



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP3419-2021

Radicado N° 58837.

Acta 201.

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

1. VISTOS

Decide la Sala los recursos de apelación promovidos por la Fiscalía y el apoderado de víctimas, en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la cual se absolvió a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA de los delitos de prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público y concusión.

2. ANTECEDENTES

2.1 Fácticos

Fueron sintetizados por esta Sala, en auto de 10 de abril de 2019, así:

De conformidad con lo consignado en el escrito de acusación, se tiene que por ocasión de diligencia de allanamiento y registro adelantada el día 1 de agosto de 2009 en un local comercial de propiedad de Bernardo Antonio Molina Ríos, a más de incautarse armas de fuego y municiones, se recogió la suma de \$18.182.000.

En curso de las correspondientes audiencias preliminares, fue legalizada la incautación del dinero, entre otras diligencias.

El asunto, después de realizadas las audiencias preliminares, le fue repartido, el 6 de agosto de 2009, al Fiscal 13 Seccional de Buenaventura, DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, quien radicó escrito de acusación por allanamiento a cargos el 18 de agosto de 2009, culminando la actuación en la instancia con emisión de fallo de condena por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Buenaventura.

En ese interregno, comoquiera que el dinero incautado no fue puesto a disposición del juez de conocimiento, el defensor del procesado Bernardo Molina Ríos solicitó ante el Juez 2° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura, la devolución del mismo, diligencia que se tramitó el 26 de agosto de 2009 y concluyó con la decisión del despacho de abstenerse de disponer dicha entrega.

El 26 de octubre de 2009, DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA ordenó compulsar copias con destino a la Fiscalía Especializada de Buenaventura, para que se diera inicio al trámite de extinción de dominio de la suma incautada, poniendo a disposición el dinero y dejando constancia de que “por razones de fuerza mayor NO SE

LEGALIZÓ INCAUTACIÓN ni imposición de medida jurídica de suspensión de poder dispositivo...”.

El trámite en cuestión culminó con la orden de devolver la suma incautada a su propietario, Bernardo Molina.

A la par, Bernardo Molina Ríos presentó, el 4 de diciembre de 2009, denuncia penal en contra de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, sustentada en que éste, directamente –en el mes de octubre de 2009, cuando el denunciante asistió a la oficina del funcionario- y por intermedio de su asistente Ruerliz Erazo Badillo –quien acudió a la vivienda del afectado dos semanas después-, le había solicitado el pago de la mitad del dinero incautado, a efectos de entregarle la suma restante sin mayores dilaciones.

2.2 Procesales

El 28 de noviembre de 2016, en el Juzgado 3° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior de esa ciudad formuló imputación en contra de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, como posible autor de los delitos de prevaricato por omisión, concusión y falsedad ideológica en documento público.

El escrito fue radicado el 16 de diciembre de 2016. Luego de resolver una solicitud de nulidad planteada por la defensa, la subsiguiente audiencia se evacuó el 22 de febrero de 2017, en idénticos términos a los determinados en la audiencia de imputación.

El 18 de abril de 2017 se instaló la audiencia preparatoria, concluida, luego de varias solicitudes de conexidad y nulidad fallidas, el 21 de febrero de 2018, con la emisión del correspondiente decreto de pruebas.

El juicio oral se instaló el 18 de abril de 2018 y continuó en sesiones adelantadas el 6, 7 y 8 de junio, 9, 10 y 11 de octubre de 2018; 29 y 30 de mayo, 8 y 10 de julio de 2019, fecha en la que se plantearon los alegatos de conclusión de las partes e intervinientes. El sentido de fallo fue emitido el 1 de octubre de 2020, mientras que el 11 de noviembre siguiente se emitió la sentencia absolutoria anunciada, a favor de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA.

3. SENTENCIA IMPUGNADA

El juez colegiado sostuvo que el hecho que “*marca la pauta*” para la estructuración de los delitos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, es la legalización de la incautación de los elementos hallados en la diligencia de registro y allanamiento efectuada en la residencia de Bernardo Antonio Molina Ríos.

Indicó que en un sistema adversarial el juez de control de garantías debe actuar de conformidad con las solicitudes de las partes. Destacó que en los elementos allegados a juicio no se hizo alusión a la solicitud de incautación de aquellos elementos encontrados en la diligencia, como

también lo admitió Rubén Darío Salgado Farfán en el curso del contrainterrogatorio. Frente a ello, recordó cómo esta Corporación ha señalado que ese tipo de actividades deben ser sometidos a control de garantías.

Dijo que, aunque las diligencias de legalización de allanamiento y registro y de incautación de elementos pueden llevarse a cabo de manera concentrada, ello no excluye la obligación de que las peticiones deban ser claras y precisas.

Consideró que la Fiscalía no formalizó la solicitud de audiencia de incautación, pues no está relacionada en el formato correspondiente, tanto así que solo hizo la petición de manera somera en la audiencia preliminar.

Estimó que hizo falta claridad en su requerimiento, en tanto los elementos debieron ser individualizados de manera concreta y detallada, así como las particularidades de la incautación.

Aludió que en la audiencia de control de garantías se hizo mención al hallazgo de \$18.182.000, en billetes de varias denominaciones, distribuidos en todo el inmueble, y puso a disposición del despacho y las partes cierta documentación. La juez de garantías se pronunció sobre el particular e indicó que se levantó un acta, en la cual se relacionaron los elementos de prueba enunciados por el

fiscal, pero precisó que se refería a los que se *“encuentran con su respectivo análisis del informe de investigador de laboratorio”*, refiriéndose a las armas.

Recordó que el fiscal de turno, Rubén Darío Salgado Farfán, indicó que el dinero no le fue puesto a disposición material, pues la policía judicial debía llevarlo ante al Banco Agrario y depositarlo. En ese sentido, agregó, no solo no hubo acta de incautación de dinero, sino que el elemento no fue mencionado en la constancia de remisión al fiscal de conocimiento.

Estimó que lo relatado bastó para generar el convencimiento en ROJAS TRIANA, de que no se legalizó la incautación del dinero, por lo que no podía pedir la suspensión del poder dispositivo. Insistió que a ROJAS TRIANA no le fueron puestos a disposición los elementos encontrados en el allanamiento, pues, el dinero no fue mencionado en el acta de registro, como tampoco en la orden de remisión. Así, indicó que, si no era procedente la suspensión del poder dispositivo, por no haberse legalizado la incautación, la omisión no puede ser atribuida al procesado.

Denunció que a la Fiscalía le correspondía, antes de formular la acusación, resolver la situación jurídica de los bienes relacionados con la investigación. Precisó que en este caso se debía considerar, además del mecanismo de

terminación anticipada del proceso, que la incautación no fue legalizada y que su antecesor, el fiscal de URI, anticipó el origen ilícito de los mismos.

En esas condiciones, reconoció que transcurrieron casi tres meses entre el momento de la incautación y aquél de remisión a la jurisdicción de extinción de dominio. No obstante, aunque esto podría constituir una mora por parte del Fiscal, en tanto, debió definir la situación jurídica del bien, llamó la atención sobre lo establecido por cuenta de la defensa, esto es, que el funcionario tenía una carga laboral abundante y que eventos familiares afectaron su salud física y mental, con influencia en el ámbito laboral.

Sobre la base de esa apreciación, descartó la comisión del delito de prevaricato por omisión, tanto en lo relativo a la falta de definición sobre la situación del bien, como en lo referente al envío de éste a la Unidad de Extinción de Dominio.

Esto último, bajo la consideración que el marco temporal establecido en la norma depende del pronunciamiento de la judicatura, por lo que, al no existir éste, suponía que no hubiese *“premura para que el fiscal examinara si el bien no estaba dentro de alguna de las causales para extinción de dominio”*.

De manera similar, en punto de la falsedad ideológica en documento público, el cuerpo colegiado destacó que se predicaba de la constancia de fecha 26 de octubre de 2009, en la cual se expresó que no se había efectuado el procedimiento de incautación del dinero, como tampoco la suspensión del poder dispositivo. En esos términos, indicó que, como la decisión de la judicatura sobre ese particular “*quedó tan incipiente*” ello generaría una duda tal que se podría entender cierto lo anotado. Por ende, no podría catalogarse de mendaz la aseveración contenida en el documento, por lo que el comportamiento resultaría atípico.

Finalmente, para valorar lo relativo al delito de concusión, el Tribunal propuso un análisis pormenorizado de la prueba testimonial incorporada al juicio, a la luz de los hechos planteados como jurídicamente relevantes.

De la declaración de Bernardo Antonio Molina Ríos en juicio, resaltó varios acápite contradictorios: i) la manifestación de que en una reunión con ROJAS TRIANA, éste le había pedido directamente a él la mitad del dinero, pese a que en otro momento sostuvo que la solicitud la había efectuado a través del defensor y, en una oportunidad adicional, que para tal fin había enviado a la asistente a su residencia, referencia de la que posteriormente se retractó y, ii) la contradicción, al decir en juicio que su abogado nunca le dijo la cantidad de dinero que estaba pidiendo el fiscal, pese a que en la denuncia manifestó que el jurista sí

le había explicado que ROJAS TRIANA pedía la mitad de lo que había sido incautado.

Así mismo, enfatizó, fueron detectadas imprecisiones en torno a la manera en que discurrió la reunión con el Fiscal, junto con otros aspectos, como si estaba solo o acompañado y si su esposa se hallaba con la suegra cuando la asistente del servidor público acudió para hacer el reclamo de dinero. Hizo particular hincapié en el hecho que, previo al juicio, el testigo nunca indicó haberse reunido con el fiscal, en compañía de su cuñado, y que fue directamente ROJAS TRIANA quien le pidió la mitad del dinero.

Resaltó que pese a que se trata de un testigo sin grado de escolaridad, se pudo establecer que era propietario de varios negocios comerciales, de lo cual puede deducirse un aceptable nivel de desenvolvimiento social, más aún, por cuanto las preguntas formuladas por fiscalía y defensa se llevaron a cabo de manera clara y entendible, de suerte que no se comprendió la razón por la que el deponente no contestaba lo requerido o evadía las respuestas, al punto de restar cualquier entendimiento completo y claro sobre la forma como se desarrollaron los acontecimientos.

Habló también de la declaración de Guillermo León Gómez, quien en juicio dijo que el fiscal nunca le hizo la propuesta que en este trámite se investiga, y que él pidió la devolución del dinero por la presión ejercida por los

familiares de Bernardo Molina, aunque sus requerimientos no fueron atendidos de manera favorable.

En cuanto al segundo hecho, esto es, cuando Bernardo Molina acude con su esposa, Luciola Guevara, a las instalaciones de la Fiscalía, advirtió otras contradicciones, particularmente, porque esta ciudadana dijo que ingresó hasta donde estaba el Fiscal y que él leyó algunos artículos para indicarles que el dinero sería enviado a la oficina de extinción de dominio. En consecuencia, no mencionó que se le haya hecho alguna solicitud, aunque sí dijo lo relativo a que no podían hablar en ese sitio y que enviaría a su asistente a su casa. También destacó que el acusado reconoció la ocurrencia de esa reunión, en la que, de hecho, Bernardo Molina pidió la devolución de la mitad del dinero, lo que él dijo no era posible.

Del tercer hecho, destacó que hubo ambigüedades respecto de la persona con la cual se hallaba Luciola Guevara, pues, en ocasiones se mencionó a su suegra, Ludivia Gil. Anotó también otra imprecisión, pues, originalmente esa testigo no dijo que la asistente del Fiscal le hubiese hecho alguna exigencia monetaria, y así mismo, resaltó el Tribunal, pese a que supuestamente permanecieron algún tiempo juntas, en juicio no consiguió dar las características de la mujer.

El juez colegiado destacó que Ludivia de Jesús habló de llamadas hechas por Ruerlis a su hija Luciola, y cómo esta última consideró que el propósito no era otro que el de reclamarle la mitad de la plata, pese a que ninguna de estas situaciones fue mencionada por los demás deponentes. De igual manera, indicó que había duda acerca de si Ludivia de Jesús estuvo efectivamente en el inmueble para la fecha en que se supone que ocurrió la visita de Ruerlis, en tanto, esta ciudadana dijo que visitaba Buenaventura por períodos de un mes, pero así mismo explicó que estuvo presente el día en que se llevó a cabo el allanamiento y registro de la casa de Luciola, el 1 de agosto de 2009.

Esa imprecisión, agregó, respaldaría la hipótesis que Ludivia no estuvo para esas fechas en la casa de su hija, derivada del hecho que Bernardo Molina dijo a la policía judicial que su esposa, el día de la visita de la asistente, estaba sola.

Anotó que el cuarto hecho, la visita de Bernardo al Fiscal DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, en la que él le manifestó que el dinero había sido enviado a Buga, originalmente no tuvo relevancia en la teoría del caso de la Fiscalía. Sin embargo, en juicio Bernardo Molina expuso un hecho novedoso al decir que ROJAS TRIANA directamente le exigió ese dinero.

Tildó de extraña esa situación, pues, habría sido de interés para el ente de persecución conocerla, pero además inverosímil, en la medida que se supone que para el momento en que le hizo la exigencia, los recursos ya estaban en Buga, por lo que el reclamo no tendría sentido alguno. Por demás, resaltó que Wilson Guevara negó haber ido con Bernardo Antonio a la oficina de ROJAS TRIANA, pues, ese traslado lo hizo con su hermana, Luciola. Esta ciudadana, similarmente, recordó haber visitado esa oficina con su hermano, Wilson, pero no haber encontrado a ROJAS TRIANA.

De otro lado, indicó, más allá de si DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA hizo la consignación de la suma de dinero incautada, en el Banco Agrario, solo o en compañía de un miembro de la policía judicial, lo importante es que la custodia del elemento material de prueba fue deficiente.

Igualmente, señaló que existen dudas acerca de quién tuvo el dinero, en qué instalación permaneció, por qué fue incautada una suma inferior a aquella depositada, entre otros aspectos. En cualquier caso, dijo que la versión del acusado resultaba más creíble, en la medida que para llevar la suma de dinero hasta el banco, a fin de depositarlo o adelantar la audiencia preliminar en la que se solicitó su devolución, bastaba con dar órdenes a policía judicial.

Insistió en que el manejo deficiente de la evidencia resquebraja la teoría de la Fiscalía de que este procedimiento obedeció al interés premeditado que tenía el enjuiciado de no entregar el dinero, porque si el trámite ante el banco fue demorado, esta labor estaba legalmente en cabeza de policía judicial, aunado a que solamente se pudo constatar que la consignación, tal y como aparece en el documento y así fue reconocida por el signatario, se llevó a cabo por Luis Alexander Rozo Clavijo, detective del DAS.

Indicó que, aunque no es necesario que todas las versiones guarden concordancia absoluta, sí lo es que en lo medular se muestren consistentes y coherentes; estimó que en este caso las pruebas de cargo no cumplieron con esos requisitos.

Así, tras reiterar las deficiencias e inconsistencias advertidas en la práctica probatoria, el Tribunal decidió absolver a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA de los delitos de prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público y concusión.

No obstante, se destaca que el magistrado Luis Fernando Casas Miranda manifestó salvar el voto, por estimar que dentro de este asunto sí se demostró la materialidad de la conducta y la responsabilidad del acusado en su comisión, lo que llevó a apartarse de la decisión absolutoria.

4. LOS RECURSOS

4.1 Los recurrentes

4.1.1 Fiscalía

4.1.1.1 Sobre el delito de prevaricato por omisión

El Tribunal Superior de Buga absolvió a ROJAS TRIANA por este delito, al considerar que, por no haberse legalizado la incautación de la suma de dinero mencionada, no era susceptible de la realización de la audiencia de suspensión del poder dispositivo. Con esta comprensión, indicó, la primera instancia desconoció los principios de la valoración probatoria y pasó por alto el marco fáctico, jurídico y doctrinal aplicable.

De la audiencia preliminar llevada a cabo el 2 de agosto de 2009, resaltó que la juez convocó a audiencia de legalización de allanamiento y registro. Destacó cómo, en la sustentación de la petición, el Fiscal designado, en ese momento mencionó la incautación de \$18.182.000 en efectivo, en billetes de todas las denominaciones, almacenados en distintas partes del inmueble. También se indicó que se hizo el conteo del dinero en presencia de la persona aprehendida, Bernardo Antonio Molina Ríos, lo cual quedó registrado de manera videográfica.

El recurrente indicó cómo en esa oportunidad la Fiscalía pidió *“legalizar el procedimiento de allanamiento y registro efectuado, de acuerdo al informe del DAS, de acuerdo a las autorizaciones expedidas por el fiscal respectivo y con los elementos que se han relacionado y se han incautado”*. Subsecuentemente, la juez encontró que el procedimiento se llevó a cabo de conformidad con la norma, se levantó un acta con descripción del inmueble en el que se encontraron los elementos que fueron relacionados por la Fiscalía. En esas condiciones, dispuso *“legalizar el procedimiento de allanamiento que se llevó a cabo y al que hizo alusión el señor fiscal”*.

El apelante indicó que del audio de la diligencia se advierte que, contrario a lo posteriormente indicado en la constancia realizada por ROJAS TRIANA, el fiscal Rubén Darío Salgado Farfán sí pidió, sustentó y obtuvo la *“legalización de la suma de dinero incautada”*.

Destacó que se incorporó la orden de registro y allanamiento, en la que, entre otros, se relacionó el inmueble en el que fue incautado el dinero, por existir motivos fundados para concluir que en este sitio residían integrantes de una banda delincuenciales dedicada al narcotráfico; documento que no resultó cuestionado en la diligencia.

El procedimiento de allanamiento se hizo solo en los sitios que fueron autorizados, en el plazo establecido por la orden y sin violar los derechos fundamentales de terceros. En esas condiciones, los bienes incautados se limitaron a lo indicado en la orden, y sobre la base de esa diligencia, en estimación del Fiscal, contrario a lo indicado por el Tribunal, sí se levantó acta e informe ejecutivo correspondiente, documentos que fueron debidamente incorporados al juicio. Recordó, además, la declaración de Luz Dary Gutiérrez, con quien se incorporó el registro de cadena de custodia del dinero.

Replicó lo mencionado en el salvamento de voto, en el sentido de cuestionar por qué, si el material bélico hallado en el inmueble habría corrido la misma suerte del dinero, este sí fue incluido en el escrito de acusación con allanamiento a cargos, presentado el 18 de agosto de 2009.

Para el recurrente, la manifestación hecha por Salgado Farfán acerca de la legalización del procedimiento de allanamiento, junto con los elementos relacionados e incautados, satisfizo el control de legalidad posterior del trámite; por ello, el Tribunal de instancia desvió el sentido e interpretación de la norma, para someter a control de legalidad la actuación del órgano de policía judicial.

Insistió que ningún cuestionamiento se hizo respecto del procedimiento adelantado por la Policía Judicial, solo en

torno de los resultados, y que lo dicho en la constancia del 26 de octubre de 2009, sería falso, en la medida en que, para el 22 de septiembre de esa anualidad ya había conseguido que el Juez 3° con función de control de garantías de Buenaventura declarara el comiso del material bélico encontrado.

Por lo anterior, el 22 de octubre ya resultaba material y jurídicamente imposible tener a su disposición la suma de dinero incautada.

Consideró que, contrario a lo dicho por la primera instancia, la decisión de la Juez 2° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura, cumplió con los cánones previamente establecidos para ese tipo de diligencias. Añadió que los jueces de garantías deben tomar decisiones de manera inmediata y que la Ley 906 de 2004 exige que los funcionarios motiven de manera breve y adecuada las determinaciones que afecten los derechos del imputado.

El delegado fiscal manifestó que, para esa época, cuando el juez de control de garantías hablaba de la legalización del procedimiento de allanamiento, hacía alusión tanto a la orden como a lo adelantado por la policía judicial y los resultados obtenidos. Sobre este último aspecto, indicó que el fiscal de URI hizo alusión a esto, al mencionar que

hubo una persona capturada y que se incautó material bélico, así como \$18.182.000.

Explicó que, para el 2 de agosto de 2009, los fiscales y jueces de control de garantías tenían como guía las capacitaciones de la OPDAT en punto al entonces nuevo sistema penal oral acusatorio y, además, la decisión del 9 de abril de 2008, radicado 28.535, de esta Corporación, en la que se indicó lo siguiente:

El control de legalidad sobre lo actuado, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia el proceso hasta que termina, lo cual incluye la orden, como aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2008, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados.

En la providencia, además de estudiarse lo relativo al margen temporal establecido para la celebración de la audiencia de control posterior, también se abordó el significado de la expresión “poner a disposición”, en este sentido, se determinó que es una alusión jurídica, no necesariamente física.

Sobre la base de la sentencia, que incluyó casi en su totalidad en el recurso, indicó que, cuando la Juez 2 de Control de Garantías de Buenaventura legalizó el procedimiento de allanamiento, aplicó el acápite

jurisprudencial citado e impartió aprobación a todo el procedimiento adelantado, *“sin que resultara necesario que los Fiscales de URI demandaran dentro del Formato de Solicitud de Audiencias Preliminares, a la par de las audiencias de Legalización de Registro y Allanamiento, Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento, la realización de una Audiencia de Legalización de Elementos Incautados u ocupados”*.

Resaltó cómo, por el contrario, la primera instancia citó la sentencia del 17 de octubre de 2012, radicado 39.659, y de ella dedujo que sí se requería solicitar, de manera previa y formal, la audiencia de legalización de elementos incautados. No obstante, el recurrente estimó que esta es una observación del tribunal de instancia, en la medida que lo que establece esa providencia es la obligación de legalizar la incautación en los términos legales, so pena de que proceda su devolución o sometimiento al trámite de extinción de dominio. Indicó que proceder de manera contraria configuraría el delito de prevaricato por omisión, atribuido a ROJAS TRIANA, quien además pretendió apropiarse de la mitad de la suma que fue aprehendida.

De la providencia en cuestión, resaltó que establece la obligación - dentro de las treinta y seis horas siguientes a la incautación -, de acudir a juez de garantías para que ejerza revisión. Además, dentro de los seis meses siguientes y antes

de la acusación, proceder con la devolución del bien a su propietario, llevarlo a extinción de dominio o solicitar su comiso.

Así, indicó, el hecho que la solicitud de legalización de la incautación no quedara consignada en el formato de audiencia preliminar, respondió a que para esa fecha ello no era obligatorio, en la medida que dicho trámite estaba incluido o asociado con la diligencia de allanamiento.

Consideró contrario a la realidad que se dijera que la manifestación del fiscal de URI, acerca de los elementos, haya sido somera, en la medida que él mencionó cuáles fueron los elementos encontrados y así mismo pidió la legalización del procedimiento. Insistió, además, que el hallazgo se consignó en el acta de registro, así como en el informe de policía judicial. Anotó que la declaración de Salgado Farfán en juicio no podría dejar sin fundamento lo establecido y verificado a través del registro de la audiencia del 2 de agosto de 2009; advirtió al testigo dominado y atemorizado al rendir su declaración.

Reiteró, contrario a lo asegurado por el Tribunal, que sí existió acta de incautación, en la medida en que se suscribió acta de registro y allanamiento en la cual se relacionaron los elementos encontrados, lo cual fue mencionado por el fiscal en la audiencia y reconocido por la juez en su providencia.

Negó que se omitiera fijar el dinero como evidencia, pues, en el informe de policía judicial se señaló que el conteo de aquel fue registrado videográficamente y, además, se mencionó que los elementos fueron embalados, rotulados y dejados a disposición de la autoridad, a más que se relaciona en el ítem de cadenas de custodia asociadas.

Manifestó que la juez de control de garantías cumplió con su deber de motivar de manera breve su decisión y que no existía la obligación de enunciar los elementos incautados por el fiscal, de un lado, porque ninguna norma así lo exige, y de otro, porque ello atentaría contra los principios de celeridad y economía procesal consignados en la Ley 906. Por el contrario, la funcionaria indicó que legalizaba el procedimiento aludido por la Fiscalía y de haber encontrado que algún objeto debía ser excluido, así lo habría manifestado.

Dijo que la primera instancia realizó un juicio de responsabilidad frente a la conducta de la juez de garantías, que nunca fue planteado por las partes, e insistió que, si de la incautación del dinero se predicaba alguna ilegalidad, esta debería extenderse al elemento bélico, por lo que resultaba llamativo que un juez del circuito hubiese ordenado el comiso de esos elementos.

Estimó que ROJAS TRIANA, al encontrarse sin margen de negociación con las víctimas, no tuvo otra alternativa que

dar aplicación a las normas, como lo debió haber hecho desde un principio. Fue esto lo que motivó la elaboración del documento del 26 de octubre de 2009, que se reputa falso. Resaltó que allí se aludió a una fuerza mayor que nunca fue explicada; y, que el Tribunal terminó atribuyendo a la juez con función de garantías, una omisión que nunca fue imputada.

Insistió que el fiscal no tuvo reparo en la inclusión del material bélico en el escrito de acusación y que esto se debió a que sabía que esos elementos sí habían sido incautados, por lo que no se podría argumentar algo distinto respecto del dinero. Denotó que el Tribunal de instancia nada dijo acerca de las armas y municiones sobre las cuales ROJAS TRIANA obtuvo el comiso.

Destacó que los fiscales no tienen la costumbre de hacer una relación de los elementos incautados, en las notas de remisión, pues, su obligación es enviar la carpeta a la oficina de asignaciones en el menor tiempo posible. En esas condiciones, en el envío se incluyen los documentos, CD, elementos y demás, al fiscal de conocimiento, quien debe proceder al estudio de los mismos.

Indicó que ROJAS TRIANA violó el debido proceso al omitir, conscientemente, el procedimiento de suspensión del poder dispositivo de los elementos incautados, pues, pese a conocer que el Fiscal de URI no hizo esa petición en la

audiencia de formulación de imputación, no adelantó las gestiones que le correspondían desde el momento que le asignaron la carpeta y hasta la radicación del escrito de acusación. En esas condiciones, consideró que lo procedente es que se revoque la absolucióón.

Por otra parte, el recurrente también propuso un estudio acerca del delito de prevaricato, porque el acusado omitió hacer entrega de la suma de dinero que fue incautada. Sobre este particular, señaló que el Tribunal planteó dos justificantes: una, que la demora en la entrega de la suma derivó del impacto psicológico del procesado como consecuencia de la muerte de su progenitor, y dos, que el tiempo entre la audiencia preliminar y la acusación fue muy corto para decidir sobre el particular, en tanto, se sospechaba sobre la ilicitud de esos recursos.

Recordó que el artículo 85 de la Ley 906 de 2004, establece que si la medida de comiso resulta improcedente, pero se está ante una causal de extinción dominio, se tomarán las medidas pertinentes para ese efecto. Similarmente, el artículo 88 indica que en un término no superior a seis meses, pero antes de formularse la acusación, deberán devolverse los bienes incautados, sin perjuicio de que se promueva la acción de extinción de dominio.

En ese sentido, señaló que a ROJAS TRIANA le fue asignada la investigación en contra de Bernardo Antonio

Molina Ríos, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, e insistió que esa carpeta le fue entregada con la legalización del registro y allanamiento, en los parámetros ya indicados, la formulación de imputación, legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento.

Sin embargo, en esas preliminares no se pidió la suspensión del poder dispositivo, pero tampoco se adelantaron diligencias para determinar el origen de los bienes. Luego, el 26 de octubre de 2009, ROJAS TRIANA se opuso a la devolución de los recursos, sobre la base que al no haberse impuesto la medida cautelar, esa competencia recaía sobre la Fiscalía General de la Nación.

Indicó, al respecto, que si hubo dudas acerca del origen del dinero, esto no justificaba que el mismo permaneciera de manera indefinida bajo la figura jurídica de la incautación, con independencia de su legalización, pues, la normativa ordena, bien la devolución, ora la extinción del dominio, con anterioridad a la formulación de acusación.

Reprochó, en el mismo sentido, que el Tribunal considerara que el allanamiento a cargos eximía al fiscal de esta obligación, pues, todos los aspectos relacionados con el procesado y la víctima son importantes, en particular, la definición de aquellos bienes que han sido afectados en un proceso penal.

Estimó que ROJAS TRIANA aceleró la presentación del escrito de acusación, pues contaba hasta el mes de septiembre para adelantar esa diligencia y, por ende, estaba en condiciones de llevar a cabo la audiencia de suspensión del poder dispositivo, así como los trámites investigativos para determinar el origen del dinero. Insistió que no adelantó esta tarea, con el propósito de apropiarse de la mitad de esa suma de dinero.

Sobre la congestión en los despachos, indicó que es común a todos los funcionarios, pero que ello no autoriza el desconocimiento de los términos legales. Cuestionó que ROJAS TRIANA sí pudo presentar un escrito de acusación de manera detallada, con alusión al material bélico que fue incautado, pero omitió hacer mención de la suma de dinero que también fue encontrada. De manera similar opinó sobre las dos situaciones administrativas, que a su juicio no justifican el actuar omisivo de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA.

En lo relativo a la afectación emocional del acusado, expuso que el Tribunal no estaba en condiciones de valorar la declaración de Juan Carlos Girazona Sánchez, en la medida en que ésta se pidió en calidad de perito, no como testigo, dado que, a juicio del apelante, carecía de la experticia necesaria para emitir la opinión pericial sobre la

materia, atendiendo a su calidad de psicólogo clínico, no forense.

Para justificar esa posición, trajo a colación el contenido de una página de internet, redactada por Silvia Aguilar, en la que se destacan las diferencias entre una y otra figura. En este sentido, reprochó que la primera instancia no se hubiese pronunciado acerca de la calidad en que se rendiría la declaración, pues, no aclaró los temas particulares del abordaje del interrogatorio cruzado, que caracterizaría el testimonio o el dictamen pericial.

Resaltó que Juan Carlos Girazona reconoció haber sido compañero de universidad de la esposa del acusado, por lo que, a su juicio, no habría llegado a conclusiones distintas a las que finalmente planteó. Además, cuestionó que transcurriesen tantos años entre el hecho y la evaluación, particularmente, porque en el tiempo en que se produjo la situación jurídica relevante, ROJAS TRIANA no pidió permiso por calamidad doméstica o allegó incapacidades, más allá de la licencia por enfermedad considerada también por la primera instancia; y, de hecho, pidió gozar de su período de vacaciones, en fecha posterior a que estas fueran causadas.

Además, el testigo Rodrigo Santacruz Ramírez valoró como normal el desempeño de ROJAS TRIANA, en los días posteriores a la muerte de su padre. Por ende, consideró que la declaración de Gironza Sánchez no fue creíble y, por el

contrario, se hizo uso de ella para justificar la conducta del acusado.

De acuerdo con ello, argumentó que las consideraciones del Tribunal de instancia no fueron suficientes para determinar que el propósito del acusado no fue el de quedarse con la mitad del dinero hallado en la diligencia de allanamiento.

Finalmente, en lo relativo al retardo en el inicio de la acción de extinción de dominio, recordó que la primera instancia absolvió por este cargo, al considerar que el trámite no tiene una regulación acerca de una línea de tiempo y, además, considerando las circunstancias especiales que rodearon los hechos.

Procedió, entonces, a recordar que el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, ordena que de manera inmediata se disponga lo pertinente para promover la acción de extinción de dominio y, seguidamente, hizo alusión al marco fáctico aplicable a los demás cargos presentados dentro de este asunto.

Sobre la base de ambas situaciones, recalcó que la interpretación normativa debe ser sistemática y teleológica, no exegética. En ese sentido, estimó que, radicado el escrito de acusación, el fiscal ROJAS TRIANA carecía de la competencia para retener la suma incautada, por lo que

debía definir inmediatamente su situación jurídica y determinar si debía devolverla o remitirla a la oficina de extinción de dominio.

4.1.1.2. Sobre el delito de falsedad ideológica en documento público

El recurrente recordó cuál fue el fundamento de la acusación por este tipo penal, esto es, la constancia del 26 de octubre de 2009, en la cual se aseguró que no se había solicitado la legalización de la suma de dinero incautada, sin que ello fuese cierto.

Insistió en el contenido de la audiencia del 2 de agosto de 2009 y cuestionó si, acaso, el que no se hubiese emitido un pronunciamiento sobre ese particular, habría llevado a algún reparo por cuenta de las partes. Tildó de “*absurda*” la conclusión que, a su juicio, se hizo acerca de la no inclusión de la suma de dinero en un informe de investigador de laboratorio, pues, estos solo son necesarios tratándose de moneda falsa.

Indicó que, si se concluye que el 2 de agosto de 2009 se hizo el procedimiento de legalización de, entre otras cosas, la incautación del material bélico y de la moneda incautada, la manifestación contenida en la constancia del 26 de octubre tenía que ser, necesariamente, falsa. Estimó que este documento, en su brevedad, buscó justificar la conducta

delictiva de ROJAS TRIANA, pues, lo único cierto de ese elemento es que no se adelantó la audiencia de suspensión del poder dispositivo, que estaba obligado a realizar.

Por ende, pidió que se revoque la absolución y, en su lugar, se profiera condena por el punible de falsedad ideológica en documento público.

4.1.1.3. Sobre el delito de concusión

Finalmente, acerca del delito de concusión recordó que, en este caso, fue soportado en el hecho que se haya pedido, para la entrega del dinero, la mitad de aquello que fue incautado.

Estimó que la primera instancia desconoció las reglas de la valoración probatoria, pues, de haberlas aplicado habría llegado a la misma conclusión propuesta por el magistrado Luis Fernando Casas en su salvamento de voto, que pidió sea considerado como fundamento de la alzada.

Indicó que los principios técnico científicos relativos a la percepción y a la memoria, difieren de persona a persona, particularmente, en aquellas con escasa o nula ilustración académica, respecto de quienes sí cuentan con educación, *“porque el paso por una escuela, colegio o universidad logra desarrollar en la persona sus capacidades neuronales y de memoria a través de técnicas de mnemotecnia, a diferencia de*

quienes no han pasado por un centro educativo o solo han cursado bajos niveles académicos”.

Añadió que no es igual hablar sobre hechos recientes y los remotos, y destacó que en este caso transcurrieron casi diez años entre los sucesos y los testimonios; pero, a pesar de ello, en lo esencial los deponentes de cargo fueron siempre consistentes y enfáticos.

De Bernardo Antonio Molina Ríos y Luciola del Socorro Guevara Gil, indicó que fueron constantes en referir las presiones efectuadas por ROJAS TRIANA a través de dos emisarios, el abogado Guillermo León Gómez y la asistente Ruerlis Erazo Badillo, de quienes, dijo, fueron evidentes las razones por las que negaron su conducta. Añadió que, a su juicio, sería altamente improbable que cuatro personas se pusiesen de acuerdo para acusar falsamente a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA.

Dijo que las víctimas eran personas temerosas, por su humildad y sencillez, así como dedicación al comercio en una población con problemas sociales. Estimó que el defensor consiguió intimidar a Bernardo Antonio Molina Ríos, por lo que surgieron mecanismos de defensa.

Trajo a colación la jurisprudencia de esta Corporación, para indicar que las víctimas se mantuvieron inmutables en

los elementos esenciales de sus declaraciones y que las contradicciones emergen accesorias, aquí justificadas por el grado nulo de escolaridad y el paso del tiempo.

Consideró que el Tribunal erró al desestimar la declaración de Luis Alexánder Rozo Clavijo, pues no existen elementos que señalen que faltó a la verdad al decir que ROJAS TRIANA acudió a efectuar la consignación de la suma incautada, por el contrario, hay evidencia de que ese dinero estaba en su poder. Sobre esto, recordó que ese funcionario representaba a un detective que acababa de terminar su capacitación en la escuela de formación, por lo que apenas estaba aplicando lo aprendido en los cursos de policía judicial.

En el mismo sentido, solicitó revocar la decisión, para que se condene por el punible de concusión.

4.1.2. Representante de víctima

El abogado de las víctimas manifestó su acuerdo con la decisión de absolver a ROJAS TRIANA por los delitos de falsedad ideológica en documento público y prevaricato por omisión, pero pidió se condene por el delito de concusión.

Discurrió sobre los punibles respecto de los cuales no presenta reparo alguno, en similares términos a los expuestos por el Tribunal a quo.

Seguidamente, manifestó su desacuerdo con la absolución por el delito de concusión, y para ese efecto trajo a colación lo dicho por Bernardo Antonio Molina Ríos, Luciola del Socorro Guevara Gil y Ludivia de Jesús Gil Castro. Indicó que se debe valorar que se está ante personas que fueron llevadas a juicio casi una década después del acaecimiento de los hechos. Así mismo, consideró que al aplicar las reglas acerca de la apreciación testimonial, se debía encontrar que Molina Ríos no pudo retener las minucias de los hechos, por el paso del tiempo y su condición de víctima.

4.2 No recurrentes

4.2.1 DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA

En ejercicio de su derecho a la defensa material, el acusado indicó que en la diligencia del 1 de agosto de 2009, sí se encontraron unos elementos materiales probatorios, entre ellos, la suma de dinero, pero nunca se pidió la legalización de ese procedimiento, como tampoco se llevó a cabo, por parte de la Juez 2 Penal Municipal, una audiencia para adelantar esa diligencia.

Reconoció que el 10 de agosto de 2009 llegó a su poder la carpeta, en la cual se encontraba la solicitud de las audiencias preliminares, pero no se mencionaba el

allanamiento, menos la incautación del dinero. Insistió que ese trámite nunca se llevó a cabo.

Estimó que era evidente que si la legalización no se hizo dentro de las veinticuatro o treinta y seis horas siguientes al hallazgo, no se podría pedir la suspensión del poder dispositivo.

Trajo a colación el artículo 293 de la Ley 906 de 2004 e indicó que al haberse allanado a cargos el procesado, la manifestación en sí misma constituía la acusación, por lo que no era viable pedirle a él, como funcionario encargado del caso, que hubiese solicitado la audiencia de suspensión de poder dispositivo del bien.

Indicó que, pese al reproche referido al pronunciamiento omitido acerca la devolución del dinero, lo cierto es que la solicitud solo fue elevada el 26 de agosto de 2009, cuando en audiencia preliminar, la misma Juez Segunda Penal Municipal de Control de Garantías de Buenaventura, admitió no recordar haber legalizado la incautación del dinero. La petición se hizo nuevamente, una semana antes de la audiencia de verificación de allanamiento y emisión de sentencia por parte del abogado; y, en tercera ocasión, el 28 de octubre de esa anualidad, ante la secretaria de la Fiscalía 13 Seccional, es decir, dos días después de que el asunto fuese remitido a la unidad especializada de Buga, para el trámite de extinción de dominio. Estimó que la única

solicitud formal se hizo cuando su despacho ya había perdido competencia sobre ese particular.

Tildó de temerario que se dijera que fue él quien hizo la consignación del dinero en cuestión, cuando, a su juicio, está demostrado que ello fue ejecutado por Luis Alexander Rozo Clavijo.

Recordó que él se opuso, en la audiencia de solicitud de los dineros, celebrada el 26 de agosto de 2009, a que se hiciera entrega de ese elemento, lo que generó el disgusto de la familia Molina Guevara. Pidió que se estudie esa diligencia para constatar cómo, pese a que sí se allegaron documentos, nunca se dijo que quince días antes se hubiese vendido una tienda, como sí ocurrió ante la unidad especializada de Buga. Dijo que si ello se hubiese demostrado, posiblemente la judicatura habría resuelto en favor de la devolución del dinero.

Propuso un cuadro comparativo, en el que pidió se evalúen las contradicciones en los elementos allegados para la devolución del dinero y aquellos provenientes de José Alberto Figueroa Álvarez, en su calidad de comprador del local. Llamó la atención sobre el hecho que, quince días antes del allanamiento, no se hubiese mencionado el negocio jurídico.

Resaltó lo manifestado acerca de la existencia de la segunda tienda, que fue la referida para soportar la solicitud de devolución del dinero ante la oficina de extinción de dominio; así mismo, el solicitante denotó que para la época de los hechos recibía por ese negocio trescientos mil pesos, lo que evidenciaría que lo manifestado ante la fiscalía especializada fue falso.

Consideró que esta situación lleva a concluir que se trata de personas proclives a la mentira. Insistió que Ludivia, suegra de Bernardo Molina, solo tenía conocimiento de dos tiendas, lo que resulta extraño. Sobre la base de esto, concluyó que Bernardo y Luciola mintieron al solicitar la devolución del dinero hallado, al inventariar la venta de otra tienda.

Dijo que no es cierto que en el escrito de acusación no se pusiera el dinero a disposición del juez, pues éste sí está incluido en el documento; algo distinto es que la judicatura solo se haya pronunciado acerca de las armas.

Pidió que se estudie el hecho, que la Fiscalía de este asunto incurrió en una imprecisión en torno a las fechas, en la medida que se dijo que, pese a que solo el 19 de octubre de 2009 se otorgó poder al abogado Guillermo Gómez Valencia, este solicitó la devolución del dinero el 15 de octubre, esto es, tres días antes. Cuestionó, si acaso la solicitud fue presentada el 28 de ese mes, momento para el

cual las diligencias ya habían sido remitidas a la unidad especializada en extinción de dominio.

Reconoció la elaboración de la constancia del 26 de octubre de 2009, pero insistió en que, de los elementos allegados a juicio se extrae que nunca se efectuó la legalización de la incautación del dinero, y ni siquiera se solicitó. Destacó que hoy en día se pueden llevar a cabo varias audiencias concentradas, pero cada una es independiente y requiere que se anuncie la intención y se haga la argumentación correspondiente. Explicó que fue por ello que consideró que ese trámite no se adelantó, por lo cual, no podía esperar un resultado positivo acerca de la petición de la suspensión del poder dispositivo.

Reiteró que, como Bernardo Antonio Molina Ríos se allanó a cargos, desde ese mismo instante se inició la fase de juicio, por lo que de manera inmediata se debía hacer la petición de suspensión del poder dispositivo. En esas condiciones, estimó que no se le podía atribuir la omisión sobre ese particular, en la medida que, iteró, la obligación reposaba en el Fiscal de URI.

Añadió que el recurrente no allegó los audios o la transcripción de las audiencias, para así determinar si la fiscalía efectivamente sustentó o trajo a colación la legalización de la incautación *“soportando probatoriamente o en inferencia razonada y si el juez o la juez motivó*

debidamente la decisión”. Indicó que, aunque las diligencias sí pueden ser concentradas, las peticiones y las decisiones deben ser claras y precisas, además de debidamente motivadas.

De otro lado, indicó que el 4 de diciembre de 2009 se presentó denuncia en su contra, supuestamente por haber pedido dinero para devolver parte del dinero incautado, pero pidió que se considere cómo esa versión varió el 24 de febrero de 2011 y después se presentaron más contradicciones, al hablar de la reunión que sostuvieron con él en su oficina y luego la ocurrida entre su asistente y la pareja de esposos. También destacó que Ludivia de Jesús Gil Castro habló de unas llamadas entre Luciola -su hija- y la secretaria, pero esas conversaciones no fueron mencionadas por los demás testigos.

Cuestionó, como en su momento lo hizo el Tribunal, que Ludivia hubiese estado en la residencia de Bernardo, si ya había dicho que permaneció durante un mes desde el 1 de agosto de 2009. Igualmente, hizo énfasis sobre el hecho que Ludivia, en juicio, no consiguió recordar las características físicas de esa persona.

Consideró que si hubiese ocurrido una visita en la fecha aludida, no se acreditó que la persona señalada haya sido Ruerlis Erazo Badillo.

Reprochó que el recurrente no considerara, en lo relativo a la siguiente aproximación para solicitar la devolución del dinero, cuando se les dijo que la carpeta ya estaba en Buga, cuánto tiempo pudo haber transcurrido en el proceso de remisión, teniendo en cuenta la permanencia del dinero en la oficina de asignaciones.

También cuestionó que, en juicio, 10 años después, Molina Ríos haya recordado que visitó la Fiscalía seccional el 19 de noviembre de 2009, cuando se le ha tildado de olvidadizo y desmemoriado. En cualquier caso, mencionó que Bernardo Molina dijo que ese traslado lo hizo con su cuñado Wilson, pese a que Wilson manifestó en juicio que se desplazó con su hermana Luciola. Además, contrario a lo dicho por Bernardo Molina, Wilson negó que ese día se haya hecho algún reclamo de dinero.

De otro lado, respecto del delito de prevaricato por omisión, tras hacer mención del fundamento de la imputación y la absolución, dijo que para el momento en que las diligencias asociadas con la incautación del dinero le fueron asignadas, la falencia relativa a la legalización ya era insubsanable, por haberse superado el término. Insistió en que, al haberse allanado a cargos el imputado, debía entenderse que la acusación se hizo desde el mismo 2 de agosto de 2009, por lo que la obligación radicaba en Rubén Darío Salgado Farfán.

Acerca de la devolución del dinero, recordó que hubo tres solicitudes: una, el 24 de agosto de 2009, presentada por el abogado Erníquez Cabrera, otra, radicada por Guillermo León Gómez, y, la última, el 28 de octubre de 2009. Sin embargo, destacó que las dos primeras fueron elevadas ante la judicatura y la tercera se presentó cuando él ya había perdido competencia para pronunciarse sobre el particular.

Finalmente, en torno a la compulsión de copias, pidió se considere que su padre falleció el 19 de julio de 2009 y que el 21 del mismo mes su asistente salió a vacaciones. Relacionó cuál fue el procedimiento que resultó en el hallazgo del dinero e insistió que el trámite no se legalizó y tampoco se pidió la suspensión del poder dispositivo.

Añadió que el 24 de agosto fue citado para audiencia, el día 26 del mismo mes, ante el Juez 2 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, para diligencia derivada de la solicitud efectuada por el abogado defensor, dirigida a la devolución del dinero. El 26 de agosto, acota, fue abordado en el Centro de Servicios Judiciales por tres funcionarios del DAS, quienes le entregaron el formulario de consignación de depósito judicial firmado por Luis Alexander Rozo Clavijo. Dijo recordar que les recriminó la tardanza y que ellos no explicaron por qué la suma era superior a la encontrada.

Recordó que Luciola Guevara negó haber otorgado poder para gestionar la solicitud del dinero, y dijo que esta

es otra de sus mentiras dentro del proceso. En cualquier caso, explicó qué fue lo que se dijo en el curso de esa diligencia, en la cual, le llamó la atención que solo se pidiera la mitad de la suma incautada, supuestamente, porque Luciola era la compañera de Bernardo y solo tenía derecho a la mitad de la suma.

De lo ocurrido en la audiencia, también hizo un “*cuadro comparativo*” entre los hallazgos de la diligencia de allanamiento y la documentación presentada para sustentar la petición. Sobre esa base, afirmó que no existía evidencia de la existencia de la venta de una tienda, en julio de 2009.

Reseñó que el 22 de septiembre de 2009, el Juzgado 3 Penal del Circuito de Buenaventura condenó a Bernardo Antonio Molina Ríos y declaró el comiso del material bélico. Luego, el 19 de octubre, recibió el poder conferido a Guillermo Gómez Valencia para que reclamara la suma en cuestión y, finalmente, el 26 de ese mes remitió el elemento a la fiscalía especializada, con la constancia a la que ya se ha hecho mención.

Reiteró, así mismo, las condiciones personales y laborales a las cuales ya se ha hecho alusión y dijo que ellas mermaron su capacidad de trabajo, así como su pensamiento, raciocinio y concentración. Recordó que al juicio fue, justamente, llamado un psicólogo para que determinara su situación en esa época; sugirió que el

conocimiento científico no es necesario, pues, se puede partir de las reglas de la experiencia.

Manifestó su desacuerdo con lo dicho por la Fiscalía en torno de la inviabilidad de valorar la declaración del psicólogo Gironza Sánchez, pues, experiencia y conocimientos científicos podían ser demostrados a través de cualquier medio. Sobre la base de ello, insistió que la afectación fue acreditada.

Indicó que lo ocurrido en la audiencia preliminar, sumado a que el fiscal Salgado Farfán lo hubiese abordado para advertirle que había sentido presión para devolver el dinero, porque desde el registro y allanamiento se sospechaba que los inmuebles eran usados por miembros de bandas delincuenciales, así como la animadversión que generó su oposición a la devolución de la suma, lo llevaron a considerar que la mejor decisión era enviar a extinción de dominio los recursos que fueron hallados. Dijo que no hubo demora en la gestión, en la medida que -como manifestó reiteradamente- el allanamiento llevó a que se iniciara de manera inmediata la fase de juicio y, en ese sentido, perdió competencia inclusive para la devolución.

Sobre la falsedad ideológica en documento público, reiteró los argumentos relativos a que no se hizo la legalización del procedimiento de incautación del dinero, por lo que la constancia del 26 de octubre sería una

consecuencia lógica de las situaciones que ya han sido descritas.

En relación con lo consignado acerca de una fuerza mayor, indicó que constituyó un error por su parte, pues lo que quería dar a entender es que el error no le era atribuible a él, sino al fiscal Salgado Farfán.

Finalmente, en punto del delito de concusión, recordó que se le atribuyeron tres eventos en concreto: el primero, después de la audiencia de allanamiento e individualización de pena del 22 de septiembre de 2009, cuando a través de Bernardo Antonio Molina Ríos, se hizo el reclamo de dinero; el segundo, en la oficina de la Fiscalía 13 Seccional, quince días después, más o menos, de la diligencia del 22 de septiembre; y el tercero, cuando la asistente de su despacho visitó la casa de los Molina Guevara.

Sobre este particular, insistió en los argumentos antes referidos acerca de las contradicciones del testigo y añadió que el abogado Guillermo Gómez negó haber recibido alguna petición concusionaria por su parte. Por el contrario, estimó que el testigo dio a entender que se vio acosado por Molina Ríos y Guevara Gil para obtener la devolución del dinero, razón por la cual optó por devolver el asunto.

Consideró que, si la Fiscalía renunció a la declaración de este ciudadano, es aspecto indicativo del sesgo en la

acusación, pues, el Fiscal estaba llamado a corroborar lo acaecido.

Sobre el segundo evento, dijo que la reunión sí se dio, pero que Bernardo Antonio Molina Ríos habló con él y con absoluta coherencia le pidió la devolución del dinero, pero le respondió que ello no era posible.

Del tercer evento, reiteró las observaciones ya realizadas acerca de la presencia, o no, de Ludivia Gil en el inmueble, para el día de la visita de la secretaria de la Fiscalía.

Reiteró que, a su juicio, se ha evidenciado la tendencia de los testigos de cargo a mentir y dijo que Bernardo Molina y Luciola Guevara, pese a su escasa formación académica, son prósperos comerciantes y deben tener gran capacidad de memoria, así como para hablar y dominar el público.

Estimó que cuando fueron abordados por la fiscalía respondieron con facilidad, pero fue distinto en las preguntas de la defensa. Estimó que la denuncia en su contra obedece a evidente retaliación por su oposición a la devolución del dinero, pues, esa denuncia se presentó el 4 de diciembre de 2009, meses después y justamente en el contexto de la solicitud de entrega.

4.2.2 Defensa técnica

Por su parte, la defensa técnica de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA pidió que se declare desierto el recurso de apelación propuesto por la representación de víctimas; no sólo por lacónico sino porque lo dicho no cumple con la carga argumentativa necesaria para sustentar el recurso de apelación. Citó el radicado 30360 del 2 de agosto de 2017, de esta Corporación, referido al tema.

De otro lado, en punto del recurso de apelación presentado por la fiscalía, en relación con los delitos de prevaricato por omisión y falsedad ideológica en documento público, indicó que el ejercicio del ente de persecución fue tautológico y pretendió dar un alcance a la prueba documental, que esta no tenía.

Estimó que el acusado actuó de conformidad con las circunstancias fáctico-procesales que se le ofrecían en el momento, y que lo hizo así porque entendió que los dineros material y jurídicamente no se habían afectado conforme lo dispone la ley. En ese sentido, indicó, para que opere el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal, se debe haber agotado lo preceptuado en el artículo 84 ejusdem. Además, antes que cuestionar la actuación de ROJAS TRIANA, se debió haber determinado si en las audiencias preliminares se

satisfizo lo reglado en el canon 84 del código procesal, respecto de la incautación con fines de comiso.

Indicó que le correspondía al fiscal Salgado Farfán determinar si respecto del dinero procedía o no el comiso y que, en esas condiciones, no ordenó la entrega de aquello que fue incautado; por el contrario, consideró que había conseguido que se declarara legal el procedimiento. Por ende, debió pedir la suspensión del poder dispositivo.

Haciendo eco de argumentos que ya han sido presentados, indicó que no se solicitó ni decretó la legalización de la incautación. Resaltó que, sobre ese tema, el fiscal Salgado Farfán reconoció que cuando en una diligencia concurre el registro y la incautación, es necesario que haya un pronunciamiento por parte del juez acerca de ambos. Estimó que para llegar a una conclusión distinta, la fiscalía tuvo que acudir a la apreciación subjetiva.

Acerca de lo dicho por el recurrente – fiscalía –, referente a que, para la época de los hechos al hablar de legalizar el allanamiento se incluía también la legalización de los resultados, indicó que es posible que una diligencia de ese tipo se agote sin obtener evidencia. Estimó que la tesis propuesta por el delegado fiscal conduciría a aceptar que las capturas producidas con ocasión de una diligencia de allanamiento, sin necesidad de pronunciamiento específico

en ese sentido, terminarían legalizadas por ser resultado del allanamiento.

Consideró que en este caso se pretende imponer un pronunciamiento de esta Corporación por encima de la norma, lo que a su juicio contraría el artículo 230 de la Constitución Política. Indicó que, pese a la transcripción de la providencia emitida en el radicado 28535, no se demostró que hubiese una línea jurisprudencial cierta y reiterada.

En últimas, consideró que la interpretación judicial sobre el acápite jurisprudencial no basta para encausar penalmente a ROJAS TRIANA. Sin embargo, explicó que si lo que hizo su prohijado fue desacatar la jurisprudencia, cuyo criterio varió, bien podría aplicarse en este caso el principio de favorabilidad, en los términos de la causal 7ª del artículo 182 del Código de Procedimiento Penal.

Acerca de la falsedad ideológica en documento público, indicó que ésta se deriva de concluir que sí se hizo la audiencia de legalización, lo que en este caso no ocurrió.

De otro lado, respecto del prevaricato por omisión, consideró que la atribución de responsabilidad se basa en la no realización de actividades cuya posibilidad escapaba al acusado. Indicó, en lo relativo a la suspensión del poder dispositivo del bien, que corresponde al juez determinar su precedencia y solo entonces el Fiscal debe estudiar la

viabilidad de la extinción de dominio. A su juicio, la expresión *de forma inmediata* no es aplicable, pues, esa rapidez se predica cuando ocurre en el contexto de una audiencia.

De otro lado, sugirió que la devolución de los bienes es procedente en el evento que no sea factible el comiso, por ello, dijo que el recurrente incurrió en una contradicción, pues, si se asume que la audiencia de legalización de la incautación sí se llevó a cabo, esa figura no sería aplicable. Igualmente, expresó que si la obligación omitida fue la de enviar a extinción de dominio, la norma no establece un plazo para ese efecto y el delito atribuido, por ser en blanco, demanda la existencia de una disposición normativa que determine el deber.

Mencionó que el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal señala un término de treinta días para la presentación del escrito de acusación y que el acusado lo hizo diecisiete días después. Sin embargo, destacó que, de conformidad con el artículo 293, ante el allanamiento a cargos, lo actuado bastaba como acusación, por lo que, de un lado, no hubo indagación y, del otro, el acto procesal se perfeccionó desde esa misma fecha.

Luego retomó lo dicho por el acusado, en punto a que, como la primera solicitud se hizo a un juez de garantías, la segunda a uno de conocimiento y la tercera se efectuó cuando ya no se podía ordenar la devolución, porque no tenía

a su disposición el dinero, ROJAS TRIANA no pudo responder directamente alguna solicitud sobre ese particular.

Por último, acerca de la concusión, destacó que la argumentación sobre este particular fue notoriamente más breve que la aplicada a los otros dos delitos.

De otro lado, reprochó que se le diese un tratamiento “*casi misericordioso*” a las presuntas víctimas, pues, por esa vía se les reconoció como fuentes verídicas de conocimiento. Indicó que no era necesario que ellos tuviesen formación académica para ser capaces de recordar, especialmente, porque en su calidad de comerciantes debían ejercitar constantemente su memoria.

Insistió en que su condición económica y escolar no podía resultar en consideraciones especiales, pues, de las narraciones, no se esperaban versiones de complejidad particular, sino que detallaran sus vivencias. Recordó que fueron desmentidos, no solo en el ejercicio comparativo hecho por el Tribunal en la sentencia recurrida, sino por Guillermo León Gómez Valencia, quien, en juicio, negó haber participado en estos hechos.

Cuestionó que el recurrente tildara de evidente la negación que hicieran Gómez Valencia y Erazo Badillo de los hechos jurídicamente relevantes, como también reprochó que se intentara minimizar la trascendencia de las

imprecisiones, como ocurrió al contrastar que originalmente se haya dicho que la exigencia de dinero se hizo a través de Gómez Valencia, para después señalar que fue por cuenta directa de ROJAS TRIANA.

4.2.3 Fiscalía

El delegado del ente de persecución intervino como no recurrente, ante las manifestaciones de la representación de víctimas. Dijo que no es cierto que haya habido una interpretación ambivalente de los artículos 154 y 237 del Código de Procedimiento Penal, pues, desde la sentencia del 9 de abril de 2008, rad. 28.535, el ejercicio ha sido pacífico y uniforme, en el sentido de indicar que no hay dos audiencias preliminares en la legalización de los elementos incautados en la diligencia de allanamiento y registro. Indicó que el apoderado confundió la incautación de elementos en el contexto del registro y allanamiento y la que se hace en otro tipo de procedimientos.

Dijo que no suspender el poder dispositivo de los bienes es distinto a que no se legalizara su incautación. En ese sentido, a ROJAS TRIANA le correspondía, antes de la radicación del escrito, llevar a cabo esa diligencia, especialmente, porque los Fiscales de URI solo deben adelantar los actos urgentes. Por ende, insistió que ROJAS TRIANA faltó a la verdad al decir que no se había legalizado la incautación, alegando una fuerza mayor, con el propósito

de ocultar su intención de apoderarse de la mitad de la suma de dinero hallada.

Agregó que sí existe un término para llevar a cabo la actuación que se extraña, pues, si verdaderamente no se había legalizado la incautación, lo que correspondía era la devolución inmediata de los recursos.

5. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 3°, de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de los recursos de apelación contra los autos y sentencias que profieran los tribunales superiores.

En consecuencia, se abordará el estudio del recurso vertical que propusieron la Fiscalía y el representante de la víctima, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, el 1 de octubre de 2020, mediante la cual se absolvió a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA de los cargos a él atribuidos como autor de los delitos de prevaricato por omisión, falsedad en documento público y concusión.

En atención al principio de limitación, la determinación se ceñirá a aquellos aspectos que hayan sido expresados por

los recurrentes y los que se encuentren inescindiblemente vinculados a su objeto.

5.2 Estructura de la decisión

Le corresponde a la Sala determinar si fue acertada la decisión del Tribunal Superior de Buga, de absolver a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, de los cargos que le fueron atribuidos por la Fiscalía General de la Nación.

Del estudio efectuado a la decisión de instancia, los recursos y el traslado de no recurrentes, resulta evidente que la discusión jurídica dentro de este asunto fue planteada en torno a dos ejes: de un lado, se encuentra el debate propio de la acreditación de la falsedad ideológica en documento público y el prevaricato por omisión, mientras que, del otro, se halla lo relacionado con el tipo penal de concusión.

Se deberá estudiar, entonces, si la constancia por ROJAS TRIANA elaborada el 26 de octubre de 2009, es ideológicamente falsa o si, por el contrario, responde al entendimiento que este funcionario tuvo de lo acaecido el 2 de agosto de la misma anualidad.

En cuanto al delito de concusión, corresponde a la Sala determinar si las pruebas practicadas bastan para acreditar que DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA hizo, directamente o a través de terceros, reclamaciones dinerarias a Bernardo

Antonio Molina Ríos y Luciola del Socorro Guevara Gil, a cambio de entregar la mitad del dinero que a ellos les fue incautado.

Para este efecto, se hará un estudio de la prueba testimonial en el contexto de la Ley 906 de 2004 y, así mismo, se explicarán las bases de la corroboración periférica en asuntos como el aquí estudiado.

Por otro lado, en cuanto al punible de prevaricato por omisión, es preciso recordar que la decisión de instancia partió de la premisa referida a que dentro de la investigación que se adelantó en contra de Bernardo Antonio Molina Ríos, no se solicitó, sustentó ni legalizó el procedimiento de incautación del dinero encontrado el día en que se adelantó allanamiento y registro a su lugar de residencia. Sobre la base de esta consideración se debe examinar si, efectivamente, en cabeza de ROJAS TRIANA recaía una obligación legal que fue omitida o retrasada, o si, por el contrario, actuó con plena observancia de la normatividad vigente.

En ese sentido, se debe determinar cuál era la naturaleza de la diligencia de legalización de la incautación de elementos para el año 2009, y si la tesis asumida por el Tribunal sobre ese particular fue acertada. Posteriormente, se deberá estudiar qué alternativas se ofrecían frente al tratamiento de la suma de \$18.182.000, hallada en la

vivienda de Bernardo Molina y Luciola Guevara, y si, en ese sentido, se puede entender que DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA omitió o retrasó alguno de los procedimientos a los cuales estaba obligado en su rol de fiscal seccional.

5.3. De la falsedad ideológica en documento público

El artículo 286 de la Ley 599 de 2000 consagra el delito de falsedad ideológica en documento público, en los siguientes términos: *“El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses”*.

Dicho punible, ha precisado la Corte¹, tiene lugar cuando se consignan declaraciones ajenas a la verdad, caso en el cual el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos, pese a no haber ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.

¹ Cfr. CSJ SP, 29 jul. 2008. Rad. 29383.

Es necesario que tal instrumento pueda servir de prueba, condición sin la cual la conducta no supera el juicio de tipicidad objetiva.

La exigencia se sustenta en la necesidad social de asumir con confianza los documentos, dentro del tráfico jurídico común.

La falsedad ideológica se configura cuando el servidor público consigna en el documento público hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su *deber de verdad*, con efectos jurídicos, obligación propia de los servidores públicos, dada su facultad certificadora de la verdad, además de la presunción de autenticidad y veracidad de los documentos que expiden o en los cuales intervienen.²

En este asunto, se tiene por demostrado que el Fiscal 13 Seccional ROJAS TRIANA elaboró un documento denominado “*constancia*”, de fecha 26 de octubre de 2009. En él, el servidor público consignó:

*Como quiera que en el proceso de la incautación de armas y dinero por el valor de dieciocho millones trescientos diecinueve mil (\$18.319.000); **Por razón de fuerza mayor no se legalizó la incautación** ni imposición de medida jurídica de suspensión del poder dispositivo, se dispone compulsar copias con destino a la Unidad de Especializados DE Guadalajara de Buga para que se adelante proceso de EXTINCIÓN <sic> DEL DERECHO DE DOMINIO del citado dinero incautado y consignado número de*

² Se resalta providencia CSJ SP154 de 2020.

depósito 88203167 del Banco Agrario de esta Municipalidad, según desprendible de fecha 26 de agosto de 2009, incautado en diligencia de registro y allanamiento efectuado por Policía Judicial para el día 1º de agosto del presente año en donde se tenía información que se almacenaban armas de corto y largo alcance así como munición de diferentes calibres.

Lo anterior, como quiera que no se legalizó la incautación, se hace imposible jurídicamente practicar el comiso del citado dinero al interior de la investigación penal, debiendo adoptarse la medida supletoria y autónoma de la extinción del derecho de DOMINIO en la que se condenó bajo sentencia 55 del juzgado tercero penal del circuito 2009-00062-00 al señor BERNARDO ANTONIO MOLINA RÍOS (...). Negrillas propias.

Contrario al entendimiento profesado por el Tribunal, la Sala arriba a conclusión diversa acerca de lo que ocurrió en agosto de 2009, en las diligencias preliminares derivadas del procedimiento de allanamiento y registro efectuado en la residencia de Bernardo Antonio Molina Ríos, como se expondrá a continuación:

Dentro del radicado 7610960000163200901805, el 15 de julio de 2009, la policía judicial solicitó a la Fiscalía 2 Especializada de Buenaventura, que se impartiera orden de registro y allanamiento respecto de cuatro inmuebles ubicados en esta ciudad. Se manifestó haber obtenido información de fuente humana, relacionada con que en esos predios residían integrantes de bandas criminales dedicadas al servicio del narcotráfico y, en ese sentido, que allí se almacenaban armas de fuego de corto y largo alcance.

La orden fue impartida por el entonces fiscal Gustavo Adolfo Guevara Álvarez y la diligencia se materializó el 1 de agosto de 2009. De manera específica, se hizo allanamiento al inmueble ubicado en el barrio El Jardín, Poste 415304, primer piso, en el cual residía Bernardo Antonio Molina Ríos. Allí fueron encontrados los siguientes elementos:

ARMA No. 1: *Escopeta, calibre 22 largo (...) presenta sus mecanismos en mal estado de funcionamiento, puesto que el conjunto de percusión o aguja percutora se encuentra separado del resto del arma.*

ARMA No. 2: *marca WALTER, número serial de identificación 002163, tipo pistola (...) descompuesta en su recámara y accionando sus mecanismos constatando su normal y buen funcionamiento para realizar disparos según los fines de su fabricación.*

ARMA No. 3. *No presenta marca (hechiza) (...) tipo pistola (...) en regular estado de conservación (...) constatando su normal y buen funcionamiento para realizar disparos de su fabricación.*

Además de tres cartuchos calibre 7,65, veintitrés cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 38 special, 2 cartuchos calibre 9 milímetros y veinticinco cartuchos calibre 12 milímetros. Finalmente, se hallaron \$18.182.000 en efectivo, en billetes de todas las denominaciones, distribuidos en pequeñas cantidades a lo largo de todo el inmueble.

Sobre la base del hallazgo de los elementos balísticos, la policía judicial ejecutó la captura de Bernardo Antonio

Molina Ríos, quien fue puesto a disposición de la fiscalía de la URI de Buenaventura, para la judicialización correspondiente.

Mediante formato de la Fiscalía General de la Nación, a las 14:08 horas del 2 de agosto de 2009, el fiscal Rubén Darío Salgado Farfán solicitó la celebración de audiencias preliminares de legalización de allanamiento y registro, legalización de captura, formulación de imposición y solicitud de medida de aseguramiento, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas - artículo 366 del Código Penal -. El asunto le correspondió por reparto a la Juez 2 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buenaventura, quien inició las diligencias a las 03:09 p.m. del día en cuestión.

El fiscal Salgado Farfán, en el curso de su intervención en esa audiencia preliminar, sostuvo lo siguiente:

Se encontraron dieciocho millones ciento ochenta mil pesos en efectivo en billetes de todas las denominaciones, encontrados en pequeñas cantidades distribuidos por todo el inmueble, exceptuando el local³” “una vez ratificado el conteo del dinero en presencia del capturado, el cual quedó registrado videográfico, el señor Molina Ríos quedó en custodia de la sala transitoria de la URI Buenaventura (...)”⁴.

“Con estos elementos que he puesto a disposición de las partes, una vez hecho ya el recuento de lo que sucedió, con la solicitud

³ Record 08:46, audiencia del 2 de agosto de 2009.

⁴ Record 09:23, audiencia del 2 de agosto de 2009.

de orden de allanamiento por parte de los funcionarios del DAS, expedida por el fiscal especializado, cumplidos con los protocolos y estamos dentro de la normatividad que nos indica el 237, como quiera que la diligencia terminó ayer a las 18 horas, le solicito a la señora juez, se sirva legalizar el procedimiento de allanamiento y registro efectuado de acuerdo al informe del DAS, de acuerdo a la autorización expedida por el fiscal respectivo y con los elementos que se han relacionado y se han incautado⁵. (Subraya propia).

En el curso de su interrogatorio en juicio, al servidor Salgado Farfán le fue exhibido el audio de la diligencia y al ser abordado sobre ese particular, indicó:

Pregunta⁶: *Cuando usted en ese audio dice que se legalice el procedimiento y la incautación de los elementos que fueron incautados, ¿Qué estaba pidiendo exactamente a la señora juez de control de garantías?*

Respuesta: *Estaba pidiendo la legalización de la, -se alcanza a escuchar en el audio-, lo que se hacía en su momento, la legalización de la incautación y el allanamiento como tal, que se realizaba para la época de los hechos. Es decir, recuerdo que se legalizaba el allanamiento, alcancé a escuchar en alguna parte, que se legalizó algunas armas y el dinero incautado.*

Pregunta: *Señor Fiscal, ¿Usted por qué no solicitó medidas cautelares respecto de esos elementos incautados sino únicamente legalizar la incautación de dinero?*

Respuesta: *Del dinero incautado no pedí medidas cautelares más porque el allanamiento, o lo que se encontró fue armas de fuego, recuerdo, no eran estupefacientes. Entonces en aquel momento (...) no tenía ningún elemento para pensar que eso era ilegal. Era una suma bajita de dinero, dieciocho millones, algo así, no era una suma astronómica, para uno decir que era como*

⁵ Record 14:20, audiencia del 2 de agosto de 2009

⁶ 01:07:20, Audio 2. Audiencia del 6 de junio de 2018.

ilícito. Entonces no tenía ningún elemento para yo hacer esa inferencia razonable hasta el momento, de que, primero, que la suma era ilegal (...) se encontró un arma de fuego en una tienda, se encontraron varias, no era estupefacientes, y segundo, la cantidad de dinero no era exorbitante como para uno inferir que en una tienda veinte millones pesos fuera una cantidad muy grande como para pensar tener elementos para pedir el comiso, por eso no lo hice. Pero legalicé fue la incautación sí, del allanamiento y de los elementos incautados: dinero y armas." (subrayas propias).

El delegado fue insistente al indicar que, para esa época, era habitual solicitar la incautación de elementos dentro de la petición de legalización de registro y allanamiento. De hecho, explicó que hoy en día esa tarea es mucho más complicada, pero que en aquel entonces era simple. En ese sentido, agregó, él entendió que el pronunciamiento de la judicatura en punto de la legalidad de la diligencia de allanamiento había comprendido también la de la incautación de elementos, en la medida en que se hizo alusión a todos aquéllos que fueron encontrados.

Frente a esto, la siguiente fue la manifestación de la juez de garantías:

Se desprende del informe detallado, que se dio cumplimiento a la requisitoria en el sentido que se levantó un acta y en ella se da descripción perfecta del inmueble allanado, mismo que corresponde a la orden entregada. Dentro de él se encontraron los elementos materiales de prueba aludidos por el señor fiscal, estos que se encuentran con su respectivo análisis del informe de investigador de laboratorio.

Teniendo en cuenta esas circunstancias, y dado que la diligencia concluyó el día 01 de agosto, y que nos encontramos hoy 2 de agosto haciendo esta audiencia, se logra determinar, teniendo en cuenta que la misma se concluyó a las 18:00 horas, que al momento en que estamos llevando a cabo este acto, no se han cumplido las 24 horas de que trata el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal para la audiencia de control de legalidad posterior al acto, de donde se desprende que tampoco por este factor ha existido vulneración de derecho alguno.

Existe asimismo el acta de registro y allanamiento, misma que se advierte suscrita por el señor, bueno hay una firma de un señor Jorge Luis Echeverry y la huella... ¿el señor Bernardo Antonio, no sabe leer, ni firmar, ni escribir? ¿es esa la razón por la que aparece aquí su huella digital? Correcto. De toda esta documentación se logra inferir, se itera, que los derechos y garantías para este tipo de diligencias no han sido vulneradas, de tal manera que tal como lo depreca el señor fiscal ha de concluirse la necesidad de legalizar el procedimiento de allanamiento que se llevó a cabo y a que hizo alusión el señor fiscal. Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma proceden los recursos de ley (...)⁷.

En esa diligencia participaron tanto el delegado de la Fiscalía como quien en ese entonces ejercía la defensa técnica de Molina Ríos, el abogado Enrique Euclides Enriquez Cabrera, quienes manifestaron estar de acuerdo con la decisión adoptada por la juez de garantías.

Ahora, las diligencias fueron remitidas por Salgado Farfán a la fiscalía seccional, mediante formato elaborado a las 20:47 horas del 2 de agosto de 2009. De conformidad con el oficio SSFSC-DS-27-21-043.01⁸, el expediente fue

⁷ Record 22:50, audiencia del 2 de agosto de 2009.

⁸ Folio 80, cuaderno de pruebas de Fiscalía.

asignado a la Fiscalía 13 Seccional de Buenaventura a las 08:30:39 del 6 de agosto de 2009 y fueron recibidas por «Laura». En el curso de su declaración en juicio, el procesado, DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, explicó que Laura era la funcionaria asignada por la Alcaldía de Buenaventura para colaborar al Despacho Fiscal en esa época.

Ahora, en sus consideraciones nada dijo el Tribunal acerca de la posición jurisprudencial vigente para esa época, contenida en la sentencia CSJ 28535 del 9 de abril de 2009. En la ocasión referenciada, la Corte estudió la demanda de casación presentada en contra de una sentencia condenatoria y, en particular, frente al argumento del defensor del procesado, de conformidad con el cual la Fiscalía incumplió con su deber de legalizar la evidencia que fue incautada en el contexto de una diligencia de allanamiento y registro, la Sala explicó:

El control de legalidad sobre lo actuado, a que se refiere el artículo 237, debe entenderse comprensivo de todo el procedimiento adelantado, es decir, de la actuación cumplida desde que se inicia el proceso hasta que termina, lo cual incluye la orden, como lo aclaró de manera expresa el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007, el allanamiento (penetración y aseguramiento del lugar), el registro, y desde luego, la recolección de los elementos materiales y evidencia física hallados.

Siendo ello así, resulta absolutamente impensable admitir, aún en términos hipotéticos, que el querer de los redactores del proyecto o del legislador hubiese sido el de separar del control integral del procedimiento de allanamiento y registro, la actuación correspondiente a la recolección de los elementos, para disponer en relación con esta específica actuación un control

independiente, ante un juez de la misma categoría, y con una diferencia de sólo 12 horas.

Esto no alberga ningún sentido, por no resultar plausible en términos razonables. Pero además, porque atenta contra los principios de celeridad, economía procesal y concentración probatoria, que informan el sistema acusatorio, y que permiten que el procedimiento se desenvuelva de manera ágil, sin dilaciones injustificadas, ni trámites innecesarios que puedan interferir en el propósito institucional de que la administración de justicia sea pronta y cumplida. (Negrillas propias).

A partir de tal precedente, lo que se destaca es que, para agosto de 2009 existía un pronunciamiento del tribunal de cierre de la jurisdicción ordinaria, acerca de la naturaleza *unitaria* de la legalización del procedimiento de allanamiento y registro y la incautación de elementos, como resultado de ese procedimiento.

Se debe partir del hecho que, como lo dijo el Fiscal Salgado Farfán en juicio, él asumió que el pronunciamiento de la judicatura abarcaba también la incautación de los elementos, razón por la cual no recurrió ni en manera alguna manifestó su oposición a la decisión que adoptó la juez de control de garantías en esa fecha.

Igualmente, hay que hacer notar que en la diligencia de legalización de allanamiento participó el defensor de confianza de Bernardo Antonio Molina Ríos, mismo que en audiencia del 26 de agosto de 2009, solicitaría en representación de este ciudadano y de su esposa, la

devolución de los dineros que, él reconoce, fueron incautados en la diligencia practicada en el lugar de residencia de su prohijado. En estas condiciones, él tampoco impugnó la decisión del 2 de agosto de 2009, a más que, el fundamento de la petición de devolución fue la estimación respecto del origen lícito del dinero, no alguna afectación al debido proceso, derivada de la decisión que en esa ocasión fue adoptada.

Finalmente, en la sentencia condenatoria del 22 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado 3 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Buenaventura, se ordenó el comiso definitivo de los elementos balísticos que fueron aprehendidos en el allanamiento de la residencia de Bernardo Antonio Molina Ríos. Según el acta de esa diligencia, firmada por el juez Carlos Eduardo Barragán Maya y la secretaria Ruby Gloria García Obregón, a la audiencia de su lectura comparecieron e intervinieron DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, Eduardo Rojas Moreno, como Ministerio Público, y el abogado Guillermo León Gómez Valencia, a título de defensor.

En la sentencia condenatoria se declaró el comiso de los elementos balísticos, lo cual implica que para el juez no hubo ninguna irregularidad en el proceso de incautación que derivó en la imposición de esa medida. Similarmente, ni el Fiscal -que se supone para ese momento debería estar convencido de las falencias del proceso investigativo- ni el

Ministerio Público -cuyo rol es el de velar por el respeto a la Constitución y a la Ley-, ni el defensor, presentaron recursos.

De este análisis se derivan dos conclusiones: (i) que, contrario a lo dicho por la defensa, no era completamente ajeno al buen criterio jurídico considerar, para agosto de 2009, que la legalidad del procedimiento de registro en el cual se incautaron elementos, comprendía también la licitud de esa incautación.

Se aclara que este no es un juicio de valor acerca de la idoneidad del argumento o su vigencia en el escenario jurisprudencial y legal actual, sino una observación acerca del contexto jurídico en el cual debieron haberse desarrollado los actores que intervinieron dentro del proceso que se adelantó en contra de Bernardo Antonio Molina Ríos.

(ii) que hasta ese momento -el instante en el que se profirió la sentencia condenatoria- no se advirtieron conductas de parte de ROJAS TRIANA que pusieran en evidencia que su criterio era distinto al ya exhibido por el fiscal Salgado Farfán en la audiencia del 2 de agosto de 2009.

La conclusión a la que llega la Corte no puede ser otra distinta a que, para el 2 de agosto de 2009, quedó en firme una decisión que materialmente legalizó la incautación de los elementos encontrados, con ocasión de la diligencia de allanamiento y registro practicada en la residencia de

Bernardo Antonio Molina Ríos, y que, como abogado en ejercicio y funcionario activo de la Fiscalía General de la Nación, ROJAS TRIANA estaba en condiciones de conocer ese criterio.

En efecto, si la Corte tenía decantado para esa época que las diligencias eran una sola, que la Fiscalía haya efectuado la solicitud y la judicatura hubiese impartido su aprobación, supone que, desde esa perspectiva, se impartió aprobación integral al procedimiento restrictivo de los derechos adelantado por el ente de persecución.

Así, desde la óptica netamente objetiva, el contenido de la constancia del 26 de octubre de 2009, elaborada por ROJAS TRIANA “*en ejercicio de sus funciones*”, es contraria a la realidad, en lo que atiene a la referencia en la cual de forma expresa se sostiene que la incautación del dinero no fue objeto de legalización; junto con su adenda, en la cual se sostiene que se materializan razones de fuerza mayor que le impidieron actuar en consecuencia.

Se debe retomar la pregunta, abordada en el acápite anterior, acerca de si esta falsedad es atribuible a ROJAS TRIANA, a título de dolo. Justamente, uno de los planteamientos de la defensa técnica, accesorio a la premisa acerca de que el control de legalidad no ocurrió, es que el fiscal procesado actuó bajo la convicción de inexistencia de legalización de la actividad de incautación.

No obstante, lo afirmado por la defensa no se acompasa con la conducta adoptada por el acusado dentro del proceso objeto de su conocimiento, ni con la totalidad de actividades adelantadas en dicha investigación.

Sin que lo anotado presuponga un juicio anticipado acerca de la acreditación del tipo penal de prevaricato por omisión, es evidente para la Sala que un Fiscal, con las cualificaciones y experiencia ostentadas por ROJAS TRIANA, tenía que advertir que si no se obligaba, tal cual adujo el funcionario que acudió a la audiencia de legalización del allanamiento, imponer alguna medida cautelar al bien (ya el procesado contaba con la información atinente a que la diligencia se fundó en buscar armas y que en el sitio operaba una tienda, lo que justificaba la presencia del dinero), para el caso, en cuantía de más de dieciocho millones de pesos, era necesario hacer la devolución del mismo.

Que no lo haya hecho, y que solo haya alegado la omisión de ese acto procesal casi tres meses después de ocurrida la aprehensión del dinero, informa de un actuar cuando menos ajeno a su función, sin que nada justifique seguir en poder de la alta suma.

Así mismo, si en efecto el fiscal Salgado Farfán hubiese omitido someter a legalidad un procedimiento policial, con el potencial de lesionar derechos fundamentales, tal situación

debería haber sido oportunamente denunciada por el fiscal seccional, particularmente, si la falla derivó en una afectación a la investigación de un delito de connotación, como lo sería el narcotráfico o, eventualmente, el enriquecimiento ilícito de particular.

De otro lado, es importante resaltar que, aunque se mencionaron las armas en la constancia expedida por el acusado, respecto de éstas no se advirtió ninguna ilegalidad en su incautación o la legalización, pese a encontrarse en las mismas condiciones del dinero. Por el contrario, como ya se explicó, esos elementos fueron objeto de comiso en la sentencia condenatoria proferida en contra de Bernardo Antonio Molina Ríos, refutando lo dicho en la constancia respecto a que esa figura resultaba jurídicamente imposible, dada la no legalización de la incautación.

Además de lo señalado, es importante añadir que la falsedad se ve exacerbada por la alusión a que la no legalización ocurrió “*por razón de fuerza mayor*”⁹.

En este sentido, ROJAS TRIANA argumentó que resultaba “*evidente*” que la alusión a la fuerza mayor había sido un error, no un actuar doloso de su parte. Esta

⁹ Según el artículo 64 del Código Civil, se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

aseveración es problemática y no puede ser de recibo para la Sala, por las siguientes razones:

Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito están en la base de la formación de cualquier abogado. El concepto de fuerza mayor es importante para el estudio de las teorías acerca de la responsabilidad, desde las diferentes especialidades jurídicas, y su adecuado manejo es esencial para el ejercicio de cualquier oficio, pero especialmente para aquellos que buscan la atribución de resultados antijurídicos, como es el caso de los fiscales.

Lo anotado, para significar que no es posible, dentro de límites adecuados de razonabilidad, alegar un simple error respecto de la constancia en la cual, precisamente, el funcionario busca explicar por qué permaneció tanto tiempo en poder del dinero, en tanto, huelga reseñar, la explicación debería operar, necesariamente, dentro de límites jurídicos o fácticos, de lo cual surge que, al considerar trascendentes los segundos, de ninguna manera podía el procesado aducir los primeros, dada su innegable diferencia.

Nada explica, así, por qué el procesado debería, sin soporte ninguno, referirse a una fuerza mayor que, por lo demás, dada su amplitud, bien poco termina señalando en torno de la razón concreta que generó el amplio lapso en poder del dinero.

Se repite, si de verdad el funcionario consideró que la supuesta falta de legalización de la incautación había generado alguna especie de cuello de botella que ocasionó completa inactividad con relación al dinero incautado, pues, sencillamente, así lo habría consignado en la referida constancia, en lugar de remitir a una fuerza mayor completamente ajena al caso.

En este sentido, ya dentro del plano material, es lo cierto que los documentos públicos gozan de presunción de autenticidad, para efectos jurídicos, mientras que, desde una perspectiva práctica, generan cierto tipo de confianza en las manifestaciones que se efectúan. La constancia del 26 de octubre de 2009 cuenta con el sello de la Fiscalía General de la Nación, está elaborado en un formato de la entidad pública y es firmada por quien se identifica como el fiscal 13 de la unidad 76 de Buenaventura, Valle.

Consignar la ocurrencia de una fuerza mayor como causa que justifica la no realización de una actividad a la que el servidor público estaba obligado, bastaría para generar efectos jurídicos lesivos, no solo respecto de los intereses de la administración de justicia, sino de quienes eran titulares del dinero que, específicamente en ese momento procesal, se determinaban como sus legales propietarios.

Entiende la Sala, aunque el tópico se precisará al momento de examinar el delito de concusión, que la razón

por la cual el funcionario expidió la constancia de contenido falso en cuestión, estriba en la necesidad de justificar la razón por la que –sin soporte legal para ello- permaneció en poder del dinero por un lapso bastante amplio, a la espera de hacer efectiva su solicitud concusionaria.

Aquí radica el dolo del actuar contra derecho, en tanto, verificado que, en efecto, dentro de un plano objetivo, el escrito oficial consigna evidentes falsedades y, además, resulta lesivo del bien jurídico tutelado, lo allí consignado no opera fruto de alguna suerte de lapsus del acusado, sino de su directo conocimiento de la mendacidad y voluntad dirigida a materializarla.

La conclusión es, entonces, diametralmente opuesta a la propugnada por la sala mayoritaria del Tribunal, pues la existencia del contenido espurio y la autoría de ROJAS TRIANA en la confección de la certificación, emergen evidentes y obligan a la Sala a revocar el proveído de primera instancia para, en su lugar, emitir condena por el delito contra la fe pública.

5.4. Del delito de concusión

La conducta se encuentra tipificada en el artículo 404 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

*Art. 404.- **Concusión.** El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.*

La configuración típica de este ilícito requiere los siguientes elementos: (i) sujeto activo calificado que tenga la calidad de servidor público, (ii) el abuso del cargo o de la función, (iii) actividad que se concreta con la ejecución de uno cualquiera de los distintos verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas, y (iv) la relación de causalidad entre el actuar del funcionario y el efecto buscado (CSJ SP, 5 may. 2012, rad. 36368).

En decisión reciente, la Corte analizó los elementos constitutivos del tipo penal en mención, de la siguiente manera:

a. El sujeto activo debe ser un servidor público que abuse del cargo o de sus funciones. Se da cuando al margen de los mandatos constitucionales y legales concernientes a la organización, estructura y funcionamiento de la administración pública, constriñe, induce o solicita a alguien dar o prometer una cosa.

La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la

incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón a su investidura o a la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma.

Cualquiera que sea la modalidad ejecutada por el autor, es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, el “metus publicae potestatis” que lleva a la víctima a rendirse a las pretensiones del agente. Se ve obligada a pagar o prometer el dinero o la utilidad indebidos por el temor del poder público.

Si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración.

La condición de servidor público ha de existir al instante del cumplimiento de la conducta. Es imposible atropellar una calidad de la cual se carece, puede estar temporalmente alejado de ella por virtud de licencia, vacaciones, permiso, etc.

b. Constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo. Es ejercitar con violencia o amenazas una presión sobre una persona alterando el proceso de formación de su voluntad sin eliminarla, determinándola a hacer u omitir una acción distinta a la que hubiese realizado en condiciones diversas. Puede revelarse a través de palabras, actitudes o posturas, la ley no exige una forma precisa de hacerlo.

Inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a alguien a que efectúe determinada acción y solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa.

Desde esa perspectiva, la Corte viene divulgando que el constreñimiento se configura con el uso de medios coactivos que subyuguen el consentimiento del sujeto pasivo, o con el uso de amenazas abiertas mediante un acto de poder. En la inducción, el resultado se obtiene por medio de un exceso de autoridad que va oculto, en forma sutil, en el abuso de las funciones o del cargo, el sujeto pasivo se siente intimidado, cohibido porque si no hace u omite lo pedido, puede resultar perjudicado en sus derechos por el agente.

Ello no solo teniendo en consideración el contenido y alcance de los verbos rectores, sino además con arreglo al bien jurídico tutelado, la administración pública, la cual se ve vulnerada con el acto de constreñir, inducir o solicitar, por resultar resquebrajada su estructura y organización, generando en la colectividad sensación de deslealtad, improbidad y deshonestidad.

Para su consumación basta con la exigencia, no requiere que el desembolso se cause, o se entregue el objeto o la dádiva, por tratarse de un punible de conducta o mera actividad. Basta con la manifestación del acto de constreñir, inducir o solicitar dinero u otra utilidad indebida, independiente de que el sujeto pasivo esté en posibilidad de cumplirla, ha reiterado la Corte recientemente.

c. El elemento material de la concusión esta (sic) representado por la promesa o la entrega de dinero o cualquier otra utilidad. Como es un delito de conducta alternativa se consuma con la ejecución de cualquiera de estas dos modalidades.

Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no deberse a ningún título.

No interesa la forma como se haga y si constituye por si misma un negocio ilícito, pues este examen solo importaría en el ámbito civil y no en el campo penal.

Tanto la promesa como la entrega de dinero pueden tener como destinatario al propio funcionario o a un tercero, particular o servidor público. (CSJ SP, 5 may. 2021. Rad. 54326).

Dentro de este asunto, Bernardo Antonio Molina Ríos y su esposa Luciola del Socorro Guevara Gil pusieron de presente que después de la diligencia de allanamiento y registro, la cual condujo a la captura y judicialización del primero de ellos y la incautación de más de dieciocho

millones de pesos, el fiscal ROJAS TRIANA les pidió, a través de su entonces defensor, Guillermo León Gómez Valencia, y de su asistente, Ruerlis Erazo Badillo, la mitad del dinero que fue aprehendido, a cambio de su entrega.

Así, se tiene que Bernardo Antonio Molina Ríos rindió declaración el 8 de junio de 2018, ante el Tribunal Superior de Buga¹⁰. En su abordaje directo manifestó, sobre los hechos jurídicamente relevantes, lo siguiente:

Llegó un grupo de policías, del DAS, y me allanaron mi casa. Me leyeron un papel donde traían la orden de allanamiento de la casa. Los hice pasar (...) Eran por ahí 20 o 30 personas. Entre diferentes grupos. El DAS, el CTI, policía y ejército. Entonces comenzó a hacerme allanamiento a mi casa. Donde me encontraron un dinero producto de la tienda, llamada Tatú. ¿Sí? Me llevaron hacia el centro a la...a la Policía, pues. Donde me hicieron la contabilización del dinero. Ahí me llevaron a la URI a la una de la mañana, donde contaron una plata. Ya habían contado el dinero. Me tuvieron allá veinticuatro horas. De ahí me subieron, las veinticuatro horas me hicieron un, como es, ya no me acuerdo. Me hicieron una, cómo le dicen, me llevaron pues a hacerme las preguntas que me tienen que hacer. Y de ahí volvieron a la URI conmigo. Por ahí tres días, me tuvieron por allá. Donde me sacaron para la casa. Y se me está olvidando mucha palabra. Y me llevaron, me subieron a la cárcel, donde me hicieron una audiencia como a los quince días. Onde salí libre. Me tuvieron documentos, detención de documentos. Y ya he seguido caminando lo de la entrega de ese dinero. Yo tenía un abogado, el abogado no me acuerdo el nombre, y estábamos sobre la plata y me dijo el abogado, esto está muy maluco, la plata, no dan solución de mi plata, de su plata...le dije entonces qué está pasando acá. Dijo: no sé. Dijo quiero entregarle el caso, porque la plata no le dan solución de nada. No sé dónde está, no sé para donde va. Le dije cómo así doctor, y dijo sí. Esto está muy maluco. Entonces me dirigí, me dirigí a las oficinas del señor

¹⁰ Audiencia de juicio oral del 8 de junio de 2018, record 52:10 en adelante.

presente, porque el otro ya poco me acuerdo, porque eso es ya hace muchos años. Me dirigí a la oficina del señor, donde le dije (...) del doctor DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA.

Entonces yo ya fui a la oficina del señor, donde me dijo que él requería la suma de su dinero, ya contado. Y me dijo que me la iba a meter a extinción de dominios. Le digo por qué doctor, si usted a mí no me ha incautado drogas, ni mucho más, para extensión de dominio. Me dijo sí, eso va para extinción de dominios. Entonces yo le dije cómo así. Entonces insinuamos unas palabras, donde me mandaba a la doctora a la casa (...) a la asistente de él, no me acuerdo el nombre. No me acuerdo.

Lo cierto es que la mandó a mi casa. Yo no estaba ese día en mi casa, estaba mi mujer y mi suegra. Entonces cuando yo llegué en las horas de la tarde, me tenían esa noticia. Yo, qué pasó. Me dijo no, estuvo la asistente del doctor, donde dijo que quería la mitad de su dinero. Dije cómo así que la mitad de su dinero, y sí señor, la mitad de su dinero. Dije ay miya no, eso está muy duro así, cómo que la mitad del dinero si nosotros hemos trabajado mucho para entregar el dinero, sí, nosotros hemos vendido papa, arroz y plátanos para tener ese dinero en mi casa y no lo podemos perder así, ni mucho menos regalarlo así también. Seguimos volteando, y volteando, eso se volteó por ahí cinco o seis meses, porque ya mi cabeza no me da para tanto, porque yo no leo ni escribo, entonces todo se me borra.

Yo volví con él, con el jovencito Wilson, otra vez donde él. Wilson es mi cuñado, Wilson es mi cuñado, estaba en el ejército, entonces él me acompañó hasta allá. Le dije Wilson, acompáñeme para hablar con el señor. Él se quedó en la puerta, yo entré y estaba el señor presente ahí parado. Me hizo entrar, le dije doctor, qué pasa con mi dinero. Me dijo el dinero estará en Buga, le dije qué está pasando, me dijo ya usted sabe, es miti y miti, o vaya hacia Buga, diríjase a Buga que allá está su dinero. Le dije hace cuánto está el dinero en Buga, me dijo hace veinte días. Le dije cómo así que veinte días doctor, me dijo sí, hace veinte días. Me dijo, yo lo mandé hacia extinción de dominio. Le dije, mañana voy para Buga, entonces al otro día me madrugué, donde llegué acá, donde la doctora...con el muchacho Wilson, cuñado mío y llegamos allá, preguntamos por ella y dijeron que estaba en una audiencia y que se regresaba por allá a las once de la mañana, once y media. Entonces como era muy temprano, eran por ahí las

diez, me dice el cuñado vámonos y ahorita volvemos. Yo bajé la escala cuando iban subiendo cuatro. Iba ella adelante y dos atrás. Le pregunté la doctora fulana de tal, me dijo no soy. Seguimos. Cuando bajé la escala volteé hacia atrás y ella me estaba mirando. Me dijo, qué sería, le dije no, que vengo de Buenaventura (...) y entonces la necesito. Y me dijo siga que yo soy. Entonces dimos la vuelta y seguimos y nos hizo pasar. Donde ya llegamos y nos hizo sentar y comencé a hablarle sobre los papeles. Donde no se encontraban todavía, no se encontraban los papeles. Entonces me dijo no, el caso no está acá, los papeles no están acá y que hace veinte días los mandaron para acá y no han llegado. Estábamos hablando sobre el cuento cuando dijo la asistente de ella, doctora, vea, acaba de llegar esto de buenaventura. Le dije cómo así, dijo sí, acaba de llegar esto de Buenaventura. Le dije doctora, esos van a ser mis papeles (...) y cuando ahí mismo los leyó y dijo ¿señor Bernardo Molina? Y dije sí señorita, esos son mis papeles y dijeron que hace veinte días estaban acá. Y mire que acaban de llegar, llegaron atrás mío, entonces no sé qué habrá allí... ahí fue donde llegamos al acuerdo de la entrega de mi dinero, dijo le voy a entregar su dinero, su dinero es suyo...yo ese día lloraba de la alegría porque tenía mi dinero (...).

Cabe resaltar las particularidades de su testimonio, para denotar por qué el abordaje valorativo que efectuó el Tribunal, se ofrece inadecuado.

En este sentido, lo primero a destacar es que Bernardo Antonio Molina Ríos no sabe leer ni escribir y carece de cualquier tipo de formación académica. Es un comerciante, y de ello se podría derivar que tenga algún tipo de don de gentes, como lo insinuó el defensor; sin embargo, su nivel de escolaridad tiene dos implicaciones importantes:

En primer lugar, recuérdese que la mayor parte de lo acaecido dentro de este asunto tiene, con excepción de la concusión en sí misma, respaldo en algún tipo de documento. La fecha de la diligencia de allanamiento se encuentra en un acta, los procedimientos subsiguientes también están consignados por escrito e, inclusive, las entrevistas fueron transcritas, no incorporadas de manera videográfica.

Significa ello que, mientras ROJAS TRIANA ha tenido acceso permanente a los elementos físicos que componen la actuación seguida en su contra, Bernardo Antonio Molina Ríos no ha contado con ese respaldo. Esto supone que solo su capacidad de memoria, que de por sí fue criticada por su suegra, Ludivia de Jesús Gil Castro, sostiene aquellos eventos de los cuales fue testigo.

Este referente también incide en el ejercicio de impugnación de credibilidad que propuso la defensa. De un lado, no existe certeza acerca de que las expresiones que están contenidas en la denuncia sean exactamente las mismas que Bernardo Antonio puso de presente cuando reportó lo acaecido a la Fiscalía General de la Nación. Mientras que una persona escolarizada tendría el derecho de constatar que el registro de sus palabras sea fiel a su intención y contenido, alguien analfabeta, como Molina Ríos, resulta en una posición de desventaja, exacerbada por el hecho que este ciudadano no tenía gran experiencia en el manejo de asuntos judiciales.

Ahora, nótese que las fallas en su memoria se encuentran reflejadas también en aspectos que resultan inconsecuentes para el caso concreto. Por ejemplo, cuando el afectado habló acerca del tiempo que estuvo privado de la libertad después del allanamiento, mencionó tres días en el calabozo, cuando ello no fue así.

Esta manifestación no tiene ninguna incidencia en los señalamientos efectuados en contra de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA y transcurridos ocho años después de que Molina Ríos fue declarado penalmente responsable, no tendría mayor sentido cuestionar la licitud del procedimiento de la policía judicial. Resulta más razonable entender que ese señalamiento respondió a la percepción que el ciudadano tuvo de lo acaecido en esa fecha, así como las propias particularidades de su capacidad de remembranza.

Así, se resaltan algunas de las líneas de cuestionamiento de la defensa:

Defensa: La solicitud de dinero que dice usted le hizo el señor Fiscal, lo fue en la primera visita que usted realizó al señor Fiscal en su despacho.

Bernardo Molina: No señor, no fue en la primer visita.

Defensa: Entonces concrete por favor la petición de dinero en qué momento, en qué circunstancias se llevó a cabo

Bernardo Molina: Eso fue después de que me tomaron la, me hicieron la audiencia. Después de que me hicieron la audiencia.

Defensa: Cuál audiencia.

Bernardo Molina: Donde salí del calabozo de las cuarenta y ocho horas, allá hacia la audiencia que le hacen a uno.

Defensa: Usted nos habló en la mañana de hoy acerca de que visitó la oficina del doctor aquí presente, eso es así.

Bernardo Molina: Sí señor. Sí.

Defensa: En esa primera visita que usted hizo al despacho del señor Fiscal aquí presente, fue donde recibió la solicitud de dinero o fue distinto, en otra parte, en qué condiciones.

Bernardo Molina: Cuando él me mandó la doctora a la casa, la asistente de él.

Defensa: Según su relato, el envío de la asistente del fiscal a la casa ocurrió después de usted haberse entrevistado con él en la oficina. Es así, o no.

Bernardo Molina: Sí.

Defensa: Entonces la pregunta va, antes de que el señor fiscal le enviara la asistente a su casa, y que ella fue a su casa, usted acepta y acaba de decirlo que hubo una reunión suya con el señor fiscal.

Bernardo Molina: No había reunión, no. Él me pidió el dinero después de que el abogado se me retiró.

Defensa: En qué momento, dónde estaban, en qué espacio estaban cuando él le pidió el dinero, el Fiscal le pidió dinero.

Bernardo Molina: Ocurrió en dos veces.

Defensa: Le hablo para que nos diga la primera vez.

Bernardo Molina: Que él me mandó el asistente a la casa.

De este segmento del interrogatorio se destaca que el acusado -y en cierta medida el abogado- consideraron que Bernardo Antonio Molina Ríos fue especialmente difícil en responder los cuestionamientos hechos por la defensa, por oposición a su actuación ante la Fiscalía, que tildaron de fluida. A su juicio, esto significa que, de alguna manera, Bernardo Molina habría fingido un mayor grado de ignorancia que el que verdaderamente ostenta, para beneficiar la tesis de la acusación.

Sin embargo, es claro que la Fiscalía no realizó un interrogatorio al testigo, sino que permitió que este rindiera versión prácticamente libre de lo que le había sucedido. Esto significa que, para efectos prácticos, no existe un punto de comparación en tal sentido.

Con todo, no es cierto que la declaración de Bernardo Antonio Molina Ríos haya sido absolutamente fluida. Aunque su relato sí fue espontáneo, sin pausas significativas o una tendencia a retractarse de sus manifestaciones, fue evidente que había términos que el ciudadano sencillamente no manejaba y, así mismo, que se encontraba intimidado por el contexto en el que se estaba haciendo la declaración.

Bernardo Molina, en el interrogatorio directo, dejó claro que no tiene conocimiento acerca de las etapas del proceso penal, por lo que la audiencia de formulación de imputación y la de lectura de sentencia, para él podrían ser fácilmente

confundibles, como confusos e indiferenciables los trámites que tuvo que adelantar a fin de recuperar el dinero que le fue incautado.

Esta relativa incapacidad para determinar los límites espacio temporales de los sucesos, se encontró también en las preguntas del contrainterrogatorio. Bernardo Antonio Molina Ríos sabe que hubo, al menos, dos reuniones en la oficina del Fiscal y que la última de ellas fue en la que se anticipó que enviaría a su asistente a su lugar de residencia; sin embargo, no tiene marcadores que permitan determinar en qué momento sucedió cada evento. Así mismo, la aparente exageración de los períodos transcurridos tiene la misma naturaleza que aquella imprecisión evidenciada cuando el ciudadano habló del tiempo que estuvo privado de la libertad, después del allanamiento.

El interrogatorio continuó en los siguientes términos:

Defensa: Correcto, la pregunta entonces es la siguiente, ya tres veces se la he hecho. Usted afirmó esta mañana que cuando la asistente del fiscal estuvo en su casa ya había tenido reunión, ya había tenido una charla con el señor fiscal.

Bernardo Molina: No había tenido, no.

Defensa: No había tenido usted, antes. Perdóneme le concreto. Antes de que la asistente fuera a su casa, usted no había hablado con el señor fiscal.

Bernardo Molina: No señor.

Defensa: Entonces usted dice que antes de que fuera la asistente a la casa no tuvo reunión con el Fiscal.

Bernardo Molina: La que habló fue mi mujer.

Defensa: Esta mañana usted dijo en este recinto que había asistido y había hablado con el señor aquí presente...y que el fiscal le había dicho que le mandaba a su asistente a la casa. Eso lo dijo esta mañana.

Bernardo Molina: Sí.

Defensa: Entonces, eso significa que antes de que la señora asistente fuera a la casa suya ya había tenido charla con el señor fiscal.

Bernardo Molina: Le había pedido mi plata.

Defensa: Estoy preguntándole si había tenido la reunión. Sí se había reunido con él.

Bernardo Molina: Donde me había mandado el abogado mío.

Defensa: Entonces pongámosle orden. En la reunión que usted sostuvo en el despacho del señor Fiscal, antes de que la asistente de él fuera a su casa, ya se había mandado la razón con el abogado cerca de lo que quería el señor fiscal.

Bernardo Molina: Ya me había mandado la asistente a la casa.

Defensa: Antes de que la señora asistente fuera a su casa, usted ha admitido que se encontró con el Fiscal, así es.

Bernardo Molina: Sí señor

Defensa: Entonces antes de que usted se encontrara con el señor fiscal, ya le había mandado razón con su abogado.

Bernardo Molina: Con la asistente de él.

De manera concreta, en punto de la exigencia monetaria, Bernardo Antonio Molina Ríos finalmente dijo que el abogado que él había contratado aludió a la petición ilegal, pero finalmente lo mandó a hablar directamente con el fiscal ROJAS TRIANA, para que “cuadrara con él”. En este punto, la defensa impugnó la credibilidad del testigo en la medida en que, en su denuncia del 4 de diciembre de 2009, él manifestó lo siguiente:

Ese mismo día de la audiencia, el 22 de septiembre, el abogado mío, Guillermo Gómez, me dijo que me tenía una noticia muy mala. Que el fiscal le había salido “checo” <sic>. Que le había dicho que me dijera a mí, para no voltear tanto con la plata, que le diera la mitad de ese dinero, o sea nueve millones. Entonces yo le dije que de eso no se chupa una menta, porque ese dinero no es robado.

En juicio, sin embargo, con vehemencia manifestó que fue el mismo día de su reunión con el defensor que habló con el Fiscal, quien aludió a la necesidad de que se le entregara la mitad del dinero que había sido incautado, para proceder a su devolución.

El 24 de febrero de 2011, el testigo dijo que el defensor le manifestó lo siguiente:

Entonces bajé un día donde el abogado a decirle que qué pasaba con el dinero. Y entonces él dijo Bernardo, eso está muy duro, ese Fiscal no quiere ceder, dándome a entender que quería plata.

Se reitera, uno de los problemas que surge con la valoración de estas disonancias, es que Bernardo Antonio Molina Ríos no sabe leer ni escribir. Es, en ese sentido, difícil realizar el ejercicio de reconocimiento que demandaría usualmente el procedimiento de impugnación de credibilidad, sobre la base de una versión anterior al juicio.

Pese a que ROJAS TRIANA consideró que Bernardo Antonio Molina Ríos estaba fingiendo su propia ignorancia, lo llamativo es que su conducta fue absolutamente consistente a lo largo de una extensa declaración que, por demás, se realizó en dos fechas distintas, para efectos de abordar su calidad de testigo de cargo y de descargo.

Durante estos interrogatorios, Molina Ríos demostró dificultad para entender las preguntas. En el aparte del interrogatorio que fue citado en precedencia, el deponente no consiguió comprender a qué se refería el defensor cuando preguntaba por la reunión. Esta falta de entendimiento no se percibió de mala fe, pues, en consideración al sentido de sus palabras, el problema recayó en que Molina Ríos aprehendía el concepto de reunión como algo distinto a la acepción que el defensor proponía y, en general, lo advertido es que, aún con la reformulación de varias preguntas por parte de la defensa, en ocasiones resultó difícil comunicar al deponente qué era lo que se pretendía auscultar.

Si estas dificultades fueron exhibidas en el curso del interrogatorio, no es posible determinar de qué manera se abordó al testigo durante la denuncia verbal y el desarrollo de la entrevista, en febrero de 2011, es decir, no se conoce si lo plasmado en el documento es fiel reproducción de las manifestaciones que hizo Bernardo Antonio Molina Ríos en el instante en el que él las comunicó y si se atendieron sus condiciones particulares, esto es, su analfabetismo.

Ahora, más allá de lo referido, también se debe insistir en el tiempo que transcurrió entre los hechos de relevancia jurídica y el interrogatorio de Molina Ríos en juicio. Nueve años es un período extenso y la Sala debe reconocer el impacto que posee el paso del tiempo sobre la capacidad de remembranza, no solo en consideración a la demostrada ignorancia intelectual del declarante, sino, incluso, respecto de cualquier persona, aún las más versadas en lo intelectual.

Esta falla en la memoria se ve reflejada en algunos apartes del contrainterrogatorio. Se resalta el siguiente:

Defensor: Usted señaló hoy, dijo hoy en su declaración, que en esa visita que le hizo al Fiscal Diego, cuando usted preguntó por su dinero, el Fiscal le dijo que lo había enviado a Buga y que también le dijo: ya usted sabe, miti y miti y si no, vayan hacia Buga. Esta expresión, este dicho, estas palabras de Miti y Miti, por qué no las había señalado usted antes en ninguna de sus declaraciones.

Bernardo Molina: Porque eso era el último día ya que me iba a venir ya para acá.

Defensor: No me hice entender. Usted hoy dijo que el fiscal le había dicho que eso era miti y miti, pero en ninguna de las declaraciones había utilizado esa expresión, miti y miti.

Bernardo Molina: Eso fue un jueves que yo fui donde él y me dijo ya está en Buga, entonces ahí fue que me vine yo para acá, que fue el último día que me vine yo para acá.

Defensor: Aquí nos dijo usted que el Fiscal decía que eso era miti y miti, por qué ese miti y miti no lo dijo nunca en las declaraciones. Por qué hoy sí está recordando.

Bernardo Molina: Era el último día ya, ya veníamos para acá. Al viernes. Eso fue un jueves. Viernes.

Defensor: Yo no le estoy preguntando cuál día fue, sino en torno a por qué hoy dice que el Fiscal le dijo, le pidió, le insinuó, que era miti y miti. Antes en ninguna declaración suya había dicho que era miti y miti.

Bernardo Molina: En las otras oportunidades no me había dicho que mitad y mitad, ese día, en las otras oportunidades. No. El último día sí, pero en las otras no.

Este acápite pone de presente varias particularidades de Bernardo Molina como testigo:

En primer lugar, si lo que en este caso había era una conspiración para afectar a DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA por la decisión del servidor público de negarse a la devolución del dinero y, por el contrario, enviarlo a extinción de dominio, ningún sentido tendría incurrir en falencias como la aquí indicada. Tiene más sentido justificar esta imprecisión en la ya advertida incapacidad de otorgar características de

temporalidad al relato, como se describió en acápites anteriores.

En segundo lugar, esta línea de cuestionamiento pone en evidencia una dificultad de Bernardo Molina de cambiar la perspectiva de su relato. Nótese que lo que el defensor quería entender era por qué Bernardo no mencionó, en sus declaraciones anteriores, lo relacionado con la petición del «*miti miti*» del dinero; sin embargo, el testigo explicó por qué en ocasiones anteriores dentro de su relato, esto es, en sus primeros encuentros con el fiscal, no ocurrió la mención a esa exigencia dineraria.

Para el procesado, esto era una evidencia de la falta de cooperación de la víctima con la defensa técnica, en un intento de perjudicarlo. Sin embargo, estas respuestas son absolutamente coherentes con su comportamiento en el juicio y con su misma falta de educación. La pregunta demandaba una capacidad del interlocutor de proyectarse en dos momentos distintos en el tiempo: de un lado, en las fechas cercanas al 1 de agosto, cuando fue objeto del delito de concusión, y, del otro, el 4 de diciembre de 2009 y el 24 de febrero de 2011, cuando fue entrevistado por la Fiscalía General de la Nación.

La dificultad para entender este cambio de perspectiva es consistente con esa misma incapacidad de dar dimensión temporal a los eventos o establecer un orden cronológico en

su narración. Además, la actitud de desidia que debería subyacer a las respuestas, para respaldar la queja del abogado, en este caso en particular no habría contribuido a su pretensión como víctima. Si ya en otra pregunta había manifestado no recordar, habría tenido más sentido sostenerse en esa posición que de alguna manera rebelarse al abordaje de la defensa técnica.

En últimas, el testigo fue finalmente capaz de recordar dos eventos, aunque los particulares de temporalidad de su ocurrencia son aún confusos: de un lado, hubo una exigencia monetaria a través del asistente del fiscal y, del otro, hubo una reunión con ROJAS TRIANA, después de un encuentro con su defensor, en la cual se le pidió la mitad del dinero.

Por otra parte, se tiene que Luciola del Socorro Guevara Gil manifestó en audiencia celebrada el 9 de octubre de 2018¹¹, lo siguiente:

O sea, yo no me acuerdo de fechas muy bien, sino un sábado hicieron un allanamiento en mi casa. Pero yo no estaba. Me llamaron y cuando llegué me estaban esperando, porque según entraron a mi casa, encontraron unas armas malas y una plata.

Se lo llevaron, se llevaron la plata, esas armas. Y al otro día le hicieron unas audiencias. Y le dieron casa por cárcel y como a los creo que fue el 22 de agosto, le hicieron otra audiencia, que ya lo dejaron en libertad. Ese día ya no se habló de la plata, sino que a lo último dijo el abogado que qué pasaba con esa plata. Y entonces el Fiscal dijo que eso quedaba ahí, que quedaba para después resolverlo. A él ya le dieron la libertad, entre veinticuatro

¹¹ Record 00:49:10

meses él no podía hacer nada con la cédula, o sea hacer cosas, no podía hacer nada con la cédula, como comprar o vender, no sé cómo fue eso.

Salimos de ahí, nos fuimos con el abogado y entonces le preguntamos al abogado que qué pasaba. Nos fuimos caminando, salimos, como tres cuadras. Él se puso a pensar y a lo último dijo, la verdad es que él dijo que por qué, o sea que por qué no arreglábamos las cosas con el abogado. Entonces yo le dije que cómo así que arreglamos, él que necesita. Él dijo, la verdad es que él le mandó a pedir nueve millones. O sea, la mitad de la plata. Entonces yo le mandé a decir cómo así, que acaso era plata mal habida, que qué pena, pero como yo siempre he sido la que he trabajado en ese negocio, que esa plata no era mal trabajada, que cómo le iba a dar toda esa plata a él.

Eso se quedó así. Yo iba a buscarlo a donde él trabajaba y que estaba incapacitado y fui como en dos o tres veces y después una vez fui con mi esposo, fui con mi esposo y entramos, él ya estaba y hablamos con él y él dijo que...nos leyó unos artículos, que esa plata podía ser, que irse a extinción de dominio, porque según había mucha moneda, o sea, la moneda no se la llevaron, que había mucha plata menudita, que porque había por todos lados en la casa. Que eso era...él dio a entender que eso era como de drogas, de cosas así malas. Entonces yo le dije que qué pena, que eso no era de cosas...uno vende cigarrillos, bombones, jabones, de todo. Y eso dan de a quinientos pesos de aceite, así poquito. Entonces dijo que cuánto le estábamos pagando al abogado. Entonces yo le dije que estábamos pagándole un millón. Y entonces él dijo en voz baja...nosotros le dijimos que qué teníamos que hacer. Él dijo en voz baja, por qué no hacemos algo, en voz baja. Entonces él miro y dijo que no podía hablar ahí, según las cámaras, creo que fue. En voz baja dijo que mandaba a la asistente a mi casa. Entonces nosotros le dijimos que bueno. La asistente llegó, no me acuerdo si fue ese mismo día o al otro día, en horas de la tarde. Y cuando llegó a mi casa mi esposo no estaba, porque él estaba haciéndole mantenimiento a un carro.

Y entonces yo la hice entrar, ella estaba muy nerviosa, ella como que no quería entrar, porque ahí estaba mi hijo. Yo la hice seguir más adentro, cuando vio que estaba mi mamá, me dijo que si podía hablar ahí. Yo, ella es mi mamá. Entonces yo...también habló bajito porque como que no quería que ella escuchara, sería.

Entonces yo le dije que qué había mandado a decir el Fiscal y me dijo que le diera la mitad. Yo ahí mismo reaccioné, cómo si esto es esfuerzo de mi trabajo, cómo le voy a dar la mitad. Entonces mi mamá dijo eso es cosa ilícita, cómo es que van a mandar por la mitad de la plata. Si la plata es acaso de cosas malas. Eso es de esfuerzo. Cuando eso era como de siete años, o algo así. Y entonces ella se fue. Como enojada. Pues, no le gustó mucho lo que yo le dije. Eso se quedó así. Yo después volví. Mandamos, después mandamos al abogado. Y él hizo un derecho de petición y él como que nunca se lo recibieron. Y entonces él después me dijo, usted es a la que le toca estar allá. Él lo que me dijo es, él algo le dijo porque él me dijo que él le dijo que yo le dije a él que no se confiara de caritas buenas, o algo así, que nosotros éramos unos simples pueblerinos, le dijo al abogado. le dijo que le había dicho así al Fiscal, entonces dijo que no, como que yo me voy a retirar de esto.

Yo llamé a mi hermano y le dije que qué hacíamos. Él una vez fue a pasear, él fue con mi esposo, fue allá donde, no sé, cuando llegaron diciendo que la plata la habían enviado a extinción de dominio, a buga. Al otro día se vinieron para acá para buga y acá en Buga me dijeron que habían entrado allá donde fueron. Y entonces que ahí dijeron que no habían mandado ninguna plata y según que al momentico llegó la plata, o ella plata no sino el papel con el que habían enviado la plata a extinción de dominio. Vinimos como en diciembre, y entonces ya hicieron los papeles para devolvemos la plata. Y ya, de ahí nos mandaron para Buenaventura y de Buenaventura ya nos mandaron al banco y ya hicimos las vueltas y nos la devolvieron allá. No tengo más, que me acuerde, no tengo más que contar.

La diferencia del relato de esta ciudadana con el de su esposo resulta evidente: en primer lugar, su narración fue más fluida y gozó de una mejor coherencia espacio temporal. Ella tenía conocimiento de cuándo ocurrió el allanamiento, en relación con el momento en el cual dejaron en libertad a su compañero sentimental y, así mismo, fue capaz de dar

una línea cronológica a las narraciones que hacen parte de la acusación.

Esa naturalidad en su expresión, dentro de los límites razonables de quien no conoce de derecho, fue evidente también en el contrainterrogatorio. En concreto, el defensor le preguntó, tras exhibirle la entrevista rendida por ella en diciembre de 2009, por qué no mencionó en esa ocasión lo relacionado con las exigencias dinerarias. Mientras que su esposo no fue capaz de entender una pregunta en este mismo sentido, ella sí explicó, de manera espontánea, que fue porque no se lo preguntaron.

Ahora, el defensor también le hizo esta pregunta a la ciudadana:

Defensa: Recuérdale al Tribunal, en qué circunstancias se enteraron ustedes, fueron advertidos o les señalaron o les hicieron saber que el Fiscal aquí presente, según usted, les exigía la mitad del dinero que había sido hallado en el allanamiento. Cómo se dio esa primera oportunidad en la cual ustedes se enteraron de las solicitudes del fiscal.

Luciola Guevara: Pues el día que hubo la audiencia, que dejaron a él libre. Que el abogado se fue caminando conmigo, ese día nos enteramos. Y ya cuando fue la asistente a la casa.

Lo anterior, ciertamente da un margen temporal que, por demás, se advierte como coherente con lo que fue el fundamento de la acusación. Se ha puesto de presente que Bernardo Antonio Molina Ríos recuperó su libertad en dos

oportunidades: primero, en la audiencia del 2 de agosto de 2009, cuando le fue otorgada la detención domiciliaria, y después, el 22 de septiembre de esa misma anualidad, dado que en el contexto de la sentencia condenatoria proferida en su contra, le fue concedido el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En la medida en que nunca se dijo que el primer abogado que representó a Molina Ríos haya sido canal para la exigencia monetaria, es evidente que ese evento al que hizo alusión Luciola del Socorro no pudo presentarse antes del 26 de agosto de 2009, pues para esa fecha aún Humberto Euclides Enríquez Cabrera ejercía la defensa de su esposo.

De allí que Luciola Guevara ofrezca una narración más clara, sucinta y coherente con aquello que fue acusado, que su esposo Bernardo. Ella, por oposición a Molina Ríos, sí tenía la capacidad de leer y escribir y había sido, además, formada hasta grado sexto, o primero de bachillerato. En el juicio demostró una mejor capacidad de expresión oral, así como procesos de remembranza más adecuados, lo cual es particularmente evidente al evaluar la facilidad con la que la defensa pudo abordarla en el contexto del contrainterrogatorio.

Es, además, importante destacar que ella estuvo presente en la mayoría de los hechos relevantes: presenció cuando el abogado Guillermo Gómez comunicó la solicitud

de dinero efectuada por el Fiscal y, así mismo, estuvo en la reunión en la que ROJAS TRIANA anticipó el envío de la asistente a su lugar de residencia. Finalmente, ella -a diferencia de Molina Ríos- fue la interlocutora directa de la conversación con quien se presentó como la asistente del Fiscal DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, de lo cual dio cuenta en el juicio oral.

Para la Sala no tiene sentido que, si la intención era la de perjudicar al acusado y si se alega que la pareja de esposos tenía el grado de malicia que fue aludido por la defensa técnica y material para atacar sus testimonios, estas dos personas no hayan hecho un ejercicio mínimo de coordinación de sus narraciones antes de llegar a la audiencia pública.

Las imprecisiones en la narración de Bernardo Antonio Molina Ríos hacen que su testimonio sea visto como espontáneo, pues, en la hipótesis de la conspiración que tendría que subyacer a los argumentos de la defensa, los dos testigos estrella de la Fiscalía habrían tenido que ser mínimamente preparados, siquiera en el contexto del hogar que, según se dijo en audiencia, aún comparten.

De otra parte, la defensa también hizo alusión a otro tipo de contradicciones, particularmente con las declaraciones de Ludivia Gil y Wilson Guevara, madre y hermano de Luciola del Socorro, respectivamente.

Este tipo de reparos -se destaca-, referidos a si Ludivia Gil estuvo, o no, en la ciudad de Buenaventura el 1 de agosto de 2009, resultan irrelevantes para otorgar o restar credibilidad a la narración propia del objeto del proceso penal, esto es, si se materializó o no el acto concusionario.

Aunque puede considerarse extraño que ella sea la única en recordar que el día del allanamiento estaba presente en el sitio de residencia de su hija Luciola, lo cierto es que esa situación no se hacía necesaria para beneficiar la credibilidad del relato de las víctimas o ratificar sus dichos, entre otras razones, porque, si de verdad se incluyó su presencia como manera artificiosa de refrendar lo dicho por su hija, emerge apenas obvio que, cuando menos, esta última habría de mencionar el tópico.

Algo similar ocurre con la aparente inconsistencia relacionada con la presencia, o no, de Wilson Guevara en la reunión realizada con el fiscal ROJAS TRIANA el día antes del viaje a Buenaventura. Lo cierto es que, en la medida que Bernardo Molina dijo que Wilson no ingresó hasta la oficina, hablar de su presencia en el sitio no habría contribuido de ninguna manera a aumentar la plausibilidad o credibilidad de su relato. En verdad, de la narración hecha por la víctima parece extraerse que sabía que esa reunión con ROJAS TRIANA ocurrió antes de su desplazamiento a Buga, de lo cual se podría concluir como lógico que la persona que lo

acompañó y que -se entiende- ya estaba en la ciudad, según dijo Luciola, lo haya también acompañado.

En fin, que siempre será posible por la vía del detalle o la contradicción en aspectos nimios en sí mismos, pero superlativizados en sus efectos, encontrar disonancias en varias atestaciones de la misma persona, o entre lo recordado por varias de ellas, pues, a más de que la percepción y la memoria no son iguales, el paso del tiempo siempre siembra una sombra de incertidumbre respecto de lo intrascendente, que busca nutrirse con lo que se entiende haber sucedido.

La Corte examinó al detalle lo dicho por el afectado y su esposa, desde una perspectiva objetiva y contextualizada, no con base en las imprecisiones naturales de sus dichos, y puede verificar no solo absoluta espontaneidad, sino ningún tipo de intención malsana para perjudicar al acusado, a más que pervive un hecho incontrastable; que, en efecto, el acusado, de manera directa y por interpuesta persona, buscó aprovecharse de la muy evidente limitación intelectual de los esposos, reclamando para sí la mitad del dinero incautado, so pena de enviarlo para extinción de dominio.

Finalmente, para la defensa técnica y material, la incertidumbre acerca de la proveniencia de los recursos, así como la posibilidad que se hayan presentado certificaciones contrarias a la realidad para recuperarlos, restarían credibilidad a las manifestaciones de las víctimas. De hecho,

hay que destacar que buena parte del esfuerzo probatorio del extremo defensivo giró en torno a atacar la solicitud de devolución del monto, tanto ante el juez de garantías como en la oficina de extinción de dominio.

Sobre este particular, recuérdese que para la valoración del testimonio es posible acoger unos aspectos y desechar otros, en la medida en que *“el Juez, como lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, está facultado para tomar de un determinado testimonio los aspectos que advierta verosímiles frente a las reglas de la sana crítica, y desechar los que no lo sean; o de acoger unas versiones y desestimar otras, sin que por ello incurra en error de apreciación probatoria. Es de elemental obviedad entender que los testigos no siempre dicen la verdad, y que es tarea del juzgador establecer cuándo lo hacen y cuándo no lo hacen, siendo consecuencia obligada de esta labor crítica la desestimación de las afirmaciones que considere falaces¹².”*

De no ser así, habría que adoptar criterios irracionales, ya descartados por la Sala como reglas de la experiencia, de acuerdo con los cuales siempre o casi siempre que alguien mienta en parte también mentiría en todo. Véase¹³:

[L]a variable argumental propuesta por el casacionista, vale decir, “el que generalmente miente en parte generalmente miente en todo”, no es admisible ni válida como regla de la experiencia, en

¹² CSJ SP, 12 jun. 2003, rad. 15050.

¹³ Este criterio, en particular, fue empleado recientemente en la sentencia CSJ SP937 de 2020.

razón a que no se ha determinado su vocación de reiteración y universalidad, por un lado, y, por el otro, porque la práctica judicial enseña lo contrario, esto es, que no necesariamente el contenido íntegro de lo expresado por el testigo es siempre, y ni siquiera casi siempre, mendaz, cuando se descubre la falacia en uno de sus apartados.

Precisamente, esa experiencia a la que acude el expediente enseña que por variadas razones –entre ellas, intereses particulares– las personas dicen la verdad en asuntos que no los afectan, pero mienten u ocultan esa verdad respecto de los tópicos que puedan ir en contravía de sus necesidades o pretensiones¹⁴.

En este sentido, formular una generalización acerca de la conducta de Bernardo y Luciola como testigos, sobre la base de que pudieron haber faltado a la verdad para recuperar los dineros que les fueron incautados, emerge una apreciación incorrecta, dado que se trata de dos hechos diferentes, que obedecen a intereses también disímiles, entre otras razones, porque más natural emerge la mendacidad a efectos de que se devuelva el dinero, que la referida a vincular con un delito al funcionario investigador, sin que la primera pueda explicar o soportar la segunda.

Lo que sí se debe reconocer es que, dada la naturaleza del delito de concusión, es difícil que se recauden pruebas directas del ilícito, más allá de la declaración de los afectados.

¹⁴ CSJ SP, 11 abr. 2007, rad. 25593.

Entonces, superado el tópico de discusión de credibilidad de los testigos de cargos, es claro que éstos, por sí mismos, bastan para soportar la definición de responsabilidad, acorde con el estándar de convicción que demanda el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo demás, lo revelado por los testigos directos encuentra respaldo en medios de corroboración eficaces. En este caso, la labor de verificación debe efectuarse sobre la base de aquellos sucesos que rodearon la incautación del dinero, el juzgamiento de Bernardo Antonio Molina Ríos y, por último, el envío de los recursos a trámite de extinción de dominio.

Al efecto, debe destacarse cómo, pese a que la incautación del dinero ocurrió el 1 de agosto de 2009, la consignación del mismo en una entidad bancaria solo se hizo el día 26 de ese mes, horas antes de que se realizara la audiencia de devolución del dinero, solicitada por el abogado Humberto Euclides Enríquez ante el juez con función de control de garantías.

La defensa no otorgó una explicación creíble sobre este aspecto; por el contrario, lo que la Sala encuentra en este específico aspecto, es un actuar consecuente con la intención de ROJAS TRIANA, de apropiarse de la mitad del dinero.

No puede asumirse mera coincidencia que la consignación se haya efectuado ese específico día. Se hizo

así, razona la Corte, porque ante la judicatura, en curso de la audiencia para la cual fue citado con los fines ya referidos, ROJAS TRIANA debía suministrar una versión sensata respecto del lugar en el que se hallaba el dinero solicitado y el porqué de su oposición a la devolución deprecada.

Previo a ello, en un lapso superior a 15 días, la opción jurídica que halló ROJAS TRIANA para presionar a Bernardo Molina, a efectos de que accediera a la entrega de la mitad del dinero, consistía en advertir necesario el envío de los 18 millones de pesos al trámite de extinción de dominio, para lo cual pretextó sospechosa la procedencia del mismo.

Pero ROJAS TRIANA no pudo prolongar más la situación con esos fines, porque la solicitud de audiencia se lo impidió y se vio en la necesidad de acreditar lo que en apariencia había exteriorizado, es decir, que emergía necesario enviar la plata a extinción de dominio.

Para ello, se reitera, horas antes procedió a consignar la suma monetaria en la cuenta corriente de depósitos judiciales del Banco Agrario de la Unidad Seccional de Fiscalías de Buenaventura, bajo el número de depósito 88283167, con tanta premura que entregó una cuantía mayor a la que fue incautada el 1 de agosto de 2009, esto es \$18.319.000 –el dinero incautado fue \$18.182.000–; así, explicó el buen recaudo del monetario, con la necesidad de someterlo a extinción de dominio, ése a que, se destaca, en los días

anteriores lo tuvo en su poder sin realizar respecto del mismo ninguna acción, se advierte, mientras lograba su objetivo de hacerse a la mitad de lo incautado.

En este punto, es además importante resaltar el testimonio de Luis Alexánder Rozo Clavijo, funcionario al servicio del Departamento Administrativo de Seguridad para el 1 de agosto de 2009, quien, días después de participar en la diligencia de allanamiento y registro, fue la persona que acompañó al fiscal ROJAS TRIANA al Banco Agrario, a fin de depositar el dinero incautado.

En audiencia del 9 de octubre de 2018 el deponente refirió¹⁵ :

(...) Lo que yo sé es que acompañé al señor Fiscal al Banco Agrario de Buenaventura a hacer la consignación de dicho dinero (...) Yo me encontraba en el puesto operativo del DAS, el doctor llegó hasta las instalaciones.

*(...) Recuerdo que el fiscal llegó, no sé si estaba yo solo y me pidieron el favor que lo acompañara al Fiscal al Banco Agrario a hacer la consignación. Obviamente uno como investigador, como detective, en su pensar no piensa que va a hacer algo diferente a su consignación. **Yo como policía judicial lo acompañé (...) yo nunca manipulé el dinero. Solo lo acompañé hasta el banco y él entregó la plata al cajero (...) el formato de consignación lo diligenció yo**".*

¹⁵ Récord a partir de 00:10:38

En la decisión de instancia, el Tribunal consideró que lo dicho por el funcionario carecía de lógica, dada la asignación de sus funciones para esa época. Sin embargo, es evidente que en dicha premisa reflejó un análisis insuficiente de la prueba testimonial aludida.

Debe partirse del hecho que en la actuación no se demostró que este ciudadano haya podido tener interés en perjudicar al acusado. No se estableció que ambas personas se conocieran y, por el contrario, tanto Rosso Clavijo como ROJAS TRIANA manifestaron que, más allá de los trámites propios de esta investigación, no existía familiaridad entre ellos, al tanto que sí surge evidente una posición de subordinación respecto del fiscal ROJAS TRIANA, por la cual, no resulta extraña la petición elevada por el implicado a Rosso Clavijo, explicable en prestarle la necesaria seguridad, dado el monto de lo llevado consigo.

Ahora, tampoco se estableció que Rosso Clavijo pudiese tener interés en inculpar a alguien por alguna irregularidad. Nótese que en juicio se determinó que Luis Alexánder estaba recién egresado de la escuela del DAS. Su participación en el allanamiento fue producto de la estrategia de entrenar a los nuevos servidores a través de su asignación a detectives con más experiencia, hecho del cual dio cuenta no solo este ciudadano, sino también Carlos Andrés Rueda Hoyos, como testigo de la defensa.

No existen razones para pensar que Rosso Clavijo tuviese cualquier tipo de poder o influencia al interior del departamento administrativo, lo que descartaría su capacidad real de apropiarse por esa vía de la suma de dinero, y lo cierto es que no solo él no tuvo a su cargo el procedimiento investigativo, sino que no le correspondía, según la división de funciones en esa época, asumir la cadena de custodia, trasladar el dinero o almacenarlo. En estas condiciones, ninguna necesidad habría tenido Rosso Clavijo de faltar a la verdad bajo la gravedad del juramento.

Como la única crítica atendible de la defensa, se encamina a tildar de inverosímil lo expresado por el funcionario adscrito al extinto DAS, apenas cabe reseñar que ello no ocurre así, evidente como se hace que el acompañamiento surge plausible, de lo cual se sigue que, entonces, se ha definido cierto que el acusado fue quien, muchos días después de la incautación y horas antes de asistir a la diligencia en la cual se examinaría la solicitud de entrega del dinero, lo llevó a consignar al Banco Agrario, en muestra palpable, además, de que lo tenía bajo su custodia, elemento indiciario de valía para advertir, entonces, que sí tenía la posibilidad de cumplir con la amenaza de entregarlo a la oficina de extinción de dominio, pero, a la vez, que también estaba en condiciones de devolverlo a su propietario, cuando menos, la mitad del mismo.

En algunos acápite de su decisión, el Tribunal de Buga resaltó que dentro de este asunto hubo un manejo deficiente de la evidencia que fue recolectada, concretamente, los dieciocho millones de pesos, lo cual partió de la falta de un acta de incautación y la no acreditación del registro de cadena de custodia.

En relación con la primera aseveración, el artículo 227 de la Ley 906 de 2004 indica lo siguiente:

En el acta de la diligencia de allanamiento y registro deben identificarse y describirse todas las cosas que hayan sido examinadas o incautadas, el lugar donde fueron encontradas y se dejarán las constancias que soliciten las personas que en ella intervengan. Los propietarios, poseedores o tenedores tendrán derecho a que se les expida copia del acta, si la solicitan.

En ese sentido, se advierte que el acta de la diligencia de registro y allanamiento ordena la inclusión de los componentes que caracterizan el documento de incautación de elementos, esto es, la individualización del objeto y el señalamiento concreto, tanto del lugar de hallazgo, como de la participación de los servidores en ese procedimiento. Si el acta de incautación es uno de los mecanismos para acreditar la llamada mismidad del elemento material de prueba, se debió haber estudiado si, en un caso como este, el acta del registro habría bastado para demostrar el mismo hecho.

Ahora, la fiscalía reconoció que el elemento no fue incorporado en su integridad, pues en la copia introducida resulta evidente que tenía contenido en el revés, pero la impresión se hizo a una sola cara. Sin embargo, es conocido que el informe ejecutivo es reproducción fiel de los documentos que respaldan la actividad policial, por lo que la alusión al hallazgo de \$18.182.000 en billetes de todas las denominaciones, bastaría para concluir que este hallazgo fue incluido en la ya mencionada acta.

En estas condiciones, es evidente que, como ampliamente se ha argumentado a lo largo de esta providencia, ROJAS TRIANA sabía que la suma de dinero existía y que había sido dejada a disposición de la Fiscalía 13 Seccional. Nótese que el expediente que le fue entregado consistía en apenas cuarenta y un folios, los cuales debieron ser estudiados para la elaboración del escrito de acusación. Ello impide argumentar que fue la complejidad del asunto la que impidió advertir que, pese a que esa incautación fue objeto de control de legalidad y no existía constancia de devolución, a la Fiscalía no se le allegó ningún elemento que respaldara la ubicación actual de esa evidencia.

Además, si como lo dijo ROJAS TRIANA, Rubén Salgado Farfán lo abordó para recomendarle que no devolviera el dinero incautado, esta situación de irregularidad tendría que haber llamado aún más la atención del procesado, en un escenario de buena fe.

En esos términos, como se estableció líneas arriba, resulta claro que el dinero fue consignado por ROJAS TRIANA solo porque se solicitó su devolución, en la medida en que los protocolos de policía judicial ordenaban su consignación, ésta no se había producido con antelación y resultaba necesario enmendar la situación de irregularidad en la que se encontraba el dinero, previo al inicio de la audiencia preliminar.

Desde luego, la responsabilidad del acusado en el delito de concusión, halla también corroboración –en interdependencia evidente-, en la demostrada materialidad del delito de falsedad ideológica en documento público. Al considerar el contenido de las declaraciones de Bernardo Antonio y Luciola del Socorro, así como lo dicho por Luis Alexánder Rozo Clavijo, y contrastarlo con la injustificada demora en la definición de la situación jurídica del dinero y la elaboración de una constancia falsa, rápidamente se llega a la conclusión que el plan de ROJAS TRIANA fue, desde el principio, apoderarse fraudulentamente de parte del dinero incautado el 1 de agosto de 2009.

Esto, en aras de significar que la necesidad de incluir una constancia falsa, en la cual se explican las razones por las que al dinero no se le había dado un destino legal, reposa en que el mismo permaneció en poder del procesado, sin justificación ninguna, durante el tiempo necesario para

presionar a su propietarios a fin de obtener la mitad del mismo.

Se explica, así, el dolo inserto en la falsedad, por la necesidad de esconder el otro delito, o mejor, de justificar el tiempo discurrido para hacerlo efectivo.

Huelga anotar que el tipo objetivo, en este caso, deriva no solo de la exigencia monetaria, sino del efectivo mecanismo intimidante o constrictor que emerge de la condición del fiscal que la efectúa, con clara capacidad, de negarse los interesados, para afectarlos con su envío a otra dependencia.

Como anotación final -porque hace parte de la intervención de la defensa técnica y material, así como de la Fiscalía-, es cierto que Guillermo León Gómez Valencia y Ruerlis Erazo Badillo negaron haber sido conducto de las peticiones monetarias de DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA, en contra de Bernardo Molina y Luciola Guevara. El recurrente tildó esta situación de lógica, mientras que el extremo defensivo arguyó que descartar estas manifestaciones, sin realizar un estudio del particular, resultaba inadecuado.

Sobre este tema, es cierto que no es factible desacreditar al testigo por el simple hecho de que tenga un interés en el resultado del proceso. Es necesario someter la prueba a los criterios de la sana crítica, para así establecer,

en el caso concreto, si su dicho presta algún mérito suasorio o si, por el contrario, los particulares del deponente impiden darle credibilidad.

El problema es que, en este caso en particular, la declaración de estas personas acerca de los hechos narrados por Bernardo Antonio Molina Ríos y Luciola del Socorro Guevara Gil rayan con los presupuestos del derecho a la no autoincriminación. Más allá de que Ruerlis Erazo Badillo o Guillermo León Gómez Valencia estuviesen obligados a rendir declaración dentro de este juicio, tal deber no se extendía a efectuar manifestaciones que comprometieran su responsabilidad en la comisión de un delito. Basta considerar que, acreditados los presupuestos de la teoría del caso de la Fiscalía General de la Nación, se determinaría así la contribución de ambos ciudadanos para la creación del riesgo desaprobado para el bien jurídicamente tutelado.

En ese sentido, no se trata de que estas personas tuviesen interés en el proceso y que por ello se deba desacreditar su testimonio, sino que, materialmente, no se podía demandar el respeto a la verdad frente a aseveraciones inculpativas formuladas en su contra. Esto, ciertamente, merma su credibilidad como deponentes de descargo, particularmente al considerar el resto del caudal probatorio obrante en contra de ROJAS TRIANA.

5.5 Del prevaricato por omisión

El último cargo propuesto por la Fiscalía General de la Nación, remite al prevaricato por omisión que, según el artículo 414 del Código Penal, lo ejecuta “*el servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones (...)*”. Sobre el tema, en la providencia 5332-2019, RAD. 53445, esta Corporación explicó:

La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que el presupuesto objetivo del prevaricato por omisión se encuentra constituido por tres elementos: (i) un sujeto activo calificado -servidor público-; (ii) que omita, retarde, rehúse o deniegue¹¹; y (iii) que alguno de estos verbos rectores recaiga sobre un deber constitucional o legal que haga parte de las funciones del cargo que desempeña (CSJ AP7109, 12 oct 2016, rad. 46148, CSJ SP484-2018, Rad. 51501).

Lo anterior implica que, a efectos de realizar el juicio de tipicidad objetiva, se requiere integrar la descripción típica con la norma que impone el deber funcional presuntamente violentado, pues sólo así es posible dotar de sentido íntegro la conducta reprochada.

En cuanto a su aspecto subjetivo, por tratarse de un tipo que sólo admite la modalidad dolosa, para su configuración requiere que el sujeto agente obre con el propósito consciente de apartarse de los deberes propios de su cargo, por manera que no basta, a efectos de verificar si la conducta reprochada actualiza el tipo penal, la simple omisión o retardo en el cumplimiento de sus funciones. Es indispensable que medie el conocimiento y la voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o función a que está obligado.

No hay lugar a discusión alguna acerca de la calidad de servidor público ostentada por DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA. En efecto, como fue estipulado por las partes, ROJAS TRIANA fue nombrado en el cargo de fiscal delegado ante los jueces del circuito, mediante la Resolución 0-5139, del 26 de abril de 2008; se dispuso su traslado a la Dirección Seccional de Cali, mediante la Resolución 2-2865 del 14 de noviembre de esa misma anualidad, y, finalmente, fue ubicado en la Fiscalía 13 Seccional de Buenaventura, con Resolución DSF-144, del 1 de diciembre de 2008.

En esta calidad, dentro de sus obligaciones (contenidas en el “*Manual de funciones, competencias laborales y requisitos de los cargos de la Fiscalía General de la Nación*”), se encontraban las siguientes:

10. *Resolver, o solicitar ante las autoridades competentes las medidas respecto de los bienes involucrados en el ejercicio de la acción penal (...) y*

12. *Adelantar la acción de extinción de dominio y los trámites que correspondan, cuando a ello haya lugar (...).*

En este caso, el fundamento del señalamiento hecho en contra de ROJAS TRIANA, por el delito en comento, yace en que, después de su incautación, la suma de dinero hallada en la residencia de Bernardo Antonio Molina Ríos fue puesta a disposición de este funcionario, quien no solo asumió un rol de garantía frente a los intereses de la administración de

justicia, sino respecto de los derechos del mismo ciudadano que, en ese entonces, fue destinatario de la acción penal.

En la acusación se puso de presente que el señalamiento por esta conducta se hacía sobre la base de tres hipótesis, referenciadas expresamente como alternativas y conjuntas: primero, que ROJAS TRIANA omitió pedir en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías, la suspensión del poder dispositivo; segundo, que prescindió devolver el valor incautado, previo a la presentación del escrito de acusación, y, tercero, que retardó compulsar copias para el inicio de la acción de extinción de dominio correspondiente.

Concretamente, esto fue lo que se expuso desde el inicio de la fase de juzgamiento, en un postulado que mantendría su vigencia a lo largo del proceso:

*Desde la fecha en que el asunto fue asignado al Fiscal 13 Seccional de Buenaventura (Valle del Cauca) **DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA**, esto es, desde el **6 de agosto de 2009** y hasta la fecha del **18 de agosto de 2009**, EN QUE RADICÓ EL Escrito de Acusación con Allanamiento a Cargos en contra del Imputado, **BERNARDO ANTONIO MOLINA RÍOS**, el citado Fiscal **DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA** no dispuso nada respecto de la suma de dinero incautada en cuantía de **\$18.182.000.00**, esto es no dio cumplimiento al deber funcional que le imponía el artículo 85 de la Ley 906/04 (...) como tampoco y en defecto de lo anterior dio cumplimiento a lo dispuesto en el Inciso 1° del artículo 88 de la Ley 906/04 en relación con tal suma de dinero incautada (...) muy a pesar que la Fiscalía 38 Seccional de la U.R.I de Buenaventura (Valle del Cauca) en cabeza de su Fiscal **RUBÉN DARÍO SALGADO FARFÁN** respecto de tal suma de dinero había*

*realizado la Audiencia de Revisión de Legalidad de que trata el artículo 84 de la Ley 906 /04, relacionada con la incautación de tal suma de dinero (...) al punto que tan solo el **26 de octubre de 2009** el Fiscal 13 Seccional de Buenaventura (...) dispuso recién Compulsar las Copias para que se iniciara por parte del funcionario judicial competente la respectiva Acción de Extinción de Dominio respecto de la suma de dinero incautada cuando desde el **18 de agosto de 2009** ya había radicado Escrito de Acusación por Allanamiento a Cargos en contra del Imputado **BERNARDO ANTONIO MOLINA RÍOS**, violando de esta manera lo que el **MANUAL DE FUNCIONES** para el cargo de Fiscal Seccional le imponía en los Nrales 10, 12 y 18(...)*

En la providencia SP2042 de 2019 (rad.51007), al estudiar los “*finés que cumple la imputación en el modelo procesal previsto en la Ley 906 de 2004*”, esta Corporación hizo la siguiente apreciación:

Por cargos alternativos debe entenderse la coexistencia de hipótesis diferentes frente a unos mismos hechos, como cuando, por ejemplo, se plantea que un determinado apoderamiento de dinero constituye hurto • estafa; que un puntual abuso sexual consistió en acceso carnal • en actos diversos del mismo; que un homicidio se cometió por piedad • para obtener tempranamente una herencia, etcétera. Es, por tanto, un fenómeno sustancialmente diferente de la imputación de concursos de conductas punibles, pues lo que denota es que la Fiscalía está dubitativa o no ha logrado estructurar la hipótesis de hechos jurídicamente relevantes.

Presentar hipótesis factuales alternativas resulta abiertamente contrario a los fines de la imputación, toda vez que: (i) el procesado no tendría claridad sobre los hechos frente a los cuales ejercerá su defensa; (ii) si el procesado decide allanarse a la imputación, no existiría certidumbre sobre los cargos frente a los cuales opera esa manifestación de la voluntad; (iii) en casos de allanamiento a cargos o acuerdos, el juez no tendría elementos suficientes para decidir acerca de los hechos que puede incluir en

la sentencia; y (iv) no estarían claras las bases del debate sobre la procedencia de la medida de aseguramiento.

Este postulado interpretativo emerge trascendente para el caso de autos, en la medida en que es indicativo de cuáles deben ser las bases de la imputación fáctica para el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Retomando el asunto concretamente sometido al conocimiento de la Corte, nótese que la Fiscalía propuso tres alternativas fácticas distintas como presupuesto de la pretensión punitiva del Estado. Estas hipótesis fueron el derrotero del ejercicio de los interrogatorios cruzados ejercidos en el juicio, también se incluyeron en el planteamiento de los alegatos de cierre y, finalmente, se detallaron en el recurso de apelación.

Para la Sala resulta evidente que el ente de persecución llegó al juicio iniciado en contra de ROJAS TRIANA, sin una verdadera convicción acerca de cuál es la obligación, asociada con el ejercicio de sus funciones como fiscal, que fue omitida o retardada, de la que se debería derivar el juicio de reproche. Esta incertidumbre tiene dos implicaciones concretas que impiden, desde cualquier perspectiva, el éxito de la teoría del caso del ente de persecución.

De un lado, el planteamiento de hipótesis alternativas de omisión punible representa una grave lesión para el ejercicio del derecho a la defensa.

Al imputarse el delito de prevaricato por omisión, la Fiscalía tiene la obligación de definir de manera expresa y clara cuál es el hecho o actividad que debió ejecutar el acusado y no hizo, acorde con un específico apartado normativo que le impone esa actuación. Se torna indispensable para el destinatario de la acción penal, poder determinar, concretamente, en qué momento se materializó la falla y cuáles son los presupuestos jurídicos que imponían determinada actividad, a fin de explicarla, justificarla o demostrarla en su concreción efectiva.

Basta con estudiar cuál fue la estrategia defensiva adelantada por ROJAS TRIANA y su apoderado, para verificar cómo era necesario que la Fiscalía propusiese una teoría del caso unívoca y carente de ambigüedades.

A este respecto, lo que sugirió la defensa es que ROJAS TRIANA no tenía la obligación de solicitar la suspensión del poder dispositivo, en la medida que el material probatorio no fue objeto de control de legalidad posterior. Luego se señala que tampoco le era posible devolver el dinero, en tanto, se sospechaba su origen ilícito. Finalmente, se indica que no pudo haber retrasado la entrega a la oficina de extinción de

dominio, dado que la norma no establece límites temporales respecto de ello.

De esta manera, la defensa se vio obligada, dentro de una alegación especulativa respecto de qué, específicamente, debió hacer el fiscal, a examinar cada una de las alternativas propuestas, como si de verdad todas ellas, evidentemente contrarias, pudieran delimitar su omisión.

Para el caso, la Fiscalía debió precisar en lo fáctico y jurídico, qué, dentro del contexto ex ante de lo hasta ese momento actuado y recogido probatoriamente, es lo que debió haber adelantado el Fiscal, con remisión expresa a la norma que obligaba un tal comportamiento procesal o judicial.

Porque, si el ente acusador no tiene claro cuál era la actividad obligada de realizar por el procesado (legalizar la incautación, enviar el dinero a la Oficina de Extinción de Dominio o devolverlo a sus poseedores, desde luego, en el entendido que no se trataba de actuaciones sometidas, por virtud de la ley, a su mero arbitrio), no solo deja de lado precisar cuál era la norma que imponía del funcionario un definido actuar, despojando al tipo penal del elemento normativo que por remisión allí se consagra, sino que torna en abstracto y especulativo el punible de prevaricato por omisión, ante la imposibilidad de despejar cuál es la hipótesis que demostrará en juicio.

Finalmente, se entiende que la fiscalía acusa al funcionario de una total inacción, se reitera, en abstracto, que obliga de éste demostrar por qué no hizo nada, en lugar de ocuparse aquella por verificar qué debió haber realizado.

El ejercicio de imputación fáctica y de adecuación típica no puede ser accidental, por lo que no se puede permitir a la Fiscalía que plantee escenarios abstractos e inespecíficos de ejecución u omisión punibles, a la espera de que, practicadas las pruebas, la judicatura encontrará acreditada alguna de las alternativas que fueron propuestas. Por el contrario, del ente de persecución se demanda una adecuada delimitación de los presupuestos fácticos y jurídicos de la acción penal, que, de un lado, justifiquen la intervención de última ratio del derecho penal, y, del otro, permitan al acusado defenderse de los señalamientos que se hacen en su contra.

Lo cierto es que el ente de persecución enfrentó a ROJA TRIANA a escenarios alternativos de responsabilidad penal que demandarían estrategias de contradicción no solo diversas, sino potencialmente incompatibles.

Ahora, la segunda implicación de esta indeterminación fáctica de la acusación es que, en últimas, la Fiscalía incurrió en una ineludible contradicción al establecer las tres hipótesis de punibilidad, de cara a la naturaleza del delito de prevaricato por omisión.

Recuérdese que, como se dijo al comienzo de este acápite, atribuir el comportamiento en cuestión no solo demanda la demostración de la obligación omitida o retardada, sino que se exige acreditar que el sujeto activo era consciente de cuál era su deber y de manera voluntaria se abstuvo de cumplirlo, en desmedro del bien jurídico de la administración pública.

En ese sentido, el planteamiento de una teoría del caso imprecisa supone reconocer que la Fiscalía no sabía cuál era la obligación que de manera concreta tenía ROJAS TRIANA luego de que fuese incautado el dinero hallado en el lugar de residencia de Bernardo Antonio Molina Ríos; este desconocimiento, ciertamente, tiene repercusiones favorables para el hoy acusado.

Ahora, al plantear hipótesis fácticas disímiles, la Fiscalía omitió realizar el ejercicio demostrativo que, individualmente, cada una de ellas demandaría:

Así, si se parte de la idea que el fiscal omitió pedir la suspensión del poder dispositivo, habría sido importante establecer, por ejemplo, si, en la medida que el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal indica que “*en audiencia preliminar el fiscal **podrá** solicitar la suspensión del poder dispositivo de bienes y recursos con fines de comiso*”, esta medida jurídica es de obligatoria aplicación, al punto de admitir la configuración del tipo penal en cuestión.

De la misma forma, si se determina que la tarea que se omitió fue la de *devolver* el bien, se obvió considerar si, para el momento en que se supone ocurrió el incumplimiento, resultaba absolutamente evidente la improcedencia de la medida del comiso.

Finalmente, si lo que se pregona es una dilación en el envío del dinero a la oficina de extinción de dominio, correspondía a la Fiscalía demostrar que tal conducta no pudo tener una naturaleza distinta sino dolosa. En ese sentido, en la medida que la normativa no establece con claridad cuál debería ser el marco temporal de la gestión, particularmente, en eventos en los que hubo allanamiento a cargos y no se proyecta la continuidad de la actividad investigativa dentro de ese asunto, correspondería al ente de persecución demostrar, más allá de cualquier duda razonable, que la interpretación de la ley era en ese entonces unívoca y que, al efectuar la compulsas de copias en el mes de octubre, ROJAS TRIANA desconoció de manera flagrante sus obligaciones como servidor público.

Por esta razón, la absolución por el delito de prevaricato por omisión será confirmada.

Estas consideraciones bastan para revocar parcialmente la decisión del Tribunal Superior de Buga y, en su lugar, proferir sentencia condenatoria en contra de

DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA en calidad de autor de los delitos de falsedad ideológica en documento público y concusión. Sin embargo, se insiste, se confirmará la absolución por el delito de prevaricato por omisión.

6. DOSIFICACIÓN DE LA PENA

A DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA le fue atribuido un concurso de tres comportamientos delictivos. De conformidad con el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, corresponde dosificar las sanciones para cada uno de ellos, como primer paso en el ejercicio de dosificación punitiva.

Así, el delito de falsedad ideológica en documento público, de conformidad con el artículo 286 ídem, contempla pena de prisión entre 64 y 144 meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 60 y 180.

En este caso no se atribuyeron circunstancias de mayor punibilidad, por lo que -de conformidad con el artículo 61 de la Ley 599 de 2000-, se deberá imponer la sanción dentro del cuarto mínimo de cada sanción, es decir, entre 64 y 84 meses de prisión y la inhabilitación entre 60 y 90 meses.

Bajo los parámetros del artículo 61 de la Ley 599 de 2000, no se advierte que existan elementos que justifiquen la imposición de una sanción que exceda el extremo mínimo del cuarto escogido. Aunque no se niega la gravedad del

comportamiento por el cual se profiere la sanción, el daño al bien jurídico se encuentra dentro de los límites que fueron considerados por el legislador para efectos de tipificar la conducta.

De allí que resulte justo, proporcional y razonable imponer la pena de **64 meses de prisión** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por 60 meses.

Ahora, el delito de concusión, de conformidad con el artículo 404 del Código Penal, contempla una sanción entre 96 y 180 meses de prisión; multa entre 66.66 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 80 y 144 meses.

Bajo las mismas consideraciones expresadas para el delito de falsedad en documentos, se debe fijar la sanción dentro del cuarto mínimo, esto es, entre **96 y 117 meses de prisión**, multa entre **66.66 y 87.5 salarios mínimos mensuales legales vigentes** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre **80 y 96 meses**. Asimismo, ante la ausencia de elementos que exacerben el juicio de reproche -se insiste, de conformidad con las reglas del artículo 61 del Código Penal- se debe asignar la pena que corresponda al extremo mínimo del rango escogido.

Así, se impondrá una pena de prisión de **96 meses**, multa de **66.66 salarios mínimos mensuales legales vigentes** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por **80 meses**.

Resulta evidente que la pena más grave es la que corresponde al delito de concusión, por lo que se partirá de los montos asignados a este comportamiento, acorde con lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal.

En ese sentido, se toma el monto base de prisión de 96 meses, al cual se sumarán 24 meses por el concurso con la falsedad ideológica en documento público. Este lapso resulta justo, dada la relación entre las conductas aquí investigadas, así como la gravedad ostentada por cada una de ellas. El monto total, entonces, asciende a **120 meses de prisión**.

Para la dosificación de la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se parte de 80 meses, a los cuales se suman 22 meses y 15 días, por el concurso. Se impondrá, por ende, la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de **102 meses y 15 días**.

Finalmente, se impondrá la pena de **66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en calidad de multa**.

7. SUBROGADOS PENALES

No se reúnen los requisitos señalados en el artículo 63 del Estatuto Penal, relacionados con la suspensión de la ejecución de la pena, por ausencia del elemento objetivo, pues, la pena privativa de la libertad que se impone es superior los tres (3) años exigidos en el artículo original, o los cuatro (4) años señalados en la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014.

La prisión domiciliaria tampoco resulta procedente, por las razones que se exponen a continuación:

Si se aplica el artículo 38 del Código Penal sin la reforma establecida en la citada ley, no concurre el factor objetivo, pues, el delito de concusión está sancionado con una pena mínima que supera los cinco (5) años de prisión.

Y si se optara por aplicar la reforma prevista en la Ley 1709 de 2014, aun cuando se cumple el aspecto objetivo señalado en el artículo 38 B – 1, porque la pena mínima prevista en la ley para el delito de concusión -que como se dijo, es el más grave de aquellos por los que se profiere condena- es de ocho (8) años, es claro que el numeral 2° de la misma preceptiva prohíbe conceder la prisión domiciliaria para los delitos contemplados en el inciso 2° del artículo 68 A del Código Penal, entre los cuales figuran los delitos dolosos contra la administración pública, bien jurídico vulnerado con uno de

los punibles por los cuales se imparte sentencia de condena en este caso.

Además, no se presentan las hipótesis de los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, referidas a que la persona acusada sea mayor de sesenta y cinco (65) años o padezca grave enfermedad dictaminada por perito oficial, ni se ha aducido y demostrado la condición de padre cabeza de familia, circunstancias que a tenor del artículo 68 A - 3, modificado por la Ley 1709 de 2014, permitirían la sustitución de la ejecución de la pena.

En ese orden, DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA deberá ejecutar la sanción privada de la libertad en el establecimiento que el INPEC disponga para ese efecto. Por ende, se libraré la correspondiente orden de captura.

8. OTRAS DETERMINACIONES

Como la presente providencia supone la primera condena emitida contra el enjuiciado, quien fue absuelto en primera instancia, tiene derecho a impugnar la presente sentencia.

Para tales efectos, deberá integrarse la Sala de decisión, en aplicación del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el art. 3° del A.L. 01 de 2018, para que se garantice que, a través de una Sala

integrada por tres magistrados de la Sala de Casación Penal, que no hayan participado en la presente decisión, sea definida la doble conformidad judicial de la primera condena proferida por los restantes magistrados de esta Sala.

Así las cosas, la Sala que adopta la presente decisión únicamente está integrada por seis de los nueve magistrados titulares.

Dese cumplimiento, en consecuencia, al procedimiento transitorio establecido en la sentencia con radicado 48.820 de 2019, en la que se determinó que el derecho a impugnar la primera condena se garantizaría mediante la aplicación analógica de las reglas procesales del recurso de apelación previsto en la Ley 600 de 2000, para casos como el que ahora se analiza.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Buga, respecto de los delitos de falsedad ideológica en documento público y concusión.

Segundo: En consecuencia, **CONDENAR** a **DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA** como **AUTOR** de los delitos de concusión y falsedad ideológica en documento público, a las penas de **120 meses de prisión, 102 meses y 15 días de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y 66.66 salarios mínimos mensuales legales vigentes de multa.**

Tercero: **NO CONCEDER** a **DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA** la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia ni la prisión domiciliaria.

Cuarto: **LIBRAR** orden de captura en contra de **DIEGO HERNÁN ROJAS TRIANA**, para que cumpla la pena privativa de la libertad aquí dispuesta.

Quinto: CONFIRMAR la absolución por el delito de prevaricato por omisión.

Contra esta decisión procede el recurso de impugnación especial.

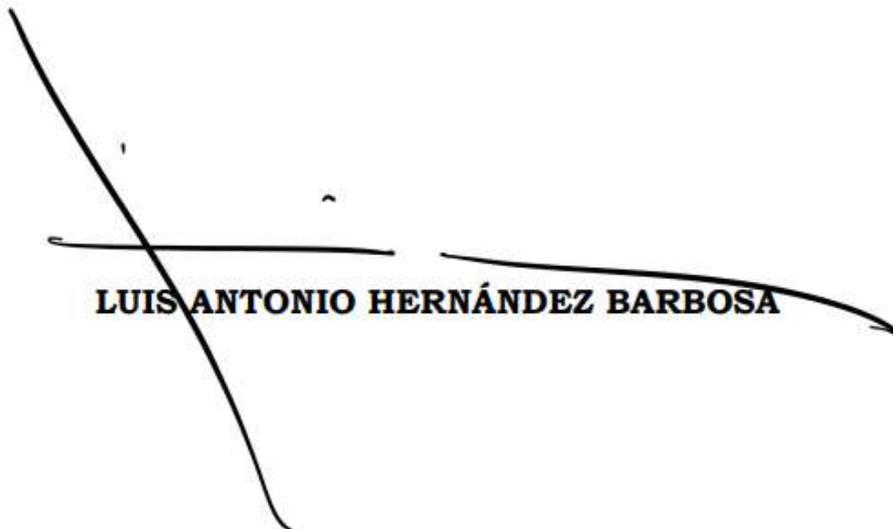
Notifíquese y cúmplase.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria