado cuando es capturado un jibaro para sacarlo de la URI, pero este testigo no fue juramentado al momento de realizar imputaciones, además el informe no lo firma Bareño que fue supuestamente el investigador que estuvo al frente de la práctica de esta declaración, por lo cual no se puede valorar en juicio.

Frente a la interceptación de llamadas telefónicas, específicamente con alias "el Zarco", la conclusión expresada por la juez no tiene asidero en la prueba practicada, toda vez que en la comunicación sólo se busca una representación legal a lo cual su defendido le expresa que no puede litigar y lo remite a otro abogado, de lo cual no se desprende la conformación de un acuerdo para delinquir; no tiene la señora juez elementos adicionales para decir que había más allá de una relación abogado-cliente.

En cuanto a que en el allanamiento realizado en el taller de Lina se encontró un libro y que allí aparecen notas de mesadas al "Diputado", "dptdo" o "diput" y a "Rafa", el cual le pagaba a MARULANDA RESTREPO y que con estos documentos se probaba que CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ se encontraba en la nómina de la plaza de vicio "La Queen" desde que era abogado hasta que fue concejal, le da a entender que la decisión no fue proyectada por la juez, teniendo en cuenta que de la libreta u hojas sueltas, no del libro, se discutieron en juicio a quien pertenecía y no se probó de cuándo o qué fechas eran las anotaciones y quién la había realizado, tampoco se establecieron los montos de dinero y a qué correspondían. Durante el contrainterrogatorio realizado al intendente Carlos López, testigo con quien se incorporaron estos documentos, no se pudo establecer de quién era la libreta, incluso la falladora en ese momento, terminado el contrainterrogatorio, concluyó que eran hojas con apuntes.

Advierte que con la prueba documental y testimonial de los señores Katerine Grace Hurtado, Marcela Ochoa y Delio Posada, se estableció que en la oficina de abogados se adelantaron trámites lícitos y legalmente necesarios para la asesoría y conformación de la SAS de propiedad de Lina Álzate, como asesorías de personal de la empresa, hecho que no fue controvertido por la Fiscalía.

Considera el inconforme que es una falacia argumentativa de la juez el afirmar que su prohijado OBANDO VÉLEZ "empezó" a llevar dineros a los policiales para que estos no realizaran su labor, pues en juicio el único supuesto dinero entregado por él correspondió a un hecho del año 2010 y que según Díaz Buitrago, su defendido no lo entregó directamente, ni le dijo que era para realizar actos contrarios a derecho o a sus funciones como policía.

Jhonathan Patiño, quien en juicio se convirtió en testigo hostil, pues desde el inicio manifestó que no quería declarar, que nunca se comprometió con la Fiscalía a ser testigo en el juicio, al inicio lee un documento en que establece como razón de lo vertido en su declaración, un compromiso en contraprestación al aplicativo del principio de oportunidad, en consecuencia, no existe siquiera retractación.

Frente a la solicitud de exclusión probatoria o que no fuera valorada por la señora juez al momento de analizar los EMP y EF por considerarlos como ilegales, están los elementos recogidos por los señores Cristian Camilo Bueno Caita y Jesús Giovany Díaz Buitrago, porque en su producción, práctica y aducción se incumplieron los requisitos legales y esenciales que establece el ordenamiento constitucional y procesal, pues sus actos se realizaron sin orden judicial.

Como lo sostuvieron en juicio Cristian Camilo Bueno Caita y Jesús Giovany Díaz Buitrago, luego de denunciar, los intendentes Carlos López y Manuel Bareño los orientaban y les daban pautas para recolectar evidencia, sin orden judicial, incluso participaron en la comisión de conductas punibles con el fin de recaudar evidencias para la investigación; sin embargo, la juez las acepta y dice además que ese descubrimiento era inevitable y por ello las admite. Considera el recurrente que, de esas irregularidades sustanciales como las grabaciones y videos, se requiere orden judicial y control previo y posterior para algunas de ellas, sin que se realizaran.

El descubrimiento inevitable al que hace alusión la señora juez no convalida las flagrantes violaciones a los derechos fundamentales, en particular de su defendido. Para él, es claro que la prueba que fuera recogida con violación de las garantías fundamentales y del debido proceso se deben desestimar, lo cual deja sin piso la sentencia.

Frente a los testigos de cargo, la misma juez ordenó compulsar de copias al observar que evidentemente se encontraban alterados los contenidos de los documentos utilizados en juicio para refrescar memoria, incluso en su calidad de defensor se pronunció sobre las irregularidades en contenidos de textos, firmas de los intervinientes en las declaraciones, generando la apertura de un SPOA para investigar esos hechos delictivos. Los testigos de cargo incluso se autoincriminaron al haber aceptado que judicializaron de manera irregular a ciudadanos consumidores (falsos positivos), la aceptación de portar estupefacientes y traficar con ellos, por lo que no debe dárseles credibilidad o confiabilidad en la pulcritud de sus versiones.

Por todo lo anterior, solicita se revoque la decisión de primera instancia en lo atinente a la condena por los delitos de concierto para delinquir agravado y cohecho por dar u ofrecer, absolviéndolo de esos cargos y por las razones expuestas en precedencia, ordenándose en consecuencia la libertad inmediata de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ.

V. ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

5.1. La Fiscalía. En cuanto a lo esbozado por la defensa de OBANDO VÉLEZ, quien reconoce que efectivamente hubo una entrega de cuatrocientos mil pesos por parte de su representado a MARULANDA RESTREPO, quien a su vez le dio parte a Díaz Buitrago, señalando que ese dinero no fue entregado directamente a éste último y que nunca se dijo que fuera para realizar actos contrarios a su deber u omitir sus funciones. Frente a este punto, considera que al parecer la defensa sólo recuerda parte del testimonio de Díaz Buitrago, pero omite lo que dijo en el juicio, donde consideró que ese dinero se entregaba justamente para que omitiera el control sobre las plazas de vicio, lo cual es corroborado por Bueno Caita y Usma, quienes siempre supieron que el dinero que se entregaba a los policías era para captarlos como colaboradores de la organización criminal.

5.1.1. Frente a la reunión que se desarrolló entre Jairo Bustamante Carmona alias "Media Luna", Obando Vélez, Julián Sánchez Hurtado y Bueno Caita el 7 de marzo de 2013, dice la defensa que el testigo no vio a OBANDO VÉLEZ realizando una

conducta delictiva, con ello omite que en el redirecto Bueno Caita reconoció que se entregó dinero y sustancia a un policía para un positivo por parte de los mismos expendedores de sustancia estupefaciente, estos sí son actos constitutivos de un delito. En la referida reunión se habló de: a). Entrega de droga a los policiales por parte de los dueños de las plazas de vicio en caso de que se requiera hacer un positivo y así mostrar operatividad. b). Se entregaron cuarenta mil pesos supuestamente para la gaseosa a los policías, lo que claramente se trata de una dádiva para comprometer a los gendarmes con las plazas de vicio. Es tan cercana la relación entre el acusado y “Media Luna” que fue OBANDO VÉLEZ el que solicita el dinero al dueño de la plaza. c). Se trató temas de traslados de los policías, donde “Media Luna” al lado del “concejal” refiere el traslado de un policía a La Minorista, porque hacía muchos positivos. Igualmente, el concejal puso de ejemplo el caso de Saldaña a quien le ayudó para que no lo enviaran a la Hormiga —Putumayo, estas son formas de presión veladas que tiene un alto poder de persuasión sobre simples policías. d). Carlos Mario Obando Vélez, ofreció sus servicios como abogado, como Díaz Buitrago y Bueno Caita indicaron, ofrecimiento dirigido a aquellos policías que trabajaban para la organización criminal. En otro aparte de la conversación “Media Luna” les dice a los gendarmes que el “concejal” es el que los saca de problemas, que tiene un pull de abogados, aunque éste no puede litigar. e). Al final del video se escucha que “Media Luna” dice que cualquier cosa con el concejal, es decir que OBANDO VÉLEZ está para ayudar a los policías y necesariamente era a los corruptos, pues era con dos de ellos que estaba conversando. f). En esa misma reunión se observa claramente el reconocimiento de jerarquía a que se refiere la falladora, cuando OBANDO VÉLEZ le dijo a Bueno Caita en más de tres oportunidades que “Media Luna” es su “*Apá*”.

Advierte que Usma Borja dijo haber visto a OBANDO VÉLEZ reunido con reconocidos miembros de la organización criminal, lo cual es corroborado por Bueno Caita, que dice haber visto al concejal con alias “Gelatino”, “Judas” y Otros, quedando también esto en las manifestaciones del “Chori”.

Siempre se dijo que Usma Borja fue un policía basta incorruptible y con total credibilidad, varias veces afrontó ofrecimientos de los administradores de las plazas de vicio para que actuara como MARULANDA RESTREPO, por ello su

versión goza de total credibilidad y la defensa, con el contrainterrogatorio, no logró demostrar que lo observado por este testigo fuera falso.

Reconoce el defensor esas reuniones y trata de confundir al Tribunal diciendo que ellas no tienen ningún alcance penal, que tales encuentros por si solos no son fundamento para evidenciar la pertenencia de OBANDO VÉLEZ a la organización criminal; sin embargo, dichos encuentros como lo dijo en sus alegatos de conclusión, si se analizan con los demás medios de prueba practicados en el juicio, constituyen un hecho indicador de pertenencia a la organización criminal.

En la declaración del "Chori", leída por Bareño Carrillo, introducido como prueba de referencia, describe con fidelidad la apariencia física de OBANDO VÉLEZ y dice que le consta que el concejal de Envigado abogaba ante las autoridades judiciales por reconocidos miembros de la organización criminal y se reunía con otros importantes como alias "el Dólar", dueño de la plaza "La Virgencita" y "Queens".

Refiere que, si bien de la sola conversación entre el entonces concejal y "el Zarquito" no se puede derivar una responsabilidad en el concierto para delinquir, analizada con los demás medios de prueba esa conversación toma total relevancia, detallando el rol que según los distintos testigos asumió OBANDO VÉLEZ en favor de la organización criminal.

1.2. Respecto del libro encontrado en el taller de Lina María Álzate Beltrán, esposa de Carlos Mario Velásquez Duque alias "Dólar", dueños de la plaza de vicio de "La Virgencita" y "Queens", frente a lo cual la defensa señala que no puede ser tenidas como prueba las anotaciones allí encontradas, argumento deleznable, pues como lo informé en sus alegatos, los documentos encontrados en el taller de Lina, conforme la investigación realizada y los testimonios rendidos, no hay duda que hacen parte de la tan mencionada nómina de la organización criminal por las siguientes razones: a). Los documentos son cuentas, pues si bien no aparece el signo pesos es claro que se refiere a pagos realizados a la persona con quienes se enfrentan los valores. b). Se encontraron en un taller de confección de vestidos de baño y por ningún lado aparece la mención a materia prima o insumos para su confección, por el contrario, se encontraron valores sobre aluminio, cintas y bolsas

pequeñas que sirven para la dosificación y empaque de estupefacientes. La ambigüedad en las notas es el velo tras el cual se esconden las actividades ilícitas.

En los registros de la libreta, los cuales son bastantes desordenados, se encuentra la referencia a personas vinculadas a la plaza de vicio de "La Virgencita" y "Queens", no a otros expendios, sino justamente a aquellos de propiedad de Lina María Álzate y su esposo alias "el Dólar", lo cual confirma o hace más probable que se trate de las cuentas de esos expendios de alucinógenos, en la cual se incluye la nómina de policías y de alias "el Diputado". En el cuaderno argollado se encontraron cuatro cuentas identificadas con la palabra completa diputado, una por valor de 2.8, dos de 4 millones y una de 100 mil para un subtotal de 61900.000; una con la palabra Diptado por 4 millones; tres con la palabra Diput por valor de 3'4, 4 millones y una de 100 mil para un subtotal de 7.300.000; dos con la palabra Dptdo del y 2.1 millones para un subtotal de 3'100.000 y una con la palabra Dipt por 3.4 millones, lo cual para la fiscal es claro que las abreviaturas corresponden a la palabra "diputado" como también se le conocía a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, incluso en tres de las anotaciones se habla de mesada o 25 c/mes. En total en dicho cuaderno se da cuenta que se registraron pagos a favor del OBANDO VÉLZ por \$24.900.000 más \$100.000 mil en las hojas sueltas.

Considera que no es su obligación probar si esos pagos fueron o no recibidos por OBANDO VÉLEZ: primero, porque los registros del cuaderno lo dicen, así no tengan la firma de éste; y, segundo, porque en las organizaciones no necesariamente los pagos se dan vía sistema financiero que es el único que permite su trazabilidad mediante operaciones registradas, pues en este caso se trata de micromenudeo de estupefacientes y éste se maneja todo en efectivo.

5.1.3. En lo concerniente a la asesoría prestada a Lina para la constitución de la SAS, ya la Fiscalía en sus alegatos finales señaló que entre Lina y OBANDO VÉLEZ no existió la referida relación profesional a través de su antigua oficina de abogados para la asesoría en la constitución de la SAS, así el intento de la defensa de construir esa tesis se vio derrumbado con el contrainterrogatorio de Marcela Ochoa esposa de OBANDO VÉLEZ, quien no era abogada y fue la responsable del contrato, pero poco sabía sobre este negocio y nada conocía sobre contratación,

ningún valor probatorio puede tener un contrato que no tiene la firma de quien lo realiza, ni fecha de elaboración, ni siquiera el único y verdadero abogado de esa oficina, Delio Posada, se refirió al contrato en cuestión. Si en gracia de discusión se aceptara una relación cliente abogado entre Lina y OBANDO, esto no es óbice ni obstáculo para que alternamente desarrollaran y se concertaran para cometer delitos indeterminados.

5.1.4. Sobre la retractación y tratamiento como testigo hostil del ex policía Jonathan Andrés Patino, la defensa en el conainterrogatorio no pudo demostrar cómo supuestamente fue manipulado este testigo, en este sentido debe dársele credibilidad sólo a lo expresado en la declaración de la cual se hizo lectura, esto por las siguientes razones: a). Patiño por ser miembro de la policía de Envigado conocía cómo funcionaba el tráfico de estupefacientes en las diferentes plazas de vicio, cómo operaba la colaboración de los gendarmes y por supuesto estaba en condiciones para conocer que al concejal o diputado y saber su participación y colaboración con la organización criminal. b). Este testigo aceptó cargos por estos hechos, es decir era pleno conocedor del tráfico de estupefacientes y de la existencia de las plazas, sus dueños, administradores y policías involucrados y, por supuesto, del apoyo que prestaba CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ a la organización criminal, tan fue así que Patiño fue mencionado como un policía corrupto por parte de Bueno Caita y Díaz Buitrago, quien dice que le entregó un dinero supuestamente de una vuelta que manejaba Avendaño y que luego lo amenazó que si se caía uno se caían todos. Alias "Chori" lo señala como uno de los policías que recibían dinero de Ricardo Arbeláez Restrepo alias "el Tío", administrador de "La Queens". c). En las declaraciones extrajuicio que rindió Patiño dijo estar arrepentido de su actuar y que eso fue lo que lo motivó a contar la verdad y no un supuesto ofrecimiento de un principio de oportunidad por parte de la Fiscalía, que es la excusa que actualmente se trae, incluso ante el interrogatorio ejercido por la Fiscalía ratificó su arrepentimiento por sus actos de corrupción. d). Nunca hubo el supuesto ofrecimiento de principio de oportunidad y menos de manipulación de la verdad por los investigadores de la FGN, incluso no existe prueba de esa aseveración por parte de la defensa. e). En la versión inicial de Patiño, éste dijo que temía por su vida en razón al poder del concejal y es este temor, en su sentir, lo que motivo la retractación.

5.1.5. Sobre la exclusión probatoria, advierte la no recurrente que los testigos Bueno Caita y Díaz Buitrago eran policías de la estación de Envigado antes de ser agentes encubiertos; los hechos principales relatados por ellos y en los cuales se fundamenta la sentencia, fueron conocidos en su condición de policías, tal y como afirma la juez de primera instancia.

Respecto de la grabación de la reunión del 7 de marzo de 2013, Bueno Caita señaló en el juicio que la grabó por cuanto era una forma de respaldar su versión y porque sabía de la gravedad de los hechos, así como de las declaraciones que estaban entregando, por lo que necesariamente tenía que protegerse de esa situación que ponía en peligro su carrera de policía.

Advierte que, frente a la exclusión probatoria, la defensa fue genérica, se refiere a evidencias, grabaciones, videos y seguimientos a personas.

Indica que, si se escucha detenidamente el testimonio de Bueno Caita y Díaz Buitrago, nunca se utilizaron los informes de agente encubierto en contra de los procesados, fue para la incriminación de los demás policías y a los miembros de las plazas de vicio, pues esa información sólo sirvió para determinar la existencia de la organización criminal y en ese momento estaba amparadas por las respectivas resoluciones de autorización de agente encubierto.

No es cierto como lo dice la defensa de que no existiera una orden judicial y un control previo, el control judicial se requiere una vez culminada la operación de agente encubierto, el cual se llevó a cabo. La información fundamental entregada por estos testigos y sobre la cual se basa la sentencia condenatoria se obtuvo antes de iniciarse la investigación.

En lo atinente al aspecto del hallazgo inevitable, tanto Bueno Caita y Díaz Buitrago eran miembros de la policía de Envigado, en esa condición estaban continuamente expuestos a ser abordados por los miembros de los expendios de alucinógenos o por "el concejal", por lo cual era inevitable que conocieran nuevos hechos de corrupción.

Por lo anterior, solicita que se confirme la sentencia condenatoria.

5.2. El Procurador 122 Judicial Penal II, como no recurrente, manifiesta que la prueba traída por los defensores no pudo derrumbar la teoría del caso de la Fiscalía.

Manifiesta el defensor de MAURICIO MARULANDA RESTREPO que los testimonios de los señores Giovanni Díaz Buitrago y Jhonatan Patiño deben ser excluidos por ser falsos, toda vez que la firma estampada por la fiscal Claudia Carrasquilla en sus declaraciones o deposiciones escritas, si bien inicialmente mostraba que había intervenido en las mismas, a la postre no resultó así, deviniéndose un ilegal descubrimiento a la defensa, pues la entregada a él tenía un contenido menor; sin embargo, no debe olvidarse que la juez tuvo para su consideración únicamente lo dicho en el juicio, escapando completamente a su conocimiento los textos como tales de las declaraciones previas, salvo en cuanto fueron invocados para refrescar memoria o impugnar credibilidad, y aún no entra completa atendiendo a las reglas de producción de la prueba en el juicio, es decir no se permea el proceso oral.

En cuanto a que el actuar de los agentes Díaz Buitrago y Bueno Caita fue ilegal, por cuanto no se cumplió con los requisitos del artículo 242 de la Ley 906 de 2004, en este sentido se precisa que la técnicas de indagación e investigación de la prueba se refiere específicamente a una actuación concretamente ordenada y realizada por el fiscal y la Policía Judicial, no obstante en este caso los gendarmes ya estaban en la estación de Envigado y delataron a sus compañeros en cuanto conocían de actos delictuales ocurridos en ese lugar, mientras el General Yesid Vásquez Díaz les ordenó le siguieran informando, lo cual convalida su actuación. Se trata de informantes, término correcto para llamarlos, eran agentes del orden actuando previamente junto a los compañeros policías delincuentes, por lo cual la información es válida y pertinente.

Frente al tema de las objeciones, lo que se nota es que el defensor hace afirmaciones genéricas, pero no se detiene a analizar cómo pudo en concreto y en que situaciones afectarse su derecho de defensa. Considera que la juez realizó un

estricto trabajo de adecuación típica y la misma fue fruto de acertada evaluación probatoria.

En lo que respecta a los alegatos del abogado CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, están fuera de contexto las afirmaciones acerca de lo que se dijo o no por los testigos de la Fiscalía, pues estos fueron muy persistentes en la participación del acusado en la organización criminal, de cómo ofreció y entregó dineros a cambio de específicos comportamientos de los agentes de policía de la Estación Envigado.

Estima que del análisis individual y en conjunto de la prueba es claro que OBANDO VÉLEZ y MARULANDA RESTREPO son responsables penalmente por los delitos endilgados, por ello la decisión debe ser confirmada.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de Medellín es competente para despachar el asunto propuesto de conformidad con el artículo 34 numeral 1° y 176 del C.P.P., para lo cual se tendrá en cuenta las limitantes expresas que sobre el particular imponen los artículos 31 de la C.N. y el 188 de ese estatuto procesal, en relación con el tema, que se extiende a los aspectos inescindiblemente vinculados al objeto de apelación y la prohibición de reforma en peor.

Los recurrentes enfocan su ataque en tres puntos básicos: 1. Exclusión probatoria por prueba ilícita o ilegal; 2. Responsabilidad penal de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y MAURICIO MARULANDA RESTREPO en los hechos que se les imputan; y, 3. Tipificación del delito de concierto para delinquir agravado, del cual consideran que es en la modalidad de simple. A estos puntos se orientará el análisis de la Sala.

6.1. Exclusión probatoria por prueba ilícita o ilegal.

Esta Sala en primer lugar abordará el problema jurídico planteado por la defensa de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y MAURICIO MARULANDA RESTREPO, atinente a la exclusión de los testimonios de Jesús Jovanny Díaz Buitrago, Christian Camilo

Bueno Caita y Jonathan Patiño Henao, todos agentes de policía, aduciendo que los dos primeros se infiltraron sin autorización legal en la organización criminal; y, porque las entrevistas de estos tres uniformados se recibieron sin la presencia de la fiscal de conocimiento, aunque en las mismas aparezca plasmada la firma; además porque una entrevista previa que se puso de presente para refrescar memoria al patrullero Díaz Buitrago no fue descubierta en su oportunidad a la defensa. También peticionan que igual suerte corra la labor realizada por los investigadores Mauricio Bareño y Carlos López, quienes se nutrieron de la información aportada por los gendarmes Díaz Buitrago y Bueno Caita. Veamos:

6.1.2. Con el propósito de resolver las peticiones de exclusión de prueba es necesario distinguir los conceptos de ilicitud e ilegalidad probatoria, pues si bien es cierto emergen en la manera en que se hace la recolección de elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, las causas que las vician son diversas y, por lo mismo, sus efectos también difieren.

Desde esa perspectiva, una aproximación a la temática se halla en la providencia del 29 de enero de 2014, radicado AP 191-2014, 42.272, en la que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, explicó que la ilegalidad probatoria es aquella *"...en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba, esto es, aquella cuyo desarrollo no se ajusta a las previsiones o al procedimiento previsto en la ley..."*.

Por contraste, la prueba ilícita *"...es aquella que se ha obtenido o producido con violación de derechos y garantías fundamentales..."*; es decir, se vulnera de modo directo el núcleo esencial de un derecho de esa categoría.

La consecuencia jurídica en cada una de esas hipótesis varía, pues al paso que en la prueba ilícita es una situación incorregible en la que se sanciona no solamente con la exclusión del medio probatorio sino que también con la anulación de la actuación. En esas condiciones, ni siquiera actitudes negligentes de la defensa dirigidas a la adopción de correctivos permitirían soslayar la situación, resultando

un imperativo para el funcionario judicial, ante su detección, que adopte medidas tendientes a que dichos efectos se produzcan.

Ahora bien, tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito pretermitido es fundamental en cuanto comprometa el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

Dado que la intensidad es menor en lo que corresponde a la prueba ilegal, será necesario que, en cada caso particular, la parte interesada no solamente acredite la contrariedad del medio con la ley, por inobservancia de las exigencias para su acopio, sino su trascendencia en los derechos del afectado. Para garantizar el contradictorio a la parte que pretende su incorporación, será necesario que se efectúe en las oportunidades que la ley procesal otorga para el efecto, por ello, la alegación y demostración de una presunta ilegalidad ha de efectuarse en el escenario propicio para ello, so pena de precluir la oportunidad procesal al interesado, lo cual no obedece a simples formalidades sino que su teleología se enraíza en principios cardinales del sistema acusatorio colombiano como el derecho de igualdad de armas y de contradicción.

Ciertamente, si se pretende acreditar una ilegalidad en la recolección probatoria, se debe dar la oportunidad a la parte contraria para que se oponga y trate de demostrar, en igualdad de condiciones, que no se incurrió en el defecto atacado.

En el presente caso, las censuras recaen sobre aspectos formales dispuestos en la ley, como es lo relacionado con lo recaudado por los agentes encubiertos de quienes se dicen ejercieron por un periodo corto sin tener la autorización legal de la Directora Seccional de Fiscalías, pero sin que se acrediten flagrantes violaciones a los derechos fundamentales. En ese contexto, inequívocamente se estaría ante la queja de presunta prueba ilegal, no ilícita.

Tratándose de la prueba ilegal, también llamada irregular, corresponde al funcionario realizar un juicio de ponderación en orden a establecer si el requisito

pretermitido es fundamental en cuanto compromete el derecho al debido proceso, en el entendido de que la simple omisión de formalidades y previsiones legislativas insustanciales no conduce a su exclusión.

En esa misma dirección hermenéutica, carecería de todo interés para pedir la exclusión probatoria por prueba ilegal, la parte que no agotó los mecanismos aptos a su alcance, con miras a depurar la actuación procesal, pues sería convalidar una estrategia desleal en la que no se da la oportunidad a la contraparte de aclarar lo relacionado con el cumplimiento de las formalidades legales, supuestamente soslayadas.

La queja de los recurrentes respecto de los testimonios de Díaz Buitrago y Bueno Caita, ni siquiera puntualiza los actos precisos de investigación y el periodo claro en que se ejercieron sin la orden de agente encubierto; en todo caso, no demuestran algún vicio trascendente que afectara irrazonablemente un derecho fundamental de los procesados, pues simplemente generalizan. El defensor de OBANDO VÉLEZ por ejemplo sólo enuncia que *"considerarlos este defensor como ilegales los elementos recogidos por los señores CRISTIAN CAMILO BUENO CAITA y JESUS GUIOVANY DIAZ BUITRAGO, porque en su producción, práctica y aducción se incumplieron los requisitos legales y esenciales que establece nuestro ordenamiento Constitucional y procesal"* y, más adelante, dice que se grabó sin orden judicial a su prohijado y que esto *"ocurrió en la grabación del videos donde aparece mi representado ebrio"*, ciertamente no precisa la trascendencia y verdadera afectación a garantías constitucionales.

Por su parte el defensor de MARULANDA RESTREPO refiere que Díaz Buitrago durante un mes se infiltró sin tener autorización legal para ello y que se nutrió de dicha información del agente Peláez, con lo cual considera que se afectó derechos y garantías fundamentales, pero no precisa cuáles actuaciones se ejercieron durante ese periodo y como se presenta la afectación fundamental. Más aun, este togado dice que una vez Díaz Buitrago logra recolectar elementos materiales suficientes, entre ellos videos, direcciones, grabaciones, número de teléfonos para hacer interceptaciones, alias, identificación de los indiciados, plazas de vicios, para elaborar organigrama, decide dar la primera declaración y, posteriormente, se

dispone por el fiscal de conocimiento la calidad de agente encubierto, olvidando que este testigo, en esa oportunidad, dio cuenta de lo que había percibido directamente por sus sentidos, pues era miembro de la Policía de Envigado desde el 2010, en tal condición patrullaba con sus compañeros corruptos o no por los expendios de droga y presenciaban encuentros con los miembros de estos o por el “concejal”; incluso había ya sido permeado por los actos irregulares de los gendarmes involucrados en la investigación matriz, por ello era conocedor directo de la situación anómala, no en vano fue éste quien denunció después de la charla de sensibilización institucional, en consecuencia obró con fundamento en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 67 de la ley 906 de 2004 que a la sazón dispone: *“El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”*.

A más de lo anterior, los testimonios de Díaz Buitrago y Bueno Caita en el juicio oral se concretaron en los aspectos que fueron percibidos por ellos¹, declaraciones que fueron aducidas en la forma prevista en el ordenamiento procesal que gobierna el sistema acusatorio, pues oportunamente fueron solicitados por la Fiscalía y su práctica decretada en la audiencia preparatoria y al recibirlos en el juicio oral se observaron las formalidades legales y se garantizó el ejercicio del derecho de contradicción permitiendo así que la defensa de los acusados los contrainterrogaran.

Por lo anterior, no procede la exclusión que demandan los defensores.

6.1.2. También reclama la defensa la exclusión de los testimonios de Jesús Jovanny Díaz Buitrago, Christian Camilo Bueno Caita y Jonathan Patiño Henao, por cuanto frente a los mismos se presenta una falsedad, la cual se hizo consistir en que para las entrevistas previas de los deponentes y que fueron presentadas en juicio con el fin de impugnar credibilidad o refrescar memoria, no estaba la firma

¹Brichetti, Ob. Cit, Pág. 7: *“Efectivamente, las personas que refieren un hecho ocurrido bajo su vista constituyen la guía más segura del juez, porque es muy difícil que los sentidos, si son íntegro, sufran ilusión al examinar los objetos sobre los cuales se contraen...”*

de la fiscal; incluso que en la declaración exhibida a Díaz Buitrago durante el interrogatorio tenía mayor contenido que la que había sido descubierta en otra oportunidad procesal. Frente a ello basta mirar el contenido del artículo 347 del C.P.P. que establece "**Procedimiento para exposiciones. Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar su credibilidad. La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposiciones de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior, si a juicio del fiscal que adelanta la investigación resultare conveniente para la preparación del juicio oral. Las afirmaciones hechas en las exposiciones, para hacerse valer en el juicio como impugnación, deben ser leídas durante el conainterrogatorio. No obstante, la información contenida en ellas no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al conainterrogatorio de las partes**". (Negrillas fuera del texto original)

En los sistemas acusatorio toda información susceptible de valoración judicial ingresa a través del testimonio de los testigos solicitados por las partes y decretados por el juez, pues en sus principios básicos sólo se deben valorar como pruebas las que (i) han sido practicadas en su presencia, (ii) bajo juramento y (iii) sujetas a oportunidad de conainterrogatorio por la parte contraria. Estas tres condiciones garantizan la confiabilidad de la información que ingresa a un juicio a través de los testigos.

En la práctica suele ocurrir que los testigos convocados a juicio ya han rendido "declaraciones anteriores" sobre lo que les consta, bien sea oralmente, por escrito, con o sin juramento, por lo cual por regla tradicional en primera medida no son prueba y, segundo, solo deben ser usadas para impugnar la credibilidad del testimonio rendido en juicio o para refrescar la memoria del testigo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia hace apenas unos meses señaló:

*"Mirado a la luz de las garantías judiciales del acusado, el uso de declaraciones anteriores para el refrescamiento de memoria no resulta problemático porque (i) la declaración anterior se utiliza exclusivamente con la finalidad de refrescar la memoria del testigo, y, por tanto, **no es incorporada como prueba, ni***

físicamente ni a través de lectura (debe ser mental); (ii) la defensa (y la Fiscalía, cuando sea el caso) tiene derecho a examinar los documentos utilizados para refrescar la memoria del testigo, y (iii) el juez debe constatar que se cumplan los requisitos básicos para utilizar un documento con el fin de refrescar la memoria del testigo.

El análisis sistemático de las normas que regulan la prueba testimonial, permite concluir que el uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo está sometido a reglas como las siguientes (i) debe verificarse que el testigo tiene conocimiento personal y directo del hecho o circunstancia sobre el que se le indaga (Art. 402); (ii) a través del interrogatorio debe establecerse que el testigo tiene dificultad para recordar (Art. 392); (iii) una vez establecido que con un determinado documento puede favorecerse su rememoración, se le debe poner de presente para su reconocimiento y posterior lectura u observación (que debe ser mental), no sin antes ponerlo de presente a la contraparte (ídem); y (iv) la necesidad de refrescar la memoria del testigo puede surgir durante el interrogatorio en el juicio oral, por lo que no puede exigirse que una solicitud en tal sentido se haya realizado en la audiencia preparatoria, además que es una posibilidad que opera por ministerio de la ley.

Son varios los aspectos que atañen al uso de documentos para el refrescamiento de la memoria del testigo, que serán desarrollados por la jurisprudencia en la medida en que la casuística haga necesario un pronunciamiento. Por ahora, basta con considerar que en esta forma de utilización de declaraciones anteriores al juicio, "la presentación del escrito en corte no es para probar la verdad de las declaraciones contenidas en el escrito. Eso sería prueba de referencia cuya admisión habría que considerarla bajo la regla (...), el escrito se presenta para ser examinado por la parte adversa, para inspeccionarlo y usarlo en el contrainterrogatorio del testigo...².

*Según lo expuesto en precedencia, **es claro que el escrito utilizado para refrescar la memoria del testigo le debe ser exhibido a la otra parte para que tenga conocimiento y control de las herramientas utilizadas para facilitar los procesos de rememoración del declarante, pero también para brindarle la oportunidad de que lo utilice durante el contrainterrogatorio, según las reglas de impugnación de la credibilidad que serán analizadas en el siguiente numeral³. (Segundas negrillas fuera del texto original)***

Ahora bien, las declaraciones anteriores no son ni elementos materiales probatorios ni prueba autónoma e independiente, quedando integradas a la prueba testimonial en sus respectivos apartes al ser utilizada para impugnar la credibilidad del declarante en la audiencia de juzgamiento y porque sobre la misma se permitió a la defensa el ejercicio del derecho de contradicción a través del contrainterrogatorio.

En definitiva, el problema con las declaraciones anteriores y cómo estas afectan o no el testimonio en juicio, no es un problema de exclusión, es un asunto de

² Chiesa Aponte, Luis. Reglas de Evidencia de Puerto Rico. Luiggi Abraham Ed. San Juan. 2009.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP880-2017 (42656)

valoración del juez cuando frente a las mismas se ejerció el derecho de contradicción en el juzgamiento. Al respecto debe atenderse lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia, cuando explicó:

"Ahora bien: aunque conforme al último inciso del artículo 347 de la Ley 906 de 2004, la información contenida en las entrevistas o declaraciones juradas no puede tenerse como prueba, se trata de una prohibición hecha por el legislador bajo el supuesto de que sobre ellas no hayan ejecutado las partes el derecho de contrainterrogar. Pero si lo han ejercido, las manifestaciones anteriores utilizadas para la impugnación de credibilidad se integran al testimonio junto con las explicaciones aducidas por el declarante en torno a las razones de su contradicción. Así quedan satisfechos, respecto al contenido de la exposición anterior, los principios de inmediación, publicidad y contradicción, pudiendo en tales condiciones valorar el Juez la integridad de lo dicho.

Lo declarado en el juicio oral —entonces—, con inmediación de las manifestaciones contradictorias anteriores que se incorporan a éste, junto con las explicaciones aducidas al respecto, permitirán al juzgador contrastar la mayor veracidad de unas y otras, en una apreciación conjunta con los restantes elementos de juicio incorporados al debate público⁴. (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Recapitulando, entonces se puede concluir que el hecho de que algunas de las entrevistas las hubieran recibido los policías judiciales, sin la presencia de la fiscal de conocimiento, no afecta su validez; claramente son actos preparatorios al debate; de otro lado, el mismo artículo 16 C.P.P. (norma rectora) establece que *"en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a **confrontación**⁵ y contradicción..."*; no tendría sentido entonces que se excluya la verdadera prueba que es el testimonio en juicio, por supuestas falsedades que se dicen devienen de declaraciones anteriores utilizadas para refrescar memoria, máxime que frente a los mismos se ejerció la confrontación y si los abogados creían que eran falsos podían pedir prueba de refutación para acreditar que el testigo refrescó memoria con datos falsos y eso lo desacreditaría; sin embargo ello no ocurrió, pues sólo se limitó el defensor a presentar más tarde en la misma sesión del juicio una denuncia instaurada aduciendo dicha falsedad.

⁴ Corte suprema de justicia, Sala de casación penal, radicado 31001 del 21 de octubre de 2009. M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁵ El derecho a la confrontación puede verse total o parcialmente afectado cuando la presencia del testigo en el juicio oral es reemplazada por las declaraciones rendidas por fuera de ese escenario.

Definitivamente, lo que se plantea no es un problema de exclusión sino de valoración probatoria, en el mismo sentido apunta la queja respecto de las objeciones frente a la cual se pronuncia de una vez la Sala, pues no se requiere de mayores disquisiciones para advertir que estas son la manifestación del derecho de contradicción dirigidas a evitar el ingreso al debate oral de pruebas inconducentes, superfluas o repetitivas, pero como es sabido el fin de la prueba es siempre llevar el convencimiento o la certeza del juez, es decir gracias a la valoración podrá saber el juez si en el proceso la prueba ha cumplido su fin, si su resultado corresponde o no a su fin. Dicho de otra manera, el resultado de la prueba se conoce mediante su valoración.

6.2. Responsabilidad penal de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y MAURICIO MARULANDA RESTREPO.

CARLOS MARÍO OBANDO VÉLEZ y MAURICIO MARULANDA RESTREPO fueron condenados al hallarlos responsables del delito de concierto para delinquir agravado, adicionalmente para el primero también se dio el cohecho por dar u ofrecer y para el segundo prevaricato por omisión.

Ahora, en el *sub lite* no se discute la existencia de la estructura criminal conocida como "Odín Trianón" al servicio de la denominada "Oficina de Envigado", con área de injerencia en el municipio de Envigado, sector de La Magnolia, Obrero, San Mateo y La Sebastiana, la cual funciona desde hace aproximadamente 20 años, quienes ejecutaban diferentes conductas punibles, pero entre las más destacadas estaba el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, divididas por expendios de alucinógenos, para lo cual se establece una cadena de mando compuesta por propietarios, administradores y expendedores; también se estableció que para el libre funcionamiento se requirió cooptar a varios funcionarios, entre ellos policías, varios de ellos condenados por estos mismos hechos.

Así las cosas, para el estudio de responsabilidad, abordará la Sala inicialmente el análisis respecto de los dos condenados en cuanto al concierto para delinquir agravado; y frente al cohecho por dar u ofrecer y el prevaricato por omisión, por separado para cada uno de los implicados.

6.2.1. Concierto para delinquir agravado.

Según lo enseña la regla contenida en el canon 381 del C.P.P., para condenar *"se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio"*; a su vez el artículo 380 *ibídem* señala que los medios de prueba, los elementos probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Es pertinente entonces indicar que en materia de pruebas en nuestro sistema opera el principio de libertad probatoria y que conforme a lo dispuesto en el canon 382 del referido estatuto procedimental penal, son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico.

Como la prueba ofrecida en este caso fue principalmente de carácter testimonial, resulta oportuno indicar que tal como lo indica el artículo 404 del C.P.P.: *"Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad."*

Frente a la investigación de los hechos, la Fiscalía enrostró varios tipos penales a los enjuiciados, pero finalmente entre los punibles por los cuales se les impuso condena se encuentra el de concierto para delinquir agravado, precisamente los ataques de los defensores gravitan en torno a la militancia de estos reos en la organización criminal, por lo cual en consonancia con la apelación debemos determinar si son penalmente responsables.

Así entonces se impone analizar en primer lugar los elementos normativos del tipo penal referido y sus diferencias con la coautoría.

Esta conducta se encuentra descrita en el artículo 340 del C.P., teniendo como características fundamentales la participación o intervención de varias personas, esto es lo que se conoce por la doctrina como tipo plurisubjetivo, es decir que no puede ser cometido por una sola persona; debe existir un acuerdo o convenio entre varios individuos, con la finalidad de cometer delitos.

Sobre esta conducta punible señaló la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de julio de 2009, radicado No. 27.852:

"El delito de concierto para delinquir se estructura cuando varias personas se asocian con el fin de cometer ilícitos, bien de carácter homogéneo, en cuyo caso los asociados se unen para perpetrar un determinado tipo de ilícitos, verbigracia, únicamente homicidios, únicamente hurtos o únicamente tráfico de narcóticos; o de carácter heterogéneo, cuando el acuerdo tiene por objeto ejecutar cualquier tipo de delitos, sin importar su naturaleza.

Condición esencial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor del mismo fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.

Estas particularidades de la conducta típica han hecho que la doctrina y la jurisprudencia definan el concierto para delinquir como un delito de sujeto activo plural, de carácter autónomo y conducta permanente, en virtud de que, (i) sólo puede ser realizada por un número plural de personas, (ii) se consuma por el sólo hecho de la pertenencia a la organización, con independencia de los delitos cometidos en desarrollo de su objetivo, y (iii) existe mientras perdure el pacto.⁶

La pertenencia a la organización define la tipicidad de la conducta. Basta probar que la persona pertenece o perteneció a la agrupación criminal para que la acción delictiva pueda serle imputada, sin que importe, para estos concretos fines, si su incorporación se realizó a partir de la creación de la sociedad criminal, o desde un momento posterior, ni el rol que haya desempeñado o podido desempeñar en el cumplimiento de sus designios criminales."

Como se pone de presente por la Corte Suprema de Justicia, el delito de concierto para delinquir consiste en la concertación de varias personas para cometer delitos a diferencia de la coparticipación criminal que supone la intervención para la comisión de uno o varios delitos en concreto, por lo cual aquel comportamiento se

⁶ Cfr. C.S. J. Única instancia 17089, 25 de junio de 2002. Casación 19712, septiembre 23 de 2003. Extradición 22626, junio 22 de 2005. Casación 28362, julio 15 de 2008, entre otras.

agota con la simple intención delictiva, conocido en la doctrina como de mera conducta, lo cual conlleva a que los partícipes en el punible de concierto para delinquir sean sancionados por el solo hecho de participar en la asociación criminal.

La coautoría o coparticipación es una asociación ocasional para cometer uno o más delitos determinados, en tanto que el concierto para delinquir tiene carácter permanente, con la finalidad de cometer una serie indeterminada de delitos, por lo cual ciertamente la calificación que se hiciera en la acusación por la Fiscalía, como por la *a quo* al tomar la decisión final, corresponde a la conducta investigada, más adelante se realizará el estudio del agravante que contempla el artículo 340 inciso 2º del C.P., respecto del cual el apoderado de MARULANDA RESTREPO se queja como argumento subsidiario.

No cabe duda, como se dijo, de la existencia de la organización criminal "Odín Trianón", así como su actividad, zona de localización y composición, de la cual hacían parte los aquí condenados. Esto se desprende del material probatorio practicado en el juicio, principalmente de las declaraciones vertidas por los investigadores Carlos Enrique López y Manuel Mauricio Bareño Carrillo, así como los testigos directos Jesús Jovanny Díaz Buitrago y Christian Camilo Bueno Caita, policías para ese tiempo de la localidad de Envigado.

6.2.1.1. MAURICIO MARULANDA RESTREPO, conocido también con los alias "la Rata", "Ratón", "Care Ratón" o "Splifer", apodó que según el testigo Juan Camilo Usma Borje se debe a la contextura de su cara, además porque se parece a una caricatura animada de las tortugas ninjas. Se estableció que era miembro de la Policía Nacional en la localidad de Envigado, sin embargo, también estaba al servicio de la organización criminal omitiendo sus funciones para facilitar el desarrollo de las actividades ilícitas que ésta desarrollaba.

Juan Camilo Usma Borje, policía que goza de alta credibilidad porque fue referido en el juicio como uno de los agentes incorruptibles que trabajaron en la localidad de Envigado, incluso salió de ese lugar por amenazas debido a la presión que ejercía a los expendios de estupefacientes. Indica que uno de los jibaros le decía

en repetidas ocasiones que colaborara como Peláez y "Carerata", dejándole vender estupefacientes. Respecto de MAURICIO MARULANDA RESTREPO indica que tuvo un acercamiento con él cuando estaba realizando una captura e incautando estupefacientes, éste llegó y le dijo que si le podían colaborar a los sujetos y que estos le colaboraban a su vez, frente a lo cual respondió que no le colaboraba a nadie y que no recibía dádivas, ello ocurrió cerca de la plaza "El Burro" a cargo de alias "el Zarco"; la situación además le pareció anómala pues MARULANDA RESTREPO no era parte de su cuadrante sino del 24-1.

Lo anterior se compagina con lo indicado en juicio por Jesús Jovanny Díaz Buitrago, quien dijo que desde octubre del año 2010 lo asignaron a una patrulla de vigilancia con indicativo para esa época 24-1 en la localidad de Envigado, siendo compañero de cuadrante de MARULANDA RESTREPO, quien le presentó al señor OBANDO VÉLEZ y en ese momento le correspondió observar cuando éste le entregó a su compañero cuatrocientos mil pesos, indicándole que era un cariño que se le daba a los policías cuando llegaban a dicha localidad y doscientos mil pesos le fueron entregados después en un parqueadero, manifestándole en forma afirmativa *"si ve que ese señor era bien"*, entendió el testigo que era una forma de comprometerlo y efectivamente luego en la que reportan estupefacientes *"hubo un evento donde ya siendo pues como patrulla del cuadrante, me llaman para que atienda un caso en la plaza de vicio "La Virgencita" y otro en la plaza de vicio "La Oficina", donde me dicen que ahí hay una bomba⁷ y que está el muchacho que la tiene, al llegar a recoger supuestamente la bomba su compañero [Marulanda Restrepo] manifiesta que el señor abogado había dicho que no se podían ni siquiera acercarse a esa plaza ya que el dinero que me habían dado era proveniente de eso, para dejar trabajar en dichos sectores"*⁸.

También indica el testigo Díaz Buitrago que los expendios de estupefacientes de la localidad tenían una nómina en la cual estaban incluidos varios integrantes de la policía que llegaban a la laborar en los cuadrantes donde se desarrollaba la actividad ilícita y después de que recibían cualquier monto de dinero quedaban comprometidos y tenían que seguir laborando para esas personas, entre ellos

⁷ Las bombas contienen 50 ó 60 cigarrillos de marihuana o base de coca.

⁸ Minuto 37:50 de la audiencia del 12 de diciembre de 2016.

estaban los patrulleros MARULANDA, Peláez, Jhonny Rueda, Patiño, Álvarez, Zapata; refiere que la forma de presión era que los grababan cuando recibían dinero. Entre los dueños de los expendios de alucinógenos el que más les daba dinero era el dueño de "La Virgencita", Rafael Abad alias "el Gordo", del cual recibieron MARULANDA y él en aproximadamente 8 oportunidades dinero, incluso su compañero era muy cercano a ese sujeto, tanto que fue a su velorio.

Estuvo igualmente en estrados Mateo González Miranda alias "la Vaca", persona que fue capturado en esta investigación como integrante de la plaza "El Polaco", por ser expendedor de estupefacientes, dando cuenta que MAURICIO MARULANDA RESTREPO, a quien ya había visto en Pedregal y lo conocía como alias "la Rata", había recibido dinero del expendio de alucinógenos de "el Polaco" y realizaba presión para el pago, incluso este testigo tenía toda la intención de, anterior al juicio, hacer reconocimiento en fila de MARULANDA RESTREPO, tal como lo advirtió Manuel Mauricio Bareño Carrillo; sin embargo, el defensor no lo permitió. Afirma que MARULANDA RESTREPO lo cargó en una ocasión con cigarrillos de marihuana, pero como no dio la cantidad no lo judicializaron.

Respecto a las presiones que ejercía MARULANDA RESTREPO sobre los expendios de vicio para lograr su pago, está el testimonio orientador de Bueno Caita, quien una vez escuchó directamente de alias "el Mister", un administrador, que había un policía que le decían "la Rata", que hostigaba mucho y que había tocado cuadrarlo. Según este mismo testigo, hostigar era *"la presión que se ejercía para que efectivamente se ejercieran los pagos puntualmente, porque no todos los expendios pagaban puntual, algunos decían que el 15 y empezaban a dilatar las cosas para pagar el 20, entonces la presión se ejercía haciendo presión en los puntos fijos de expendio de vicio, con el ánimo de retirar a los expendedores y hacer presencia para que los compradores que llegaran se retiraran del lugar, entonces ellos perdían venta ahí, hacían estacionarias de tres o cuatro horas que era bastante para ellos, porque el menudeo era bastante y la plata que ellos perdían era en gran cantidad, entonces ellos ejercían presión, a los administradores los requisábamos y a los expendedores se les incautaba sustancia, y si era el caso se dejaba en manos de la Fiscalía."*

En este orden de ideas, habrá de decir la Sala que a pesar de los esfuerzos defensivos, sin hesitación alguna, en lo que respecta al delito de concierto para delinquir agravado, éste ocurrió, pues las declaraciones de los testigos de cargo son claras, coherentes y contundentes, ante los señalamientos que estas personas hacen en contra de MARULANDA RESTREPO, quien siendo miembro activo de la Policía Nacional en el municipio de Envigado, se determinó a recibir dineros de varios expendios de estupefacientes y de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ para obviar sus funciones y permitir que la empresa criminal continuara con su actividad ilegal de distribución y venta de sustancias psicoactivas.

6.2.1.2. En cuanto a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, también conocido como el *abogado, concejal o diputado*, al igual que para la juez de primera instancia, también para la Sala basta un análisis detenido de los testimonios vertidos en juicio, quienes exponen de manera desapasionada, espontánea, natural, clara, segura, coherente y contundente que este acusado hizo parte de la organización criminal denominada "Odín Trianón" que opera en el municipio de Envigado.

El Policía incorruptible Juan Camilo Usma Borja, en juicio dio cuenta que varias veces cuando realizaba patrullaje por el sector de expendios de estupefacientes, pudo observar a OBANDO VÉLEZ con delincuentes, incluso en una oportunidad cuando se encontraba departiendo con alias "Judas", "el Cabezón" y "Gelatino" en "La Virgencita" le ofreció sus servicios como abogado y le dijo que colaborará con esta gente debido a la presión que él realizaba en esos expendios, a lo cual respondió que no le colaboraba a nadie.

También fue a juicio el patrullero Bueno Caita, quien indica como su compañero Usma Borja, que en la fecha que conoció a OBANDO VÉLEZ, es decir el 7 de marzo de 2013 y luego de su reunión con "Media Luna", volvió a ver al concejal en inmediación de "La Virgencita" con "Gelatino" y "Judas".

Christian Camilo Bueno Caita, compañero de Julián Sánchez (condenado por estos mismos hechos), refiere que su compañero le dijo en algún momento que le iba a presentar la persona que manejaba la vuelta, al que le decían "el Diputado" o "Concejal", quien intervenía por los policías y que los defendía en el Concejo,

efectivamente lo conoció el 7 de marzo de 2013, lo cual recuerda porque realizó una captura y eso se presentaba pocas veces, después de hacer lo rutinario como son las anotaciones pertinentes, se dirigió a su cuadrante nuevamente y ahí fue donde vieron estacionado en frente de la iglesia San Mateo el vehículo de OBANDO VÉLEZ, momento en el cual Sánchez le dijo que ahí estaba "el Diputado" y efectivamente estaba con alias "*Media Luna*", lo cual se le hizo extraño, pues le resultaba inexplicable que un mandatario estuviera con un dueño de plazas de vicio y el primero dijo "él es mi papá".

Refiere el testigo que en esa oportunidad "*Media Luna*" le preguntó que como les fue, haciendo énfasis a que en ese momento habían hecho una captura que ellos mismos les habían dado, para lo cual respondieron que bien, que ya el capturado fue dejado en la URI, pues se trataba de un falso positivo; también en aquel momento se hizo énfasis en que OBANDO VÉLEZ colaboraba con los policías para ayudarlos a trasladar y era muy amigo del comandante de la estación, en ese tiempo el Capitán Gómez.

El suceso referido por Bueno Caita fue grabado y reproducido en el juicio, lo cual en unísono con su declaración permite apreciar, como lo refiere la juez y la Fiscal, muy a pesar del sentir del recurrente, que: 1. Que OBANDO VÉLEZ llama en reiteradas veces "*Apá*" a alias "*Media Luna*", reconocido miembro de la organización criminal; 2. Que se trataron temas de entrega de estupefacientes por parte de la plaza de vicio para los positivos; 3. Se entregó por OBANDO VÉLEZ 40 mil pesos supuestamente para las gaseosa de los policías, los cuales fueron suministrados por "*Media Luna*", pues el acusado le pide 50 mil pesos a éste diciéndole "*papi me regala 50 mil pesos y él le dice tengo 40 mil*" y se los entrega; y, 4. "*Media Luna*" hace énfasis de que sí tienen algún tipo de problema o cualquier situación, directamente se comuniquen con OBANDO VÉLEZ, quien les colaboraría.

De otro lado, al estrado judicial se presentó el patrullero Jesús Jovanny Díaz Buitrago, quien fue claro en afirmar que conoció a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ porque MAURICIO MARULANDA RESTREPO se lo presentó, en esa fecha presencié la entrega por parte del primero de 400 mil pesos a su compañero MARULANDA

RESTREPO y en forma directa pudo escuchar que era un cariñito para los policías que llegaban a la localidad, desplazándose luego para un parqueadero donde su compañero le entregó la mitad, con lo cual se sintió muy comprometido; posteriormente, cuando atendían una situación del cuadrante, MARULANDA RESTREPO le indica que *"el señor abogado había dicho que no se podían ni siquiera acercarse a esa plaza ya que el dinero que me había recibido era proveniente de eso, para dejar trabajar en dichos sectores"*.

El testigo Díaz Buitrago dijo que vio a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ en tres oportunidades. La primera que fue el día de la entrega de los 400 mil pesos, como *"cariñito"* para los policiales que llegaban a Envigado; La segunda, un 31 de diciembre lo vio en inmediaciones del expendio de estupefacientes denominado *"La Virgencita"*, momentos en que se encontraba departiendo con *"Dólar"*, *"Media Luna"*, *"Chichis"* y varios expendedores; y, El tercero, en una reunión después de elecciones cuando ya había sido electo concejal, fue con su compañero MARULANDA RESTREPO y éste les manifestó que *"las cosas de las plazas seguían lo mismo, que él hacía llegar la plata a los policías, que antes las cosas habían mejorado la situación pues él ya iba a ser concejal, y que se mejoraba el ingreso para los policías"*⁹.

Refiere el testigo que en otra oportunidad su compañero Patiño en la misma estación de policía le entregó 150 mil pesos de parte del señor CARLOS MARIO OBANDO, indicando que provenía del expendio de estupefacientes de *"La Virgencita"*. También advierte que otro compañero Jonathan Peláez, que era muy corrupto, le mencionó también al concejal y en aproximadamente 4 o 5 oportunidades le entregó dinero indicándole que era de parte del acusado y de las fuentes ilícitas.

Precisamente Jonathan Andrés Patiño Henao, quien ya había sido condenado en la misma investigación, fue a juicio con escrito en mano indicando que no quería declarar; que nunca tuvo comunicación directa con el concejal y no presenció conversaciones de éste con el patrullero Rueda Patiño, además que no le consta

⁹ Minuto 35:10.

que OBANDO VÉLEZ fuera el que manipulara las finanzas de la organización criminal; aduce que en la declaración que rindió lo obligaron a mentir para obtener un beneficio de principio de oportunidad, pero como no le cumplieron, la misma no tiene validez y por tanto no la convalida. El delegado Fiscal en consecuencia dio el trámite de testigo hostil y utilizó declaración previa, donde él señala que CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ era el enlace entre la policía y los expendios de estupefacientes, teniendo como exigencias evitar captura e incautación de drogas, que si no se cumplía con lo convenido el concejal los trasladaba de Medellín. Afirmó que hubo un encuentro con “el concejal”, una noche que se encontraba de civil, allí se habló de un pago por las plazas de vicio, con pagos de 150 mil pesos mensuales; adicionalmente presenció varios procedimientos a los expendios de estupefacientes donde se omitían las funciones por orden del concejal; Agrega que el que entregaba los dineros enviados por el acusado era Jhony Rueda Patiño.

La Fiscalía en su oportunidad indicó que no hubo ofrecimiento alguno de principio de oportunidad para Patiño Henao, además que la contradicción o retractación en el testigo es por temor.

La falladora en su momento, a la declaración de Patiño Henao le dio los alcances de testigo retractado, razón por la cual la Sala precisa los alcances del mismo conforme a la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia:

"La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral "no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes". Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la

confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que "la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia", bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.

*La posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión**, pues de otra forma no existiría ninguna razón que lo justifique, sin perjuicio de las reglas sobre prueba de referencia. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio.*

*Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia".¹⁰*

Para la Sala, evidentemente es acertada la valoración que frente a este testigo retractado adoptó la falladora, cuando advirtió:

"En el testimonio que rindió ante el Policía judicial, aparentemente da a entender que tenía conocimiento de la participación del acusado en la organización criminal y en el testimonio bajo juramento rendido en sede de juicio indicó que no quería declarar, porque lo expresado por él en una declaración que firmó en la Fiscalía, correspondía realmente a una entrevista que firmó cuando se le ofreció un principio de oportunidad, el que, cuando ya había dado la declaración, la Fiscalía no le cumplió como bien lo expresó él y pretendían traerlo a que se reiterara en lo dicho en esa declaración.

Pero para poder establecer cuál de las versiones es la verosímil, se debe acudir al conjunto de pruebas obrantes en el plenario, con el fin de determinar si el agente actuó conforme a la Ley.

De hecho se puede determinar con pruebas obrantes en el proceso, es decir con las declaraciones rendidas por los investigadores líderes LÓPEZ y BAREÑO, los testigos BUENO CAITA Y DÍAZ BUITRAGO, las interceptaciones realizadas a los abonados de OBANDO VELEZ y los videos

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP880-2017 (42656), M.P. Eugenio Fernández Calier.

de vigilancia, que la el testimonio inicial realizado por JHONATAN PATIÑO, es la versión correcta de los hechos y que este se retractó tal y como lo dijo el representante del ente Fiscal por temor a represarías, por lo que a dicho testimonio se le dará el valor que se merece en conjunto con los demás elementos materiales probatorios. Además, que tiene claridad el despacho que este testigo ya fue condenado en virtud de preacuerdo y por ende no está amparado por la presunción de inocencia y por ende, por la no auto incriminación". (Negrillas fuera del texto original)

Efectivamente, conforme a lo considerado por la *a quo*, no hay mérito alguno para desechar de plano la declaración anterior al juicio vertida por Patiño Henao ante el órgano de investigación, en cambio sí darle valor suasorio para emitir un juicio de reproche jurídico penal en contra de OBANDO VÉLEZ, pues la misma hace parte del compendio probatorio. En primer lugar, las exculpaciones que dio a conocer Patiño Henao en la audiencia de juicio oral, en la que exponen que incriminó al hoy acusado OBANDO VÉLEZ, toda vez que la Fiscalía lo "sedujo" prometiéndole un aplicativo de principio de oportunidad, el mismo ente acusador dijo que eso no fue cierto y efectivamente si se verifica el plenario, el testigo lo que tuvo fue una terminación anticipada (preacuerdo), por lo cual no encuentra admisible esta Magistratura lo argüido por este testigo. En segundo lugar, considera la Sala que lo declarado por Patiño Henao de forma pretérita ante el órgano de investigación es digno de todo crédito, incluso encuentra mayor credibilidad con lo dicho por los demás testigos de cargo en el juicio, en orden de la verdad procesal, como se viene de decir; Díaz Buitrago y Bueno Caita siempre han sido consistentes y coherentes en afirmar que el acusado conocido como el concejal daba dádivas a los policiales de Envigado para que dejaran trabajar las plazas de vicio, entre los cuales está el testigo, quien incluso ya fue condenado por estos hechos. En tercer lugar, la declaración anterior efectuada es digna de todo crédito, por lo que su único interés era develar la verdad de lo sucedido, todo lo cual tiene consonancia con las demás pruebas.

Todo lo explicado en precedencia nos lleva a razonar que lo inicialmente revelado por Jhonatan Andrés Patiño Henao es digno de entera credibilidad.

Ahora bien, ante la imposibilidad de llevar a juicio a Jeison Alejandro Restrepo alias "Chori", por cuando se estableció que salió del país al parecer con destino a México, su declaración anterior ingresó como prueba de referencia en el entendido

que:

*“Es **requisito indispensable** que el testigo esté **disponible** en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación. Si el testigo no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia”.*¹¹

Jeison Alejandro Restrepo, en su declaración previa del 7 de marzo de 2017, la cual fue introducida como prueba de referencia, dijo en lo relevante que *“le consta que hay un miembro del Concejo Municipal de Envigado que colabora con las plazas de vicio, su función es prestar sus servicios cuando uno de los jibaros de cualquier plaza es capturado por un policía que no estén recibiendo dinero en la plaza donde lo capture, esta persona que es conocida con el Alias de “Diputado”, quien corresponde al nombre de CARLOS MARIO OBANDO, lo llaman y se pone al tanto del caso y su misión por orden de los jefes de la plaza, es que lo saque de la URI, ya que este político es abogado. Esta persona la he visto por todos los expendios...”*

En misma línea al anterior, se tiene que en el juicio el intendente Cesar Augusto Barrera León, funcionario que participó en el reconocimiento fotográfico que hiciera Jeison Alejandro Restrepo a OBANDO VÉLEZ, indica que éste era el que decidía sobre los cobros grandes, en cuanto a si se pagaban o no.

Para la Sala, al igual que para la *a quo*, contrario a lo que piensan los defensores, los señalamientos de los referidos testigos son claros, contundentes y dignos de credibilidad, en su calidad de testigos directos, como investigadores involucrados (Patiño Henao y Jeison Alejandro Restrepo) en el accionar ilegal de la organización criminal conocida como “Odín Trianón” de la que indudablemente, como se dijo, hacía parte MARULANDA RESTREPO y se confirma también la participación de OBANDO VÉLEZ.

Es bien sabido que para la valoración de los testimonios incriminatorios el juez debe tener presentes siguientes pautas, enseñadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

¹¹ Ibídem.

- "a) Que no exista incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor-agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*
- b) Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho; y*
- c) La persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones."¹²*

Trató la defensa de restarle credibilidad a Díaz Marulanda y Bueno Caita, incluso solicitó su exclusión, la cual no prosperó por las razones decantadas, sin embargo, entre los cuestionamientos se tiene que estos recibieron dinero de los expendios de estupefacientes, lo cual para la Sala los hace más sinceros, resaltando que hicieron devolución de los mismos. Como lo avizó la juez en su momento, no se acreditó por los defensores animadversión, enemistad o interés en perjudicar estos testigos a OBANDO VÉLEZ o MARULANDA RESTREPO, además de que tuvieron confirmación en las demás versiones y elementos probatorios que ingresaron en el juicio, siendo persistentes en la incriminación.

No cabe duda para la Sala que OBANDO VÉLEZ hacía parte de la organización criminal, apoyando no sólo con la defensa legal a sus miembros (propietarios, administradores, expendedores y hasta policías), no como un simple abogado como lo pregonan los defensores, sino que también realizando pagos a los agentes del orden para que omitieran sus funciones y no ejercieran control sobre los expendios de estupefacientes.

Si bien es cierto el hecho de que el acusado se reuniera con propietarios, administradores y expendedores de estupefacientes, por sí sólo no es indicativo de una conducta delictiva, además que de las interceptaciones realizadas al abonado celular 3136594898 no se obtuvo más que una conversación entre OBANDO VÉLEZ con "el Zarco" administrador de la plaza "El Burro" respecto de la captura de éste para una asesoría; no menos cierto es que resulta poco creíble que un ciudadano de bien se mantuviera en las reconocidas plazas de vicio de la localidad de Envigado, como lo señalaran varios testigos y se tratará con tanta familiaridad

¹² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de septiembre de 2005, Rad. 18.455. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

como pasaba con "Media Luna" a quien incluso le decía papá, conociendo y participando de actividades ilícitas, pues no se puede obviar el hecho de que en los videos de vigilancia se documentaron temas de falsos positivos, operatividad y entrega de cuotas para los policías.

Tampoco resulta creíble el dicho del recurrente en cuanto a que OBANDO VÉLEZ conocía a Carlos Mario Velásquez Duque alias "Dólar" y a Lina Álzate, dueños de los expendios de estupefacientes "La Virgencita" y "Queens", por asuntos laborales para la creación de la SAS, pues como se dijo, para tratar este tipo de asuntos comerciales no debía porque permanecer en las plazas de vicio; adicionalmente, se dijo que él no la llevó sino su firma, pero ello no es óbice para que a la par no se ejecutaran actuaciones delictivos. Incluso, como lo advierte la fiscal, los documentos encontrados e incautados en el taller de Lina, conforme a la prueba que se ha venido decantando en este análisis, hace más probable que sean cuentas de la mal llamada "nómina" de implicados en la organización criminal, entre ellos el acusado, pues en el cuaderno argollado aparecen apuntes de mesadas a "Diputado", "Dptdo" o "Diput" y a "Rafa", este último que se dijo le pagaba a MARULANDA RESTREPO, también a las niñas, pelaitas o muchachas que según informó el investigador líder eran los nombres con los que eran designados los policías.

Además, en relación con la prueba de descargo presentada por los defensores en lo que atañe a MAURICIO MARULANDA RESTREPO, no se logró desvirtuar los señalamientos directos en su contra; y, en lo que a CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ tiene que ver, lo que dan cuenta los testigos de descargo como asesorías jurídicas para la creación de la SAS de Lina Álzate, insolvencia económica del enjuiciado o fondos lícitos para la campaña como concejal, los mismos por sí solos no desvirtuaron los señalamientos incriminatorios de los testigos de la Fiscalía. En algunos casos la simbiosis entre dirigentes e integrantes de las ilegales cofradías alcanza a disfrazarse de falso liderazgo e interés por el desarrollo de los habitantes de estas zonas, tratando de ocultar esas otras facetas de su vida.

En criterio de esta Corporación quedó demostrada en juicio la responsabilidad de los acusados por los delitos de concierto para delinquir agravado en los términos analizados.

6.2.2. Prevaricato por omisión – MAURICIO MARULANDA RESTREPO.

El tipo objetivo de *prevaricato por omisión* previsto en el artículo 414 de la Ley 599 de 2000 contempla **(i)** un sujeto activo calificado (“*servidor público*”), **(ii)** una pluralidad de acciones o de verbos rectores que pueden alternarse (“*omita, retarde, rehúse o reniegue*”), y **(iii)** un elemento normativo (“*acto propio de las funciones*”) como complemento directo de la conducta ejecutada. Es decir, se trata de una infracción al deber, pues la disposición le prohíbe al servidor público no omitir, retardar, rehusar ni denegar alguna función relativa al cargo que desempeña¹³.

En cuanto a este último ingrediente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, para efectos de predicar la adecuación de la conducta al tipo, “*es necesario establecer primero cuál norma asigna al sujeto la función y el término para su cumplimiento*”¹⁴:

“[...] *para la realización del juicio de tipicidad en el delito de prevaricato por omisión es condición necesaria establecer la norma extrapenal que asigna al sujeto activo la función que omitió, rehusó, retardó o denegó, y/o [sic] el plazo para hacerlo, al igual que su preexistencia al momento de realización de la conducta, con el fin de poder constatar el cumplimiento del tipo penal objetivo*”¹⁵.

En este caso lo trascendente para la correcta imputación al tipo objetivo es la inclusión verificable o refutable del deber de proceder en las circunstancias particulares del asunto. La Fiscalía le atribuyó al patrullero MAURICIO MARULANDA RESTREPO la realización de la conducta punible de *prevaricato por omisión*, derivada de la participación de éste en la organización criminal, debido a la pretermisión de los deberes funcionales relacionados con la prevención del delito,

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 34858 (27-06-2012).

¹⁴ Cf. sentencia de segunda instancia de 2 de octubre de 2003 (radicación 20648). En el mismo sentido, fallo de segunda instancia de 27 de octubre de 2004 (radicación 22639) y sentencia de única instancia de 5 de octubre de 2011 (radicación 30592).

¹⁵ Fallo de única instancia de 5 de octubre de 2011 (radicación 30592).

concretamente a las obligaciones de **(i)** informar a los superiores acerca de lo que estaba sucediendo, **(ii)** adelantar las gestiones necesarias para judicializar a los sujetos dígase propietarios, administradores, expendedores de ser sorprendidos en flagrancia.

Del análisis que ya se hizo en su momento para el concierto para delinquir, quedó establecido sin lugar a equívocos que MARULANDA RESTREPO recibió dineros en varias oportunidades provenientes de las fuentes ilícitas de expendios de estupefacientes, específicamente de CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ y de Rafael Abab, y la razón de ser de estas dádivas era para que omitiera sus funciones y dejara trabajar a plenitud la organización criminal.

No puede olvidarse, como lo dijo en su momento Jovanny Díaz Buitrago, que tuvieron que dejar de hacer un operativo de estupefacientes y alejarse del lugar, porque su compañero MARULANDA RESTREPO le dijo que el dinero que habían recibido de OBANDO VÉLEZ era precisamente para omitir sus funciones y dejar trabajar las plazas de vicio; con lo cual se cumple el requisito de la imputación al tipo subjetivo del delito de *prevaricato por omisión* se refiere, pues para ello se requiere por parte del servidor público que haya pretermitido los deberes funcionales “*con pleno desconocimiento y voluntad de su infidelidad con el ejercicio de sus funciones, sea que con ello pretenda ocasionar un agravio, obtener ventajas personales o para un tercero, o simplemente sobreponer su capricho a los propósitos de la norma de la cual se margina*”¹⁶. Definitivamente, no se está frente a una negligencia, sino una determinación dolosa de no actuar en cumplimiento de sus funciones asignadas por la Ley (Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía) y la Constitución a este funcionario, obteniendo un beneficio propio (dádivas – dinero) y favoreciendo a la organización criminal.

En consecuencia, acreditado está en este asunto la responsabilidad de MAURICIO MARULANDA RESTREPO en el delito de prevaricato por omisión.

¹⁶ Fallos de segunda instancia de 2 de octubre de 2003 (radicación 20648), 27 de octubre de 2004 (radicación 22639), 24 de enero de 2007 (radicación 24420) y 17 de febrero de 2008 (radicación 28428), entre otros.

6.2.3. Cohecho por dar u ofreceres – CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ.

Respecto al delito de cohecho por dar u ofrecer, contemplado en el artículo 407 del Código Penal Colombiano, por el cual fue acusado y condenado CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"10.2. Resta por analizar la inconformidad relacionada con la falta de antijuridicidad del comportamiento reprochado.

De larga y añeja tradición, tanto en el derecho interno como en el extranjero, es la consagración del tipo penal de cohecho, con el que se procura prevenir y reprimir la corrupción de la función pública. Acerca del significado de esta figura, en reciente decisión la Corte señaló que la «...palabra cohecho tiene su origen en el vocablo confectare, es decir, arreglar, preparar. Cohechar significa sobornar, corromper, pervertir, viciar con dádivas, obsequios o regalos a un servidor público...», destacando en el mismo pronunciamiento que la sola promesa u ofrecimiento de dinero, de la dádiva o de la utilidad, «...provoca, excita, estimula, aviva, o incita al servidor público a obrar ilícitamente, quien se compromete con el cohechador a violar la independencia e imparcialidad, atributos anejos al ejercicio de sus atribuciones...» (CSJ. AP, 8 jun. 2011, rad. 34282).

Ahora bien, como se sabe, modernamente el derecho penal no solo se ocupa de sancionar conductas que lesionen efectivamente los bienes jurídicos de singular importancia para la sociedad, sino que también propende por la represión de comportamientos que los colocan en situación de peligro, ya de manera concreta, ora en forma abstracta, siendo ésta la tendencia para prevenir su real afectación.

En tratándose de la administración pública, eso es lo que ocurre con el tipo delictivo que describe el cohecho activo por dar u ofrecer, a través del cual se busca prevenir la efectiva lesión de ese bien jurídico, atacando el fenómeno desde su origen (el ofrecimiento), en el entendido de que el particular que propone no solo coloca en situación real de riesgo el correcto desarrollo de la función, sino que su conducta, analizada en el plano político criminal, resulta tan peligrosa para el bien jurídico protegido, como la del servidor público que se allana a sus pretensiones, no importando, por consiguiente, el sentido positivo o negativo de la respuesta del destinatario de la oferta, para que la conducta del particular se perfeccione como comportamiento punible".¹⁷

En una comprensión limitada del fin perseguido en la hipótesis delictiva de cohecho por dar u ofrecer, como se advirtió en párrafos que preceden, con ella pretendió el legislador blindar la función pública del poder corruptor de prebendas, con las que se busca no otra cosa que sojuzgarla a someterla a la voluntad de terceros, independientemente de los designios de éstos, y tanto es así que en el artículo 407 de la Ley 599 de 2000 se sanciona la oferta o entrega del dinero o la dádiva, tanto por la obtención de un acto ilegal del servidor oficial, esto es, por

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP5924 – 2014 (40392).

retardar u omitir el que está obligado a expedir, o por emitir uno contrario a sus deberes, así como por gratificar con la utilidad el realizado a cabalidad en el desempeño del cargo, lo mismo que por recibir cualquier dádiva o elogio de un particular que tenga interés en un asunto sometido a su conocimiento.

En el caso en particular se estableció dos situaciones en que OBANDO VÉLEZ entregó dinero a agentes de la policía, el primero cuando con la excusa de "cariñitos" para los policías nuevos, dio a MARULANDA RESTREPO la suma de 400 mil pesos de lo cual fue testigo Díaz Buitrago, pues a él se le entregó la mitad y posteriormente se le indicó que eran para dejar trabajar los expendios de estupefacientes; el segundo momento fue cuando el acusado se encontraba departiendo con alias "Media Luna" en el expendio de estupefacientes de la "Calle del Diablo" y CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ le entrega a los gendarmes 40 mil pesos para las gaseosas, de lo cual da cuenta el patrullero Bueno Caita. Es claro, como se ha decantado, que el propósito de esas dádivas dadas a los policías era para que omitieran sus funciones y dejaran funcionar los negocios ilícitos.

Igual de importante resulta el testimonio de Juan Camilo Usma Borja, quien como se dijo en párrafos que preceden, dio cuenta que CARLOS MARIO OBANDO en una oportunidad que estaba departiendo con alias "Judas", "el Cabezón" y "Gelatino" en "La Virgencita", le ofreció sus servicios como abogado y le dijo que colaborará con esta gente, debido a la presión que él realizaba en esos expendios, a lo cual respondió que no le colaboraba a nadie.

Se estableció con las pruebas practicadas y allegadas a juicio que CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ ofrecía y entregaba dineros para pretermitir u omitir en los agentes de la policía de Envigado las funciones propias de sus cargos, indiscutiblemente es lesivo del bien jurídico tutelado con el tipo penal analizado.

6.3. Petición subsidiaria de tipificación como concierto para delinquir simple.

De una vez y sin mayores disquisiciones se dirá que no es cierto lo que afirma el defensor del condenado MARULANDA RESTREPO en cuanto a que la falladora no

dio respuesta a la petición subsidiaria de que se tipifique el concierto como simple y no como agravado, pues en la página 105 de la decisión recurrida claramente expuso:

"Indica el defensor que su prohijado solo se le endilga que estaba omitiendo su labor, que por este hecho si le llegara a endilgar un delito sería un concierto simple, que no se le probó los fines de tráfico de estupefacientes, situación que no es de recibo, ya que efectivamente uno de los fines de la organización era el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas y el Concierto Para Delinquir es un delito autónomo y en este evento se probó plenamente que la función del policial, era aquella tendiente a facilitar la venta, distribución y comercialización de las sustancias estupefacientes de las plazas de vicio existentes en los barrios San Mateo, la Magnolia y la Sebastiana del municipio Envigado."

Lo anterior, es de recibo para la Sala que el delito de concierto para delinquir que se adjudica a los condenados es para cometer punibles de estupefacientes o sustancias sicotrópicas que se encuentra en el inciso 2º del artículo 340 del C.P., razón por la cual es agravado, en este sentido es necesario ilustrar al togado, así como en su momento lo hizo la Corte Suprema de Justicia, diferenciar el punible descrito en el precepto legal citado:

1.3.2. Este breve recuento permite afianzar unas primeras reflexiones:

1.3.2.1. El delito de concierto para delinquir admite una forma básica -la consagrada en el inciso 1º del artículo 340 del Estatuto Sustantivo- y dos modalidades agravadas, una con ocasión de algunas finalidades específicas por las que se origina el concierto, o por la especial connotación jurídico penal sobre las que recae (inciso 2º) y otra por razón de la actividad directiva de las personas a cuyo cargo está la organización ilícita o de apoyo financiero (inciso 3º)¹⁸. (Negrillas fuera del texto original)

En este orden de ideas, definitivamente no es posible que estemos ante un concierto para delinquir simple.

En conclusión, puede aseverarse sin temor a equívocos, que no erró la juez *a quo* en la apreciación o valoración de los medios probatorios obrantes en la actuación, pues efectivamente emerge en cantidad y calidad, tal como fuera analizado, prueba suficiente practicada en el juicio para que se llegue al convencimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la existencia de los delitos y de la

¹⁸ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado SP3240 de 2015.

responsabilidad penal de los acusados, por lo cual se impone la confirmación en su integridad de la sentencia impugnada.

Finalmente, se compulsaran copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que se investigue la posible participación en la organización criminal del Capitán Gómez adscrito a la Estación de Policía del municipio de Envigado, para la fecha de los hechos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: 1. CONFIRMA** el fallo de naturaleza y origen relacionados en la parte motiva, en cuanto condenó a los señores **MAURICIO MARULANDA RESTREPO y CARLOS MARIO OBANDO VÉLEZ** por el delito de concierto para delinquir agravado y, al primero, además el reato de **PREVARICADO POR OMISIÓN** y el segundo, por **COHECHO POR DAR Y OFRECER. 2.** Por intermedio de la secretaria de la Sala, se compulsarán copias penales, en los términos y para los efectos señalados en la parte motiva de esta providencia. **3.** Decisión discutida y aprobada por los Magistrados que integran la Sala, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva, contra esta sentencia procede el recurso de casación, el que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Magistrado Ponente

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado